

Revista
Jurisprudencia



I Semestre

2012

REVISTA DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Número 22 I Semestre Enero del 2012 a Junio del 2012

ASESORÍA JURÍDICA

Directora:

Licda. Miriam Rojas González

Profesionales:

Lic. Richard Fallas Arias

Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Margarita Rodríguez Soto

Lic. César Augusto Soto Solís

Licda. Oralia Torres Leytón

Personal de Apoyo:

Sra. Gabriela Sánchez Obando. Secretaria

Sr. Jorge Vargas Quirós. Notificador

Levantado de Texto: Sra. Gabriela Sánchez Obando.

INDICE

	PÁGINA
I – Presentación	1
II – Criterios Jurídicos	2
Atribuciones asumidas por la Subdirección General de la Dirección General de Servicio Civil en ausencia del Director General. AJ- 144-2012	3
Auxilio de Cesantía: -Reglas de pago. AJ- 054-2012	9
Clasificación de grupos profesionales Docentes.AJ- 010-2012..	14
Centros de Educación Privada con ayuda o beneficios del Estado: -Reclutamiento y Selección, nombramientos. AJ- 211-2012	18
Dedicación Exclusiva. AJ-367-2012	29
AJ-369-2012	35
Especialidad Docente ajena a la formación académica. AJ-236-2012	42
Exámenes médicos como requisito para ingresar a laborar a una institución pública. AJ-216-2012	45
Hostigamiento sexual-aclaración a Circular Nº AJ-001-2012. AJ-256-2012	48
Incentivo de retribución por Peligrosidad. AJ-176-2012	53

Pago de anualidades:	
-laboradas en una entidad con doble capacidad de derecho público y de derecho privado (JASEC). AJ-078-2012	58
-a los Señores Diputados. AJ-101-2012	63
-Fideicomiso Agropecuario/Bancrédito. AJ-293-2012	73
Parentesco	
-prohibición de nombramiento de familiares en una misma institución. AJ-371-2012	85
Período de incapacidad	
-afectación en los cálculos de aguinaldo y salario escolar. AJ-069-2012	89
Permiso sin goce de salario para interinos. AJ-133-2012	102
Prestaciones a interinos. AJ-062-2012	110
Prohibición:	
-posibilidad de dar cursos en colegios profesionales. AJ-040-2012	112
-a Informáticos de Auditorías Internas. AJ-203-2012	118
Reasignación de clasificación de puesto por existencia de nulidad absoluta.	
- posibilidad de saneamiento. AJ-147-2012	126
Reasignación Descendente:	
-fecha de rige. AJ-021-2012	138
Sistema Clasificado del Título I y II del Estatuto de Servicio Civil. AJ-006-2012	141
Ternas (vigencia artículo 27 del Estatuto de Servicio Civil). AJ-312-2012	147
Traslados o Despido en el Colegio San Luis Gonzaga. Aj-351-	

2012.....	149
III– Jurisprudencia de la Sala Constitucional.....	156
Recursos de Amparo fallados en el primer semestre del año 2012.....	157
IV– Jurisprudencia del Tribunal de Servicio Civil.....	171
Sentencias de Elevación de ternas al Tribunal de Servicio Civil.....	172
Sentencia de Reclamos Administrativos del Tribunal de Servicio Civil.....	175

I - Presentación

En cumplimiento del mandato constitucional con que se crea nuestro Régimen de Servicio Civil, esta Dirección General de Servicio Civil se da a la tarea de mantener la eficiencia de la Administración del Empleo Público de la cual es garante, entre otras mediante la emisión de jurisprudencia administrativa tendiente a direccionar de una manera correcta y ajustada al bloque de legalidad vigente, el actuar de la Administración del Gobierno Central y las demás dependencias adscritas al Régimen de Méritos, en cuanto al manejo de las relaciones entre ambos, con el fin de que exista un criterio uniforme en cuanto a la aplicación del Estatuto de Servicio Civil y sus Reglamentos.

Así, con el propósito de que tanto la Administración como los servidores cuenten con un instrumento de acceso efectivo de las normas y aplicación de las mismas que los cobijan, la Asesoría Jurídica de esta Dirección General creó la Revista de Jurisprudencia Administrativa, que altivamente emite en esta ocasión su edición número 22, en la que se compendian una serie de análisis jurídico-técnicos en la materia en que nos destacamos como ente rector, la cual se dispone de seguido al servicio de la función pública costarricense.

ASESORÍA JURÍDICA

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

II – Criterios Jurídicos

AJ-144-2012
24 de febrero de 2012

Señor
José Joaquín Arguedas Herrera
Director General

Estimado señor:

Con la aprobación de la Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a emitir criterio legal sobre las atribuciones encomendadas por ley a esta Dirección General, las cuales son asumidas por los jerarcas superiores, consultándose si la señora Subdirectora General, puede posesionarse en tales atribuciones, ya sea por suplencia o por delegación.

En este sentido, debe considerarse lo que señala el artículo 9 del Estatuto de Servicio Civil, que dispone en lo que interesa:

“Artículo 9º.- Para sustituir al Director en sus ausencias temporales habrá un Subdirector, subordinado al Director General, quien además tendrá las funciones específicas que señale el reglamento de esta ley. Deberá reunir los mismos requisitos que el Director General y su nombramiento se hará en igual forma que el de éste...”

De acuerdo con esta norma, es claro que toda ausencia temporal del Director General, deberá ser suplida por la Subdirectora General, autorización ésta debidamente sustentada en artículo 9 del Estatuto de Servicio Civil citado.

Lo anterior está propiamente justificado, en este caso por norma expresa, entendiéndose que una suplencia implica que una persona

asuma el puesto que “... le corresponde al titular del órgano por vacante (v. gr. muerte, renuncia, incapacidad definitiva, despido, etc.) o ausencia de éste (vacaciones, permiso, incapacidad temporal, suspensión, etc.) en forma extraordinaria y temporal, mientras es puesto en posesión del cargo el nuevo titular o regresa el titular en propiedad, todo en consideración de la oportunidad y la conveniencia. La suplencia no implica, en sentido estricto, un cambio en el orden de las competencias sino, exclusivamente, en la persona del servidor o funcionario que las ejercita o desempeña...”¹

Es claro que el Subdirector General de este o cualquier órgano, es un subordinado inmediato del titular y su existencia cobra relevancia, en el tanto pueda participar en el proceso directivo a cargo de éste, sea supliéndolo en sus ausencias temporales o asumiendo funciones propias de la dirección, que le permita al Director General titular, ser más eficiente y cumplir de manera eficaz con su actividad directiva.

Esta misma Asesoría Jurídica en el criterio número AJ-041-2008, de fecha 31 de enero de 2008, ha señalado lo siguiente:

“...Y es que, resulta por demás ilógico pensar que, en casos como los expuestos en los que existe imposibilidad del titular de la competencia a ejercer la misma, el suplente llamado a ocupar su lugar deba hacerlo con limitaciones, pues en un supuesto como éste, poco o nada de las funciones suplidas podrían ser ejercidas de manera efectiva. De ahí que, volvemos a afirmar, el suplente de las

competencias del órgano de que se trate, deberá ejercer las mismas con los mismo efectos jurídicos que si actuara el suplido”.

Sobre este mismo tema, y ratificando nuestro decir, la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-087-2008, concluyó que:

¹ Transferencia de competencias en la administración pública, Centro de Investigación Jurídica en Línea, octubre 2010.

“...Corresponde al Subdirector sustituir al Director en sus ausencias temporales, ejerciendo la competencia en forma íntegra...”

Ahora bien, recurriendo a la figura de la delegación, la Subdirectora General, podrá sustituir al Director General, en todos aquellos actos en que dicho funcionario delegue su representación de manera expresa.

Es decir, en este caso es aplicable la delegación de funciones, según la autorización de la ley, en virtud de que es una herramienta necesaria que pretende agilizar la acción directiva del titular, para conseguir una mayor eficiencia en la gestión administrativa.

Una delegación de autoridad se presenta cuando un sujeto (el delegante) confía a otro (el delegado), el encargo de realizar una actividad que está dentro de la responsabilidad del primero. Consiste en ceder funciones de mando a otras personas de niveles subordinados.

Así, la Ley General de la Administración Pública, refiriéndose a la delegación, dispone lo siguiente:

“Artículo 70.- La competencia será ejercida por el titular del órgano respectivo, salvo caso de delegación, avocación, sustitución o subrogación, en las condiciones y límites indicados por esta ley...”

“Artículo 84.- Las competencias administrativas o su ejercicio podrán ser transferidas mediante:

- a) Delegación;
- b) Avocación;
- c) Sustitución del titular o de un acto;
- d) Subrogación; y
- e) Suplencia...”

Artículo 89, inciso 1): Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza ...”

De acuerdo con todo lo expuesto queda claro que el titular tiene toda la potestad de delegar aquellas actividades y representaciones en donde la ley expresamente no lo restrinja, lo cual se hará en forma expresa, a fin de que se reserve aquellas decisiones que por su naturaleza o impacto, debe mantener bajo su ámbito.

De esta manera, tal y como lo ha determinado el señor Director General de esta Institución, mediante la Resolución número DG-316-2011, de fecha 7 de junio del 2011 y publicada en La Gaceta 141 del 21 de julio del 2011, según consta en el Aviso SC-013-2011, como parte de las funciones de la Subdirectora General, ya no solo en la ausencia, sino por delegación, se ha dispuesto:

“ 2. Delegar la firma del Director General en la figura de la Subdirectora General de la Dirección General de Servicio Civil, señora Maricela Tapia Gutiérrez, portadora de la cédula de identidad número 1-630-648, para que en adelante firme todos los actos propios que debe ejecutar esta Dirección General en las labores encomendadas por el ordenamiento jurídico, tales como los siguientes: Órdenes de inicio y decisión inicial, Reservas de recursos, Reservas de caja chica, Actas de recomendación de adjudicaciones, Cancelación de facturas, Actas definitivas de recepción de bienes y servicios, Boletas para pago de bienes y servicios con cargo a reserva de recursos, Solicitud y liquidación de viáticos, Solicitud de pedido de compra, fondo fijo, caja chica, Modificaciones presupuestarias (traslado de partidas), Oficios de criterios técnicos, Oficios para anular pedidos de compra, reservas y solicitudes, entre otros.

3°.-Se delega en la señora Tapia Gutiérrez la representación del Director General de Servicio Civil ante: **la Comisión de Coordinación de la Administración Financiera**, según lo que dispone el artículo 4 inciso g) del Decreto Ejecutivo número 34534-H del 5 de marzo del 2008, el **Fondo de Formación Permanente de los Funcionarios Públicos** de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 7454, la **Comisión Negociadora de Salarios del Sector Público**, según lo estipulado en el

*artículo 3 del Decreto 35730-MTSS del 10 de febrero de 2010, la **Comisión de Políticas para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público**, según lo que dispone el artículo 12 del Decreto 29576-MTSS del 31 de mayo de 2001, así como el **Tribunal de Escalafón Médico Nacional**, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 de la Ley del Estatuto de Servicios Médicos...”*

En conclusión, es criterio de esta Asesoría Jurídica que, considerando la figura de la delegación otorgada por medio de Resolución debidamente publicada, la Subdirectora General puede llevar a cabo todas las acciones, firmas de los actos propios que deba ejecutar esta Dirección General y la representación ante los Órganos

Colegiados mencionados en el artículo tercero supra transcrito, con el poder de decisión, voz y voto cuando así lo amerite.

Esta investidura está respaldada tanto por el artículo 9 del Estatuto de Servicio Civil en el caso de la suplencia y mediante delegación, según lo autoriza la Ley General de la Administración Pública, tal y como se plasmó, mediante la Resolución DG-316-2011.

Atentamente,

Original firmado{ Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez
ASESORÍA JURIDICA

Original firmado{ Licda. Miriam Rojas González

V° B: Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

AJ-054-2012

26 de enero del 2012

Licenciada
Sylvia Rojas Martínez
syromar@yahoo.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio enviado vía correo electrónico el día 12 de enero de 2012 a este Despacho en el cual solicita criterio jurídico, referente al cálculo de prestaciones legales.

Previo a emitir el criterio jurídico solicitado, resulta conveniente, hacer del conocimiento de la 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, jurisprudencia y doctrina que puedan ser aplicables a la situación en examen y siempre manteniendo el criterio dentro del bloque de legalidad al efecto.

Dentro de la misiva expuesta se extraen dos supuestos que ameritan ser aclarados por la consultante, los cuales se vinculan a conocer si del tiempo que ha de tomarse en cuenta para el cálculo de la cesantía cuando se esta tramitando una jubilación se han de tomar los periodos de incapacidad que se suscitaren durante dicho lapso y si el tope de los ocho años que se establece en la ley, ha de calcularse por un término de 20 o 30 días.

Claros con las dudas a evacuar, traemos a colación la normativa relacionada puntualmente sobre el caso de estudio, la cual emerge del Código de Trabajo, cuya aplicación supletoria autoriza el numeral 51

del Estatuto de Servicio Civil, que expresamente señala en sus numerales 29 y siguientes:

“Artículo 29.- Auxilio de Cesantía. Reglas de aplicación. Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por despido injustificado, o algunas de las causas previstas en el artículo 83 u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas:

1.- (...)

3.- Después de un trabajo continuo mayor de un año, con el importe de días de salario indicado en la siguiente tabla:

a) Año 1 19,5 días por año laborado.

b) Año 3 20.5 días por año laborado o fracción superior a seis meses.

c) (...)

m) Año 13 y siguientes 20 días por año laborado o fracción superior a seis meses.”

“Artículo 30.- Preaviso y cesantía. Reglas comunes para su pago. El preaviso y auxilio de cesantía se regirán por las siguientes reglas comunes:

a) (...);

b) La indemnización que corresponda se calculará tomando como base el promedio de salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato, o fracción de tiempo menor si no hubiere ajustado dicho término;

c) (...)”

Establece la normativa de supra cita dos aspectos tocantes para clarificar las interrogantes expuestas, siendo como primer punto el hecho del cálculo de días por año laborado que han de tomarse en cuenta para el pago de la cesantía correspondiente, siendo que

cuando se ha prestado servicios por un período superior a los trece años, se computarán veinte días por año laborado, dando así respuesta puntual al primero de los puntos en estudio.

Ahora bien, continua la legislación señalando que dicho cálculo ha de efectuarse por el promedio de los últimos seis meses de salario devengado por el servidor, con esto ha de tenerse claridad en que el porcentaje recibido cuando se encuentra un funcionario apartado de sus labores diarias por enfermedad –sea la incapacidad- se refiere a un subsidio² el cual reseña a la suspensión, a supuestos de imposibilidad sobrevenida en la prestación del trabajo; pues se trata de hechos, como las incapacidades, que interrumpen o suspenden los efectos del nombramiento, los cuales son la obligación básica del servidor de prestar el servicio y del empleador de pagar el salario.

Para ahondar en el término, puede valerse de la jurisprudencia administrativa emitida por la Procuraduría General de la República en su dictamen más reciente sobre el tema que nos ocupa, identificado con el número C-118-2011 del 31 de mayo de 2011, dirigido a la Presidencia Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en donde se destaca para nuestros fines lo siguiente:

“A) Los subsidios patronales complementarios por incapacidad, no son salarios, sino subsidios.

Ha sido criterio reiterado de nuestra jurisprudencia administrativa que los subsidios que paga la Caja Costarricense del Seguro Social, así como los subsidios complementarios que las Administraciones Públicas, como entidad patronal, pagan al servidor incapacitado, no son salarios, sino subsidios (...)

² Subsidio: Éste tiene como propósito sustituir parcialmente la pérdida del ingreso que sufra el trabajador (a) activo (a), por causa de una incapacidad por enfermedad o licencia por maternidad y se encuentra regulado por el artículo 34 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que en lo que interesa dispone: “El servidor regular que fuere declarado incapacitado para trabajar, por enfermedad o riesgo profesional, gozará de subsidio en proporción al tiempo servido (...)”

Por ello, sin lugar a dudas, el beneficio (...) subsidio patronal, complementario y temporal que se paga al trabajador asegurado por motivo de incapacidad por enfermedad y que tiene como propósito completar la pérdida del ingreso que se sufre mientras dure la contingencia (estado de incapacidad por enfermedad); lo que permite a la persona recibir, durante el tiempo que se prolongue su incapacidad, y por concepto de subsidio, un monto igual a la totalidad de su salario, sin que se vea perjudicado en sus ingresos propios y familiares debido a la enfermedad que padece.

(...)

E) Los subsidios por incapacidad, por no ser salario, no deben incidir en el cálculo de extremos laborales como prestaciones legales y vacaciones (Dictámenes C-347-2001, 193-2002 op. cit. y C-229-2002 de 5 de setiembre de 2002)."

Siendo que los pronunciamientos emitidos por ese órgano técnico consultor del Estado son vinculantes para la Administración en general, deberá la Administración Activa atender las disposiciones transcritas supra.

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

**Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA**

AJ-010-2012

10 de enero del 2012

Señor
Alejandro Madrigal Pineda

alemadr@gmail.com

Notificar en San José, San Rafael Abajo de Desamparados, 200 metros al oeste de Plaza Los Higueros, casa color beige, verjas negras a mano derecha.

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio sin número de fecha 2 de enero de 2012, en el cual solicita criterio jurídico, en relación con una situación particular que le acontece, referida a su clasificación dentro de un grupo profesional del sector educación.

Previo a la atención que se dará a su misiva, debe indicarse que el asunto será analizado desde una perspectiva general, estudiando las normas jurídicas, jurisprudenciales y doctrinarias que puedan ser aplicables a cualquier situación similar a la que es puesta a examen, sin que por ello se proceda a emitir criterio sobre el caso concreto, pues el analizar la viabilidad de la aplicación de dichas conclusiones, es una competencia que solamente puede ser ejercida por el respectivo Ente Ministerial, en su calidad de administración activa, en uso de las facultades que le otorga el bloque de legalidad administrativo y estatutario nacional.

De conformidad con lo supra indicado y a manera de tener un panorama claro sobre los aspectos cuestionados que se derivan en las siguientes preguntas, transcribimos las mismas:

...”a) (sic.) *¿Es el bibliotecólogo escolar con el Título de bachillerato en bibliotecología con énfasis en Bibliotecas Educativas (estudios pedagógicos), profesor de Enseñanza Media, tomando en cuenta que la Ley de carrera docente lo incluye en el escalafón de Enseñanza Media?*

2. *¿Es correcta la interpretación que hace el Departamento de Registros Laborales, representado por la funcionaria, Licda Xiomara Granados Vargas, Jefe a.i de la Unidad de Archivo Laboral, con respecto al oficio CD-763-2010, emitido por la Dirección General de*

Servicio Civil, comunicado a mi persona mediante el oficio DRH-DRL-UAL-12996-2011 del día 10 de agosto del 2011?

(...)

3. Debe asignarme el Departamento de Registro Laborales el Grupo Profesional MT-6?."

Dentro de las competencias propias de este centro de trabajo³, se encuentra la emisión de criterios legales sobre la normativa estatutaria, de modo que, y partiendo de este aspecto, de conformidad con la normativa dispuesta a tales efectos y en relación con la clasificación de puestos, debe contemplarse lo indicado dentro de los numerales 125 y 126 del Estatuto de Servicio Civil que rezan:

Artículo 125.- Son profesores de Enseñanza Media aquellos que laboren en instituciones de ese nivel, desempeñando funciones docente-administrativas impartiendo lecciones sobre materias académicas del plan de estudios, no comprendidos en el campo técnico-profesional y especial.

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

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

Bajo esta misma línea y siguiendo siempre dentro de la atención de la normativa, señala el numeral 115 del cuerpo de normas⁴ en estudio hasta ahora:

³ En relación con nuestras competencias véase el numeral 13 del Estatuto de Servicio Civil inciso g) que indica: "Evacuar las consultas que se le formulen relacionadas con la administración del personal y la aplicación de esta ley;"

⁴ Estatuto de Servicio Civil

“Artículo 115.- Para efectos de sueldo, la asignación a un grupo, así como los cambios posteriores, los hará el Departamento de Personal del Ministerio de Educación Pública, de acuerdo con las certificaciones que, para estos fines, aporten los interesados. La validez de la acción de personal implicará el visto bueno de la Dirección General de Servicio Civil; ésta lo otorgará, sin responsabilidad en cuanto al fondo del asunto. (...)”

Así pues, de conformidad con la normativa supra citada y vertiendo un criterio general sobre los aspectos de contenido de dichas políticas, debemos indicar que lo instituido en las mismas determina de manera clara los requerimientos con que deben contar los servidores o candidatos para obtener la clasificación que corresponda.

Se le hace saber al consultante que esta Asesoría Jurídica carece de competencia para efectuar a partir de esas normas una clasificación de grupo profesional, pues dicho acto es emulación del órgano designado a tal efecto tanto por el Estatuto de Servicio Civil como por el Ministerio de Educación Pública, quien otorga dicho proceder al Departamento de Registros Laborales, en virtud de lo cual se nos inhibe dar respuesta particular a las consultas efectuadas.

Cordialmente,

Original firmado{ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-211-2012
21 de marzo de 2012

Máster
Ferdinando Goñi Ortiz
Director Interino
Área de Carrera Docente

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su atento oficio CD-0121-2012 de fecha 28 de febrero del año en curso, recibido en este centro de trabajo el día 2 de marzo del mismo año, mediante el cual se solicita criterio jurídico, en torno a una serie de temas relacionados con los centros de educación privados que reciben algún tipo de beneficio o incentivo de carácter estatal, los cuales pasamos a contestar en el mismo orden en que fueron planteados:

- 1) *¿Pueden aplicarse las reglas establecidas por el Estatuto de Servicio Civil y sus reglamentos en materia de reclutamiento, selección y nombramiento a los centros de estudios privados?*

Conforme a las normas que han sido suficientemente analizadas por su representada en el oficio CD-0121-2012, supra citado, esta Asesoría jurídica coincide plenamente con el argumento de que en aquellos casos referidos a centros de educación propiamente privados, no resulta posible, bajo el principio de legalidad, la aplicación de la normativa estatutaria en los procesos de reclutamiento y selección de personal, por cuanto tales instituciones no se encuentran cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, salvo en situaciones particulares donde exista norma especial que así lo faculte.

En materia de nombramiento específicamente, y al no ser este procedimiento una competencia de esta Dirección General, omitiremos pronunciarnos sobre el mismo.

2) *¿De ser posible, ¿cómo se implementan éstos (sic) mecanismos?*

Como se indicó anteriormente, de existir norma especial que posibilite la aplicación de las reglas previstas dentro del Régimen Estatutario en centros de educación privada, la implementación de los mecanismos o procedimientos de reclutamiento y selección, deben ser establecidos por la dependencia técnica competente que la ley establezca, razón por la cual, esta Asesoría Jurídica se encuentra inhibida para pronunciarse sobre este particular. Asimismo, se tendría que analizar cada caso en concreto, y la formulación de la pregunta deviene en una situación hipotética.

3) *¿Cómo debe proceder esta Área respecto de los cuatro supuestos de regulación en centros de estudio privados ya dichos?*

El Área de Carrera Docente, como cualquier otra dependencia de la Dirección General, tiene claramente definidas sus competencias técnicas por medio de las cuales se delimita su ámbito de acción dentro del engranaje institucional, y por supuesto, del Régimen de Servicio Civil como un todo. Es en este contexto que se ha defendido que la Dirección General de Servicio Civil tendrá, a través de sus diversas dependencias, una participación e intervención directa en aquellas instituciones y organismos públicos cubiertos por el Régimen de Méritos, hasta donde las diversas disposiciones normativas generales o especiales lo permitan, siempre que esté referido a temas de reclutamiento y selección de capital humano, así como la clasificación y valoración de puestos, según corresponda.

Con base en lo dicho, esta Asesoría Jurídica es del criterio, de que cada caso sometido a su estudio presenta características muy particulares, que, precisamente, son una consecuencia del marco normativo que las cobija, por lo que, al partir de supuestos sobre casos eventuales, como parecería ser el fondo de la consulta, limita las posibilidades de este centro de trabajo a la hora de emitir un criterio sobre asuntos que sean de su estricta competencia, y no caer de esta manera, en la posibilidad de incursionar en el accionar o

funcionalidad de otras dependencias como operadores del derecho que son.

Así las cosas, el Área que con tan buen suceso Usted lidera, ha de proceder en los casos que le son sometidos conforme a sus competencias legales, en los términos del alcance que la misma normativa establece, según se trate, como en el presente caso, de centros de educación privada, en donde las leyes o reglamentos permiten una intervención relativa del Estado, y en específico de los procedimientos de reclutamiento y selección liderados por el Régimen Estatutario.

4) *¿A quién le corresponde determinar si un centro educativo privado se encuentra sujeto o no a la Ley N° 8791?*

En relación con este tema, la interrogante de previa cita encuentra respuesta, precisamente, en lo regulado por medio de los numerales 1, 3 y 5 de la citada Ley N° 8791, denominada “Estímulo Estatal de Pago de Salarios del Personal Docente y Administrativo de las Instituciones Privadas de Enseñanza”, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 29 del 11 de febrero del 2010, misma que, en lo que interesa, señala:

“...ARTÍCULO 1.- Objeto

Esta Ley regula el estímulo estatal consistente en el pago de salarios a título de subvención o estímulo, de una

parte o de la totalidad del personal docente, administrativo, administrativo docente y técnico docente, en favor de los beneficiarios de esta Ley, esto sin perjuicio de otros estímulos otorgados al amparo del artículo 80 de la Constitución Política.

ARTÍCULO 3.- Beneficiarios

Las disposiciones contenidas en esta Ley se podrán aplicar a:

a) Los centros docentes privados sin fines de lucro que impartan educación formal en los niveles de Educación

Preescolar, General Básica y Educación Diversificada o en solo alguno de ellos, todo sobre la base del interés público y de conformidad con las políticas educativas que se definan por parte del Ministerio de Educación Pública.

b) Fundaciones y asociaciones con proyección social que atiendan personas adultas con discapacidad y que desarrollen programas educativos debidamente avalados por el Ministerio de Educación Pública.

ARTÍCULO 5.- Administración activa

Corresponderá al jerarca del Ministerio de Educación Pública, previa revisión de los requisitos y las condiciones establecidos en esta Ley, aprobar o improbar la solicitud del estímulo. La resolución que decida aprobar o rechazar una solicitud deberá ser razonada... (Se suple el subrayado)

Sobra decir que la misma norma citada con antelación, es clara al señalar que la aprobación o rechazo de la aprobación del estímulo estatal solicitado por la institución de enseñanza privada, es una

función o competencia que, expresamente, la ley otorga al jerarca institucional de la Cartera de Educación Pública.

5) Con base en lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Centros Educativos Privados, ¿cómo se estructura el nuevo proceso de reclutamiento, selección y nombramiento de su profesorado y personal administrativo?

Con respecto a esta interrogante, y partiendo del supuesto de que la misma hace referencia a la Ley N° 8791, de repetida cita, resulta conveniente, en primera instancia, reproducir en su literalidad lo que dispone el numeral de comentario:

“...ARTÍCULO 16.- Selección y nombramiento del personal

La selección del personal cuyo salario asumirá el Estado corresponderá al beneficiario, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

a) La Dirección General de Servicio Civil, previa comprobación de idoneidad, entregará al Ministerio de Educación Pública la nómina de oferentes, docentes, técnicos docentes o administrativos docentes y administrativos que hayan expresado su anuencia en laborar en centros docentes privados que gocen del estímulo estatal regulado en esta Ley.

b) El Ministerio de Educación Pública trasladará el listado de oferentes al centro beneficiario, el que procederá a escoger a las personas cuyo perfil armonice con el requerido para el proyecto educativo de acuerdo con la subvención disponible y asignada a dicho centro.

c) La designación será atribución exclusiva del centro

docente privado a partir del registro.

d) El nombre y las calidades del personal seleccionado o designado deberá ser comunicado al Ministerio de Educación Pública para que se efectúe el respectivo nombramiento, de acuerdo con el procedimiento establecido para este efecto...” (Lo subrayado no pertenece al documento fuente)

Como se puede inferir del texto normativo precedente, es concretamente en el inciso a) de la referida norma, donde encontramos las funciones que la legislación especial le otorga a la Dirección General de Servicio Civil, dependencia que según el cuerpo normativo supra transcrito, será el ente encargado de entregar al Ministerio de Educación Pública las nóminas de oferentes, previa comprobación de su idoneidad, a efectos de que sean seleccionados para los puestos docentes, técnico docentes y administrativos, ubicados en centros o instituciones de educación privadas, cubiertos por esta legislación especial.

Con base en lo anterior, hemos de decir, que la forma como se estructura este proceso de reclutamiento y selección, no es competencia de esta Asesoría Jurídica, sino por el contrario, y a nuestro entender, del Área de Carrera Docente, quien deberá coordinar lo correspondiente con el Área de Reclutamiento y Selección de Personal de esta Dirección General, (de considerarlo necesario), a efectos de que se determine los métodos y procedimientos técnicos, que vengan a dar una adecuada implementación y puesta en práctica de la referida normativa en concordancia con los postulados superiores del Régimen de Méritos. Respecto al procedimiento de estructuración de los procesos de nombramiento, es un asunto de resorte interno del Ministerio de Educación Pública, según se ha visto.

- 6) *¿Puede la Dirección General de Servicio Civil aprobar inopias para los centros educativos afectos a la Ley N° 8791?*
- 7) *¿Puede el Área de Carrera Docente al día de hoy aprobar inopias o bien enviar nóminas en los términos dichos por el artículo 16 de la Ley N° 8791?*

Para dar respuesta a tales interrogantes, es importante traer a colación lo normado en los artículos 97 de la Ley de Carrera Docente N° 4565 del 4 de mayo de 1970, Título II del Estatuto de Servicio Civil, y 39 del Reglamento de la Carrera Docente, vigente desde el 16 de abril de 1972, y sus diversas reformas, cuerpos normativos que sobre el particular, en lo pertinente, y en el orden usual, señalan lo siguiente:

“...Artículo 97.-A falta de personal calificado para servir plazas en instituciones educativas de cualquier tipo, podrán se (sic) designados para ocuparlas, candidatos que, sin reunir la totalidad de los requisitos, se hayan sometido a pruebas de aptitud o concurso de antecedentes, que permitan seleccionar el candidato de mayor idoneidad, a juicio del Departamento de Personal del Ministerio de Educación Pública, quien contará, para ello, con los servicios de los asesores supervisores correspondientes...”

“...ARTICULO 39.-Solamente cuando se comprobare la inopia de personal con los requisitos exigidos por el Manual Descriptivo de Clases Docentes o haya sido insuficiente el reclutamiento para interinatos en clases

administrativo-docentes y técnico-docentes, podrá nombrarse en forma interina candidatos que no reúnan dichos requisitos.

Para los efectos anteriores, la Dirección General de Servicio Civil establecerá los procedimientos y mecanismos técnicos que considere necesarios, y a su juicio, determinará en caso si existe inopia o reclutamiento insuficiente...”

Ahora bien, al analizar los textos normativos precedentes, encontramos que el mencionado Reglamento de la Carrera Docente, instituye la obligatoriedad de que la Dirección General de Servicio Civil, establezca o instaure aquellos mecanismos y procedimientos técnicos, que a su juicio, considere necesarios a fin de poder determinar si existe insuficiencia en el proceso de reclutamiento seguido para los puestos en instituciones educativas en general.

No obstante, al revisar dichas disposiciones a la luz del numeral 16 de la referida Ley N° 8791, no encuentra esta Asesoría Jurídica, la imposibilidad legal de que dicho procedimiento tenga un trato similar en instituciones o centros de educación privada, que reciban el estímulo estatal antes indicado. Salvo en aquellos casos donde se haya declarado derechos subjetivos anteriores a la promulgación de la citada ley, de conformidad con lo que establece su Transitorio II Nótese que este sentido, el proceso de nombramiento que se haga con posterioridad, es competencia del Ministerio de Educación Pública, quien recibirá las recomendaciones de los mismos beneficiarios del incentivo estatal, de manera que será en esta instancia donde se valore finalmente las nóminas que para estos efectos remita la propia Dirección General de Servicio Civil, o en este caso concreto, de las ofertas para un posible nombramiento.

- 8) *¿Aplica al COVAO las disposiciones que marca la Ley N° 8791 en cuanto a reclutamiento, selección y nombramiento, o se mantiene lo estipulado en el artículo 4 de la Ley COVAO?*
- 9) *¿A qué hace referencia la Ley COVAO cuando indica que deben seguirse las conforme (sic) a las normas establecidas*

por el Servicio Civil y las complementarias que dicte el Ministerio de Educación Pública?

- 10) *¿Es procedente que la Dirección General de servicio Civil y el Ministerio de Educación Pública creen un instrumento regulatorio especial para el COVAO?*
- 11) *¿Puede este llevar a cabo su proceso de reclutamiento, selección y nombramiento bajo la guía del Área de Carrera Docente?*

Como se indicara en la respuesta a la pregunta número 4, le corresponde a la Administración Activa, y más concretamente al Ministerio de Educación Pública, determinar mediante resolución fundada, cuáles instituciones de educación privada se encuentran cubiertas por el incentivo estatal que establece la Ley N° 8791, de reiterada cita, por lo que sólo bajo esta premisa y ante la materialización de dicho acto administrativo, podría afirmarse que tales instituciones se encuentran afectas a los procedimientos de reclutamiento, selección y nombramiento, que en dicha ley especial se estipula.

Conforme a lo dicho con antelación, se podría inferir, que solo en la eventualidad de que el Colegio Vocacional de Artes y Oficios de la Ciudad de Cartago, conocido por sus siglas como COVAO, formalice la solicitud expresa a efectos de que se estudie la posibilidad de otorgamiento del referido incentivo consignado en la Ley N° 8791, y que dicho trámite tuviera una resolución afirmativa por parte de las autoridades correspondientes, según se ha dicho supra, permitiría la aplicación de la normativa de cita, hipotéticamente hablando.

Sin embargo, hemos de aceptar que existe una ley que norma de manera específica este centro de enseñanza, por lo que en la temática de la consulta se tendría que estar a lo dispuesto en el numeral 4 de la Ley N° 4609, denominada "*Declara de interés nacional el funcionamiento del Colegio Vocacional de Artes y Oficios de la Ciudad de Cartago (COVAO)*", del 8 de agosto de 1970, al señalar que:

"...Artículo 4º.- El personal docente y administrativo del Colegio será nombrado por su Junta Administrativa,

conforme a las normas establecidas por el Servicio Civil y las complementarias que dicte el Ministerio de Educación Pública...”

Como hemos venido insistiendo en páginas atrás, el acto de nombramiento de servidores públicos es una potestad del jerarca institucional, que para el caso de centros de educación privados beneficiados por determinados aportes o incentivos del Estado, suponen la implementación de un procedimiento especial establecido en la ley. Al no ser este acto de nombramiento propiamente dicho potestad de la Dirección General de Servicio Civil, se considera que lo normado en el referido numeral 4, de previa cita, se encuentra relacionado con las normas que en materia de reclutamiento y selección le corresponde dictar y aplicar, conforme a sus competencias legales, a esta Dirección General, y que para tales efectos, se constituye en el principal insumo para una etapa posterior de nombramiento por parte del ente correspondiente, que la misma ley ha definido.

Ahora bien, tanto en la tan mencionada Ley N° 8791, como en la misma Ley N° 4609 ya citada, se establece el marco regulatorio para los procesos de reclutamiento, selección y nombramiento del personal en las instituciones de educación a que hace referencia la señalada legislación; empero, se ha de enfatizar que la creación de nuevos instrumentos o procedimientos para mejorar o fortalecer la regulación de esta materia, tendría cabida sólo en la medida que estuviera dentro de los alcances de la misma legislación especial, y no contra sus preceptos. Así las cosas, la definición de dichos instrumentos o procedimientos debería ser una tarea de las dependencias técnicas que la misma norma establece como competentes, y que en el caso de lo estipulado en el supra transcrito numeral 4 de la Ley N° 4609, otorga inclusive, entre otros, al Servicio Civil⁵.

En espera de haber atendido adecuadamente su consulta, suscribe,

⁵ Conforme lo establece taxativamente la Ley 4609 al referirse al “Servicio Civil”

Atentamente,

Original firmado { Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-367-2012
30 de mayo del 2012

Doctora
Lissette Navas Alvarado
Directora General
INSTITUTO COSTARRICENSE DE INVESTIGACIÓN
Y ENSEÑANZA EN NUTRICIÓN Y SALUD

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su oficio de fecha 15 de mayo del 2012, mediante el cual se expone la situación laboral en la que se encuentra actualmente una funcionaria de ese Instituto, en vista de que es Bachiller en Biotecnología y presentó el grado de Maestría en Administración de Empresas con mención en Gerencia de la Calidad, para efectos de Dedicación Exclusiva, el cual le fue reconocido en la Unidad de Recursos Humanos del INCIENSA, mediante un Addendum al Contrato con fecha 8 de diciembre del 2010, pasando de un 20% a un 55%.

Sobre el particular, nos formulan la siguiente interrogante: "...Solicito la interpretación del artículo 4 inciso d) de la resolución DG-254-2009, con el fin de que me indiquen la procedencia o no de solicitarle a la servidora una segunda incorporación a un Colegio Profesional."...

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

La Resolución supracitada, establece en su artículo 4, lo siguiente:

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

a) Ser profesional, con el grado académico de Bachiller Universitario como mínimo. En casos de títulos obtenidos en universidades extranjeras el servidor debe aportar certificación donde conste su reconocimiento y equiparación por parte de una universidad o institución educativa costarricense autorizada para ello.

- b) Estar nombrado o propuesto para desempeñar un puesto cuyo requisito de ocupación exija como mínimo el grado académico que se indica en el inciso anterior, siempre que el funcionario demuestre que cuenta con dicho requisito.
- c) Haber sido nombrado para laborar jornada completa, con la excepción que se establece en esta resolución.
- d) Poseer la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente.
- e) Firmar el contrato de dedicación exclusiva, prórroga o addendum respectivo con el máximo jerarca o con quien éste delegue.
- f) Aportar justificación escrita del Jerarca o de quien este delegue, de que en razón de la naturaleza del puesto, quien lo ocupe, sea declarado afecto a la Dedicación Exclusiva.

De acuerdo con la transcripción anterior, señala entre los requisitos para acogerse y continuar disfrutando de esta Régimen que el servidor debe poseer la incorporación al Colegio Profesional

respectivo, cuando exista esta entidad en el área correspondiente, lo cual significa que todo profesional debe estar asociado o incorporado al respectivo colegio profesional.

Ahora bien, se han dado situaciones en las cuales teniendo un tronco común (Bachillerato), el servidor desea seguir estudiando y obtener otro grado profesional, verbigracia, una Maestría; si la misma es en el mismo campo de acción, va a obtener los pluses que correspondan, pero si el grado no es afín al Bachillerato, el Colegio Profesional respectivo es el que determina si procede o no la incorporación.

Para estos efectos la Dirección General de Servicio Civil, consideró necesario simplificar el procedimiento empleado para las declaraciones de atinencias, eliminando las restricciones en la combinación del grado y el postgrado, siempre y cuando los profesionales, en la eventualidad de un nombramiento o ascenso,

estén debidamente incorporados al colegio profesional respectivo. En razón de lo anterior, se emitió la Resolución DG-120-2005 de fecha 19 de abril del 2005, la cual entre otras cosas establece:

“... ARTICULO 1º: Modificar el anexo del artículo 2 de la Resolución DG-221-2004 del 3 de setiembre del 2004, mediante la cual se aprobó el Manual Descriptivo de Especialidades del Régimen de Servicio Civil, para que se elimine del apartado de atinencias de las especialidades, las restricciones en las declaratorias de atinencia de los posgrados correspondientes al grado que sirvió de base para obtener la correspondiente maestría o doctorado.

ARTICULO 2º: Las maestrías o doctorados declarados atinentes en el correspondiente Manual, serán aceptados para aquellas clases que requieren el grado de Bachillerato o Licenciatura, siempre y cuando el candidato, en la eventualidad de un

nombramiento o ascenso, esté debidamente incorporado al colegio profesional respectivo.

ARTICULO 3º: Cuando se presenten candidatos con maestrías o postgrados no declarados atinentes y estos se asemejen en nombre y contenido curricular con otras maestrías, postgrados o grados ya declarados o con la especialidad del puesto, la Oficina de Recursos Humanos o el Área de Gestión de Recursos Humanos deberá solicitar la declaratoria correspondiente.

ARTICULO 4º: Rige a partir del primero de abril del año dos mil cinco...”

En este orden de ideas, corresponde a la Unidad de Recursos Humanos realizar los estudios respectivos y determinar lo que corresponde para cada caso particular en cuanto a la aplicación de la normativa vigente, según afecte.

Asimismo, en lo que respecta a la función de los colegios profesionales, la Sala Constitucional mediante Sentencia número 2002-06364, ha manifestado lo siguiente:

Esta Sala, ha reconocido la facultad fiscalizadora con que cuentan los colegios profesionales, de analizar el cumplimiento de los requisitos para la incorporación de nuevos profesionales, no solo desde el punto de vista formal, sino también de manera sustancial, colaborando con otras dependencias creadas al efecto y en cumplimiento de la ley, ello con el fin de evitar el grave perjuicio que podría causarse a la sociedad, por la incorporación de profesionales no aptos académica y éticamente para el ejercicio profesional,... reconociendo además la posibilidad de suspender como medida cautelar la incorporación de graduandos, en aquellos casos que se encuentren – previo estudio – irregularidades o inconsistencias académicas, curriculares o administrativas, sobre las cuales deba pronunciarse el del Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada, como órgano encargado de ejercer vigilancia e inspección sobre las universidades privadas, según lo establecido en la ley número 6693 del veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y uno. No obstante, según lo ha indicado este Tribunal en anteriores ocasiones, la constitucionalidad de tales instrumentos jurídicos –medidas cautelares de suspensión de incorporación- depende de una adecuada interpretación y de un uso razonable de los mismos. Respecto de las medidas cautelares, la Sala ha señalado que tienen un carácter eminentemente excepcional y, por tal razón, deben responder a un criterio de necesidad en razón de la protección del interés público y el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar; asimismo, deben ser temporales, por cuanto no puede la Administración a través de

dicho mecanismo, crear situaciones de incerteza jurídica por un tiempo excesivo, convirtiéndolas en una sanción implícita.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, al ser la Maestría en Administración de Empresas con mención en Gerencia de la Calidad, corresponde al Colegio de Ciencias Económicas definir su aceptación, para efectos de carrera administrativa, carrera profesional y dedicación exclusiva, no correspondiéndole a esta Dirección General determinar lo apuntado, por carecer de competencia jurídica para ello.

Atentamente,

Original firmado por Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-369-2012

30 de mayo del 2012

Referencia: AG-0905-2012

Licenciada
Irma Gómez Vargas
Auditora General

Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio identificado AG-0905-2012, fechado veintiséis de abril de dos mil doce, en el cual solicita a este Despacho la emisión de criterio jurídico, referente a la aplicación de la figura de dedicación exclusiva.

Indica en su misiva los siguientes cuestionamientos:

- *En el supuesto de un pago de dedicación exclusiva a un médico general que labora media jornada ¿es de recibo el argumento de que se paga dedicación exclusiva por el ejercicio de la medicina general y por lo tanto en el tiempo en el que no se encuentra en la jornada laboral puede ejercer en su consultorio privado la especialidad que cuenta?*
- *El artículo 6 del Por Tanto de la Resolución DG-254-2009,*

establece que: "...Dicho contrato será de plazo fijo, término que será previamente establecido por las partes y no podrá ser prorrogado automáticamente" ¿Existe alguna excepción a la norma que permita pagarse el plus salarial correspondiente a dedicación exclusiva a un médico a pesar de que la prórroga del contrato ya expiró? Y al respecto ¿Puede establecerse en una prórroga del contrato de dedicación exclusiva que la prórroga aplica desde una fecha anterior a la de la firma del contrato, por ejemplo, que dicha prórroga se firme en el mes de junio y se estipule su vigencia desde el mes de enero anterior?

- *Con respecto al pago por el incentivo de consulta externa ¿Puede pagarse este incentivo aunque la jornada laboral sea de cuatro horas?*

Previo a emitir el criterio jurídico solicitado, resulta conveniente, hacer del conocimiento de la 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, jurisprudencia y doctrina que puedan ser aplicables a la situación en examen y siempre manteniendo el criterio dentro del bloque de legalidad al efecto.

Sobre lo consultado, debemos de encumbrarnos a la normativa existente sobre la materia de la Dedicación Exclusiva bajo el Régimen de Servicio Civil, la cual obliga al servidor al ejercicio profesional únicamente a favor del órgano público con el cual labora y donde éste

lo destaque, de modo que no podrá el servidor ejercer de manera particular, en forma remunerada o ad honorem, la profesión que ostenta y que constituye requisito para desempeñar el puesto que ocupe, ni otra actividad relacionada con ésta⁶, con las excepciones establecidas en el artículo 12 de la Resolución DG-254-2009, sobre el “Régimen de Dedicación Exclusiva”, las cuales taxativamente señalan:

“a) Cuando se trate del ejercicio de la docencia, en instituciones de nivel universitario, parauniversitario o institutos, públicos o privados, en seminarios, cursos, talleres, congresos o alguna otra actividad similar, organizados e impartidos por estos centros educativos.

b) Cuando se trate de impartir cursos de capacitación en instituciones públicas, siempre que sean auspiciados y organizados por dichas instituciones.

⁶Artículo 2 de la Resolución DG-254-2009 de las trece horas del once de agosto de dos mil nueve y sus reformas.

c) Cuando se trate de asuntos personales, de los de su cónyuge o compañero (a), (si convive en unión libre comprobado esto mediante declaración jurada otorgada ante notario público), ascendientes y descendientes hasta un tercer grado de consanguinidad, hermanos, suegros, yernos y cuñados, siempre que no exista interés lucrativo por parte del funcionario o de sus familiares aquí mencionados. Para los efectos anteriores el servidor, con la debida antelación debe solicitar por escrito a la Oficina de Recursos Humanos la autorización para acogerse a las excepciones indicadas, señalando el tipo de trabajo que efectuará, así como las fechas de inicio y finalización de la prestación del servicio y ubicación, la cual por esa misma vía indicará

su aval y rige de la concesión, o bien la denegatoria razonando el resultado de esa decisión.

d) Cuando sea necesario su colaboración al Estado en forma ad honorem, en la atención de desastres naturales, siempre que lo hagan a nombre y con el respaldo de la Institución para la cual laboran, previa comprobación documental de esa designación registrada así ante la Oficina de Recursos Humanos respectiva.

e) Cuando se trate del desempeño de cargos en Juntas Directivas, siempre que no exista conflicto de interés con el puesto desempeñado, salvo los casos en que por ley expresa así se establezca.”

Además debe recordarse que por su carácter contractual, requiere que sea pactada por un plazo determinado y haber sido nombrado para laborar jornada completa, excepcionalmente, pueden acogerse a este Régimen de Dedicación Exclusiva o bien mantener dicho beneficio, aquellos servidores a quienes, de acuerdo con el ordenamiento jurídico se les permita laborar media jornada, *siempre que firmen ante la Oficina de Recursos Humanos respectiva, una declaración jurada en la que conste que el resto del tiempo no ejercerán de manera particular, en forma remunerada o ad honorem, la profesión que ostentan y que constituye requisito para desempeñar el puesto que*

*ocupen, ni otra actividad relacionada con ésta*⁷, lo anterior exceptuando lo dispuesto en el párrafo anterior sobre las singularidades.

Así las cosas y una vez que haya sido firmado el contrato de dedicación exclusiva, el servidor no podrá ejercer **la profesión comprometida**⁸ con dicha exclusividad, ni realizar ningún tipo de actividad relacionada con ésta⁹ o con su puesto, si no es con la institución con quien firmó dicho contrato¹⁰.

Sobre lo dicho, únicamente cabe agregar que ha de revisarse en el supuesto señalado, el acuerdo de voluntades que se firmó, pues deben estudiarse las cláusulas y términos en que se pacto el mismo, tanto por la administración activa como por el servidor interesado.

Siguiendo con el abordaje de las misivas expuestas, sobre los plazos en que se encuentra sujeto el pago por concepto de Dedicación Exclusiva, debe señalarse que siendo esta materia contractual, ha de establecerse un plazo fijo, pactado por las partes para que tenga validez la prestación a la que se obligan ambos entes (Estado-servidor).

Ya existente el contrato de Dedicación Exclusiva, éste concluirá en forma normal, cuando haya expirado el plazo contractual pactado por las partes en caso de que así lo consignen en la materialización del acuerdo de voluntades y no se haya de celebrar un addendum al mismo; de modo que bajo ninguna circunstancia resulta procedente

⁷ Artículo 13 ibídem.

⁸ Véase que no refiere el contrato de Dedicación Exclusiva el grado académico o especialidad con que cuente el servidor, si no, la profesión que ostenta y la cual compromete mediante un acto libre de voluntad, pues debe hacerse hincapié a que el Régimen de Dedicación Exclusiva se regula vía contractual, en donde existe voluntad de ambas partes en obligarse entre ellas.

⁹ Lo que a buen entender, suprime la posibilidad de ejercer la misma profesión en otra especialidad.

¹⁰ Artículo 8 de la Resolución DG-254-2009.

una prórroga automática¹¹ de la relación, como es común en las relaciones de carácter particular, toda vez que en esta materia ha de prevalecer el interés público sobre el particular, y en especial prevalece la necesidad institucional.

Bajo esta inteligencia, no podría afirmarse entonces, la procedencia de ejecutar una nueva prórroga con fecha de rige anterior al momento de la firma del contrato prorrogado.

Debe ser recordada la responsabilidad conjunta de las partes de vigilar el término de los contratos suscritos **y previo a su vencimiento**, la Administración Activa deberá efectuar la comprobación de que persisten las causas que motivaron a la misma a la contratación exclusiva de la profesión comprometida en ese acto y si dicha condición se mantiene, de igual manera debe analizarse el interés de que el ocupante continúe afecto al Régimen de Dedicación Exclusiva, para así 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 contrato¹².

Por último se consulta sobre el incentivo de consulta externa, mismo que es regulado por la Resolución DG-106-2008 del ocho de abril de dos mil ocho y que sobre lo examinado dispone:

“Artículo 1º Los incentivos por Dedicación a la Carrera Hospitalaria, Dedicación a la Carrera Administrativa y Dedicación a la Consulta Externa, contenidos en la Ley N° 6836 para Médicos y Odontólogos,

¹¹ Artículo 6 de la Resolución DG-254-2009.

¹² Artículo 6 de la Resolución de ya repetida cita.

corresponden a un 18,03% del salario total (el cual para efectos de cálculo significa un 22% del subtotal salarial, constituido por el salario total antes de sumarle este incentivo).

Artículo 4º Los incentivos citados en los artículos precedentes se calcularán en forma proporcional a la jornada de dichos profesionales.”

Justamente, corresponde el pago por concepto del incentivo de consulta externa de acuerdo a la jornada laboral del médico asignado.

Sin más y en espera de que hayan sido atendidas las consultas planteadas, y sin más acotaciones que agregar.

Atentamente,

Original firmado { Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-236-2012
29 de marzo de 2012

Máster
Ferdinando Goñi Ortiz
Director Interino

Área de Carrera Docente

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su atento oficio CD-0154-2012 de fecha 16 de marzo del año en curso, recibido en este centro de trabajo el día 19 del mismo mes y año, mediante el cual se solicita criterio jurídico¹³, en torno al alcance y contenido del Oficio AJ-543-97, emitido por esta sede administrativa con fecha 17 de octubre de 1997, documento en el que se abordó el tema referido a la aplicación de los artículos 128, 133 y 139 del Estatuto de Servicio Civil.¹⁴

En relación con esta temática, y como Usted bien lo indica en su misiva, esta sede administrativa emitió el oficio N° AJ-543-97, supra citado, cuyo contenido, a la fecha de la presente respuesta, encuentra plena vigencia, y es en ese sentido, que al detenernos nuevamente en el fondo de lo consultado, se podría decir que los referidos numerales 128, 133 y 139 de la ley de rito, establecen regulaciones claramente

Identificables en aquellos casos de profesores titulados de Enseñanza Media, Enseñanza Técnica y Profesional, así como los de Enseñanza Especial, que por diferentes razones, ocupan una especialidad ajena o distinta a la formación académica que ostentan.

Al estudiar los citados artículos, se puede constatar con meridiana claridad, que su aplicación deviene del cumplimiento irrestricto de los supuestos que la norma contiene, con lo que se pretende otorgar seguridad jurídica a las situaciones particulares de docentes, que en virtud de diversas circunstancias, se ubican en el escenario fáctico descrito en el texto normativo de marras.

¹³ *De adición y aclaración, según lo solicitado.*

¹⁴ *Título II del Estatuto de Servicio Civil, adicionado por la Ley Número 4565 del 4 de mayo de 1970.*

Así las cosas, y bajo el principio de legalidad, la excepcionalidad de la norma, no enerva la responsabilidad que tiene el Área Técnica correspondiente de la Dirección General de Servicio Civil, a efectos de corroborar en cada caso particular la presencia de los supuestos que la norma describe, y por lo tanto, justifica su actuación en concordancia con lo preceptuado en la misma.

Por otra parte, al revisar los artículos de repetida cita, objeto de la presente consulta, se puede verificar fácilmente que los mismos están contemplados o forman parte del Capítulo VII del Título II del Estatuto de Servicio Civil, denominado “De la Clasificación del Personal”, en donde se estipula, de manera detallada, la clasificación del personal docente, de forma tal, que el Área a su digno cargo, como operadores del derecho que son, deberán aplicar aquellas disposiciones que estén referidas, exclusivamente, a sus competencias legales, dejando de lado, en su defecto, las concernientes a materia estrictamente de asignación salarial, cuya competencia propia es del Ministerio de Educación Pública, por medio del Área Técnica que esté designada conforme a la ley para estos menesteres.

Con estas consideraciones finales, damos por atendida su consulta,

Atentamente,

Original firmado { Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-216-2012
23 de marzo del 2012

Máster
Mario E. Bolaños Ramírez
Director
Dirección de Recursos Humanos
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio DRH-857-2012 de fecha 14 de marzo de dos mil doce, en el cual nos solicita criterio jurídico relacionado con la posibilidad de solicitar realizarse pruebas médicas a los funcionarios que ingresen en propiedad a ese Ministerio y si dicho proceder deviene en lesivo al principio de igualdad de los mismos.

Sobre el particular nos permitimos indicarle que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 25 inciso c) indica en lo que interesa:

“Todos los ciudadanos gozarán de los siguientes derechos y oportunidades:

a)...

c) Tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Así las cosas el acceso a los cargos públicos, debe atender por demás la igualdad de oportunidades en cuanto a participación e ingreso, de modo que efectuar actos para la inclusión de funcionarios al Régimen de Servicio Civil que no se encuentren debidamente estipulados, puede resultar una práctica discriminatoria y violatoria del principio de igualdad.

Así las cosas, los requisitos de ingreso al Régimen de Méritos se establecen dentro de los numerales 20 del Estatuto de Servicio Civil¹⁵ y 9 de su Reglamento¹⁶ y señalan en su orden, lo que interesa:

“Para ingresar al Servicio Civil, se requiere:

- a) *...poseer aptitud moral y física para el desempeño del cargo...*
- b) *...*
- g) *Llenar cualesquiera otros requisitos que establezcan los reglamentos y disposiciones legales aplicables¹⁷”*

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

- ...
“f) *Poseer salud compatible con el servicio, comprobada mediante carné del Ministerio de Salud o cualesquiera otros procedimientos de prueba o diagnóstico a juicio de la Dirección General.*”

Bajo esta inteligencia, podemos indicar que el comprobar la idoneidad física por los mecanismos correspondientes y necesarios, no es violatorio de principio alguno, siempre que sea aplicado a la generalidad de quienes vayan a ingresar a dicha dependencia y esté así contemplado dentro de la normativa vigente.

Atentamente,

Original firmado { Licda. Vangie Miranda Barzallo

¹⁵ Ley N° 1581 del 31 de mayo de 1953.

¹⁶ Decreto Ejecutivo N° 21 de 14 de diciembre de 1954.

¹⁷Lo dicho pues existen diversas disposiciones legales y reglamentarias que exigen determinados requisitos para ciertos puestos. Por ejemplo en el caso de los profesionales la exigencia de estar incorporados al respectivo Colegio conforme la ley que crea la correspondiente Corporación gremial.

Licda. Vangie Miranda Barzallo
Asesoría Jurídica

AJ-256-2012
17 de abril de 2012

Licenciado
Ricardo Arroyo Yannarella
Asesor Legal
Instituto Nacional de Aprendizaje

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su atento oficio AL-469-2012, fechado 27 de marzo del 2012 y recibido en este centro de trabajo el día 30 del mismo mes y año, mediante el cual se presenta formal solicitud de aclaración de la Circular N° AJ-001-2012, emitida en esta misma sede administrativa con fecha 13 de febrero del año en curso, en los términos de las siguientes interrogantes planteadas:

“...cuál es el procedimiento que debe seguirse a funcionarios adscritos al Régimen de Servicio Civil, que incurran en conductas de acoso sexual cuya gravedad amerite el despido, (...), y cuál el alcance de la condición de “parte” que le otorga a la persona denunciante dicha legislación...”

En relación con el primer tema de su consulta, hemos de decir que el procedimiento que ha de seguirse en las gestiones de despido promovidas por el jerarca institucional contra funcionarios cubiertos por el Régimen de Méritos, por cualquier causal que amerite, a criterio de la respectiva institución, la remoción del cargo de la persona accionada, es, precisamente, el establecido en el artículo 43 del Estatuto de Servicio Civil¹⁸, que a la letra, y en lo que interesa, estipula:

“...Artículo 43.-Los servidores públicos sólo podrán ser removidos de sus puestos si incurrieren en las causales que determina el artículo 81 del Código de Trabajo y 41, inciso d), de esta ley, o en actos que impliquen infracción grave del presente Estatuto, de sus reglamentos, o de los Reglamentos Interiores (sic) de Trabajo respectivos.

(...),

Todo despido justificado se entenderá hecho sin responsabilidad para el Estado y hará perder al servidor todos los derechos que esta ley

¹⁸ Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953. En concordancia con el artículo 90 y siguientes aplicables de su Reglamento.

concede, excepto los adquiridos conforme a la Ley General de Pensiones; siempre que se realice con observancia de las siguientes reglas:

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

b) La Dirección General de Servicios Civil hará conocer al servidor la gestión de despido y le dará un plazo improrrogable de diez días, contados a partir de la fecha en que reciba la notificación, a fin de que exponga los motivos que tenga para oponerse a su despido, junto con la enumeración de pruebas que proponga en su descargo.

(La Sala Constitucional mediante resolución de Amparo N° 675-91 del 27 de marzo de 1991, dispuso sobre el inciso anterior que "...éste sólo puede ser interpretado en concordancia con el principio de la Constitución Política, si se entiende que el plazo

de diez días corre a partir del día siguiente del que se recibió la notificación correspondiente...)

c) Si vencido el plazo que determina el inciso anterior, el servidor no hubiere presentado oposición o si expresamente hubiere manifestado su conformidad, quedará despedido en definitiva, sin más trámite, salvo que pruebe no haber sido notificado por la Dirección General de Servicio Civil o haber estado impedido por justa causa para oponerse.

d) Si el cargo o cargos que se hacen al empleado o funcionario implican responsabilidad penal para él o cuando sea necesario para el buen éxito de la investigación que determina el inciso siguiente o para salvaguardia del decoro de la Administración Pública, el Ministro podrá decretar en su nota inicial, la suspensión provisional del interesado en el ejercicio del cargo, informándolo a la Dirección General de Servicio Civil. Si se incoare proceso penal o de policía en contra del empleado o funcionario, dicha suspensión podrá decretarse en cualquier momento como consecuencia de auto de detención o de prisión

preventiva o sentencia de arresto. En caso de que el resultado de la investigación fuere favorable para el empleado o funcionario, se le pagará el sueldo correspondiente al período de suspensión, en cuanto al tiempo que haya sufrido arresto o prisión por causas ajenas al trabajo.

(La Sala Constitucional mediante resolución N° 2861 del 14 de junio de 1994, interpretó que la suspensión provisional a que hace referencia el inciso d) de este artículo, debe decretarse mediante resolución motivada y con goce salarial.)

e) Si el interesado se opusiere dentro del término legal, la Dirección General de Servicio Civil, levantará la información que proceda, a cuyo efecto podrá dictar el secreto de la misma; dará intervención a ambas partes, evacuará las pruebas que se hayan ofrecido y las demás que juzgue necesario ordenar, en un plazo improrrogable de quince días, vencidos los cuales enviará el expediente al Tribunal de Servicio Civil, que dictará el fallo del caso. A ese efecto, si el Tribunal lo estima necesario, podrá mandar ampliar la investigación, recibir nuevas pruebas y practicar todas las demás diligencias que considere convenientes para su mejor juicio, gozando de amplia facultad para la calificación y apreciación de las circunstancias de hecho que tengan relación con el caso a resolver...”

Con base en este marco legal, si la falta endilgada al servidor público se enmarca dentro de conductas relacionadas con el “hostigamiento sexual”, y dentro del ordenamiento jurídico observable se considera como posible sanción a aplicar el despido respectivo, evidentemente, la institución que promueve la acción disciplinaria debe, tratándose de funcionarios cubiertos por el Régimen Estatutario, atenerse al procedimiento regulado en el numeral 43 supra transcrito.

No obstante lo anterior, por estar el tema de su consulta regulado por una ley especial, a saber, la Ley N° 8805 denominada “Reforma Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia”, del 28 de abril del 2010, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 106 del 2 de junio del mismo año, deberá igualmente atenderse lo regulado en este cuerpo normativo, específicamente en aquellos aspectos que no contraríen el procedimiento descrito en páginas precedentes seguido contra servidores amparados al

Régimen de Servicio Civil, y que por el contrario, lo complementen e integren, a efectos de asegurar el derecho constitucional del debido proceso a todas las partes intervinientes, y que por ley, forman parte del proceso.

Ahora bien, en lo concerniente a la segunda parte de su consulta, a través de la cual se interpela a esta instancia técnica sobre cuál es el alcance de la condición de “parte” que la citada Ley 8805 otorga a la persona denunciante, hemos de indicarle que por estar su consulta relacionada con el fondo de la Resolución emitida por el Tribunal de Servicio Civil de las siete horas con diez minutos del dieciséis de diciembre del dos mil once, esta Asesoría Jurídica omitirá referirse a la misma, en respeto de la independencia funcional y de criterio que ostenta dicho Tribunal Administrativo, de conformidad con lo que reza el artículo 185 del Estatuto de Servicio Civil, por lo que cualesquier aclaración sobre el particular, deberá solicitarla directamente al mencionado Tribunal.

Siendo que su representada envió cinco ejemplares del escrito de la consulta que nos ocupa, procedemos a devolverle cuatro de ellos, para lo que su persona considere necesario.

Sin más acotaciones que hacer, damos por evacuada su consulta.

Atentamente,

Original firmado { Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-176-2012

12 de marzo del 2012

Señores:

Christian Quirós Núñez

Juan Delgado Carmona

Mariela Alfaro González

José Arce Campos

Juan Salazar Córdoba

Departamento de Laboratorios

Servicio Fitosanitario del Estado

Ministerio de Agricultura y Ganadería

Estimados señores:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta al oficio sin número, de fecha 22 de febrero de 2012, en el cual solicitan criterio jurídico, relacionado con la Resolución DG-330-2005, denominada “Normas para el Reconocimiento del Incentivo, Retribución por Peligrosidad”.

De previo a emitir el criterio jurídico solicitado, resulta conveniente hacer del conocimiento del consultante, que por política de esta Asesoría Jurídica, no nos pronunciamos sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos. Sin embargo, hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina que puedan ser aplicables a la situación en examen y siempre manteniendo el criterio dentro del bloque de legalidad al efecto.

Se plantea en su consulta un cuadro fáctico específico, sobre el cual podemos indicar algunos puntos de referencia para su análisis, no obstante se reitera, que la decisión final sobre el otorgamiento del plus salarial a consulta, únicamente corresponde determinarlo ajustada a derecho, a la administración activa como veremos a continuación:

La normativa a analizar¹⁹ corresponde a la necesidad de garantizar a los servidores del Régimen de Servicio Civil que realicen actividades consideradas “peligrosas”, un plus salarial, el cual corresponde a un 5%, sobre la base salarial, éste no es de aplicación automática, requiere de la solicitud del servidor y no está ligada directamente con alguna profesión, clase o puesto en particular pudiendo ser revocable, según las funciones que realice el servidor beneficiado.

El artículo 2 de la Resolución DG-330-2005, clarifica el término “tarea peligrosa” de la siguiente manera:

“... actividad o tarea peligrosa aquella que realiza el servidor en la cual expone a un nivel de alto riesgo su salud física por causa de la atención a personas, manipulación de objetos, sustancias, animales u otros elementos, donde, a pesar de la aplicación de medidas de seguridad, podría contraer enfermedades incapacitantes, infectocontagiosas, cancerígenas y otras similares que incluso pueden llegar a ser letales.”

Las actividades consideradas “peligrosas” serán así definidas según el criterio experto de la Oficina de Recursos Humanos respectiva, y deberá contar con la anuencia del jefe inmediato, como así indica el artículo 4 de la resolución de marras, al decir lo siguiente:

“La existencia de actividades de naturaleza peligrosa, será determinada mediante estudio técnico que realizará la Oficina de Recursos Humanos respectiva,

¹⁹ Resolución DG-330-2005 del 24 de noviembre del 2005.

previa solicitud escrita del interesado, que contenga el detalle de las actividades o tareas peligrosas que realiza; dicha solicitud debe contar con la autorización de su superior inmediato y cumplir con los requisitos establecidos en el artículo tercero anterior.”

Como bien lo dice el numeral antes transcrito, los requisitos para acogerse al pago de este incentivo, se encuentran en su artículo tercero, del cual específicamente en relación con su consulta se transcriben las siguientes disposiciones:

“...b) Que las actividades o tareas habituales del puesto, por su propia naturaleza, sean consideradas como peligrosas, según la definición citada en el artículo segundo anterior.

c) Que las condiciones identificadas como peligrosas no sean consecuencia del desacato a las normas de seguridad e higiene ocupacional, requeridas para el desarrollo de las actividades que ejecuta el servidor y que deben existir en cada centro de trabajo.

d) Que el puesto que ocupa el servidor contemple dentro de la descripción de las condiciones de trabajo, el carácter de peligrosidad y la exposición a contraer enfermedades infectocontagiosas; o a productos altamente tóxicos o radioactivos; o que el puesto tenga asignado algún grupo de especialidad o exija una carrera académica atinente relacionada con: Citología, Enfermería, Entomología, Lucha contra Insectos, Medicina(específicamente en la atención permanente de

pacientes afectados de enfermedades infectocontagiosas o con una alta exposición a ellas, por lo requieren de un control sanitario periódico), Microbiología, Neumología, Odontología, Química, Radiología, Salud Rural y Comunitaria y que los ocupantes de los puestos se encuentren ejecutando las actividades relacionadas con tales grupos de especialidad o carreras académicas atinentes.” (El resaltado es propio)

Como se desprende de la normativa citada, se establecen las diferentes situaciones por las cuales este plus salarial de peligrosidad, puede ser suspendido o revocado, el procedimiento para realizar dicho acto administrativo, así como la posibilidad de presentar disconformidad por parte del interesado.

Sin la intención de transcribir la totalidad de la norma de referencia, se considera necesario apuntar en el presente documento los artículos sexto, sétimo y octavo, por su riquísima claridad en relación con su consulta:

“ARTICULO 6. El derecho al pago del incentivo cesará en el momento que las actividades consideradas como peligrosas dejen de ser ejecutas por el servidor o cuando pierdan la condición de peligrosidad, producto de cambios ambientales, tecnológicos y por variaciones en la clasificación de los puestos, según las necesidades institucionales de ahí que este incentivo no se constituirá en un derecho adquirido para el servidor.

ARTICULO 7. Los jefes de los servidores que reciben este incentivo deberán informar a la Oficina de Recursos Humanos respectiva la fecha en que los ocupantes de los puestos afectados dejarán de realizar las actividades o tareas consideradas como peligrosas. Dichas oficinas realizarán los estudios técnicos correspondientes, según lo establecido en los artículos 5 y 6 de este grupo de normas. También, cuando las circunstancias lo justifiquen, es obligación de dichas oficinas proceder de oficio a realizar los estudios de los casos que tengan características similares a las anteriormente señaladas y proceder conforme. Al efecto, las Oficinas de Recursos Humanos deben mantener un control de los puestos, cuyos ocupantes devengan el incentivo.

ARTICULO 8. Los actos administrativos que denieguen el incentivo, podrán ser recurridos mediante los

recursos ordinarios de revocatoria, los cuales deben ser atendidos por las Oficinas de Recursos Humanos y los de apelación en subsidio serán elevados ante el máximo jerarca de la institución, quien resolverá en definitiva. Lo anterior sin detrimento de la facultad de la Dirección General de Servicio Civil de fiscalizar y revocar lo actuado por aquellas.”

Cordialmente,

Original firmado { Lic. César Soto Solís

Lic. César A. Soto Solís
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-078-2012
3 de febrero del 2012

Licenciada
Victoria Rojas Monge
Victoria.rojas.monge@mep.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación de la Señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a la consulta remitida vía correo electrónico

de fecha 26 de enero del año en curso, por medio del cual indica que el Ministerio de Educación Pública donde actualmente presta sus servicios, no le reconocen el tiempo laborado en la Junta Administrativa de Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC).

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

La Naturaleza Jurídica de la Junta Administrativa de Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC) se encuentra dictada en la Ley 7799 “Reforma Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago JASEC” *que Reforma la Ley de Creación de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago, No. 3300, cuyo texto indica en su Artículo 2:*

“Artículo 2.- Jasec es una persona jurídica de Derecho Público, de carácter no estatal, con plena capacidad jurídica, patrimonio propio y autonomía financiera, administrativa y técnica en el cumplimiento de sus deberes; además, queda facultada para prestar los servicios públicos que define el artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, así como los servicios de telecomunicaciones, infocomunicaciones y otros servicios en convergencia; deberá contar con la concesión respectiva cuando sea necesario. También queda facultada para prestar los servicios de televisión por cable. La Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago estará sujeta al pago de los cánones, los impuestos, las tasas, las contribuciones especiales y los demás tributos a los que estén sometidos los operadores y proveedores de telecomunicaciones, sin detrimento de las exenciones establecidas en otras leyes. Las municipalidades, mediante convenio, debidamente refrendado por la Contraloría General de la República, podrán ceder a JASEC la prestación de aquellos servicios

municipales que hasta este momento prestan por sí mismas.

Ante esta normativa la Procuraduría General de la República en el Dictamen número C-183-2011 de fecha 8 de agosto de 2011, entre otras cosas indicó lo siguiente

“III.-

Naturaleza jurídica de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC) y la posibilidad jurídica de suscribir convenciones colectivas con sus trabajadores.

En lo que interesa a la presente consulta, podemos afirmar que la JASEC es una empresa pública –ente de derecho público- creada por el Estado –no del Estado-, cuya organización administrativa es la propia de un ente institucional, descentralizado y especializado funcionalmente, con una competencia, en principio, territorialmente circunscrita (*Dictámenes C-075-2002 de 12 de marzo del 2002, C-175-2002 de 4 de julio del 2002 y C-102-2004 de 02 de abril del 2004, así como el pronunciamiento OJ-097-2009 de 13 de octubre de 2009. En igual sentido, puede consultarse el informe rendido por la Procuraduría General en la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente N° 09-003350-0007-CO; la cual quedó plasmada en la resolución N° 2010-005220 de las 16:29 hrs. del 16 de marzo de 2010 de la Sala Constitucional*).

Ahora bien, como empresa pública que, en razón de su régimen de conjunto y por los requerimientos propios de su giro, ejercita de forma clara una doble capacidad de derecho público y de derecho privado (*a que hace referencia la Ley General de la Administración Pública – LGAP- en sus artículos 3, 111.3 y 112.2*), consideramos que con base en lo dispuesto por el artículo 1º, inciso b) del citado “Reglamento para la negociación de convenciones colectivas en el Sector Público”, la JASEC, como ente de derecho público que se integra

orgánicamente en el concepto de Administración Pública (*art. 1º de la LGAP*), puede negociar y suscribir una convención colectiva con aquellos obreros, trabajadores y empleados que no participen de la gestión pública, en los términos explicados en el acápite I de este dictamen. Todo esto dentro del marco de los lineamientos, estructura y procedimiento establecidos por el citado decreto ejecutivo N° 29576-MTSS.

Interesa indicar, como bien lo conoce la propia administración consultante *–porque así se alude en la opinión jurídica que se acompaña–*, que esa posibilidad de que JASEC negocie y suscriba una convención colectiva con aquellos obreros, trabajadores y empleados que no participen de la gestión pública ha sido expresamente reconocida por la propia Sala Constitucional en la resolución N° 3053-94 de las 09:45 horas del 24 de junio de 1994; resolución que, por lo así dispuesto por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resulta vinculante.

Conclusión

1. Conforme a nuestra jurisprudencia administrativa, la JASEC es una empresa pública *–ente de derecho público–* creada por el Estado *–no del Estado–*, cuya organización administrativa es la propia de un ente institucional, descentralizado y especializado funcionalmente, con una competencia, en principio, territorialmente circunscrita.
2. Como empresa pública que, en razón de su régimen de conjunto y por los requerimientos propios de su giro, ejerce de forma clara una doble capacidad de derecho público y de derecho privado (*a que hace referencia la Ley General de la Administración Pública –LGAP– en sus artículos 3, 111.3 y 112.2*), con base en lo dispuesto por el artículo 1º, inciso b) del citado “Reglamento para la negociación de convenciones colectivas en el Sector Público” , la JASEC puede negociar y suscribir una convención colectiva con aquellos obreros, trabajadores y empleados que no participen de la gestión pública.”

En virtud de lo anterior, es claro que a los funcionarios de JASEC les resulta aplicable el Decreto Ejecutivo No. 18181-H denominado “Reglamento para el procedimiento del pago de anualidades adeudadas”, por cuanto ésta es una institución del Estado en su sentido amplio, por lo que esa Administración Activa ha de razonar los argumentos y normativa legalmente diseñados para tales fines.

Atentamente,

Original firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORIA JURIDICA

14 de febrero de 2012

Licenciado
Hugo Cascante Micó
Director
Departamento de Recursos Humanos
Asamblea Legislativa

Estimado señor:

Damos respuesta a su oficio DHR-2699-12-2011 de fecha 20 de diciembre del 2011, recibido en esta Asesoría Jurídica el día 13 de enero del presente año, sobre el reconocimiento de aumentos anuales a los señores diputados.

Sobre el particular debemos indicarle que al tratarse de un caso concreto, debe la administración activa, en este caso la Asamblea Legislativa, estudiar si dicho funcionario cumple con lo que establece el inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, transcribiendo de seguido como ilustración de la materia consultada, un criterio emitido por el ente consultor vinculante del Estado, que literalmente dice:

***“31 de enero, 2011
C-022-2011***

***Señor
Luis Alvarez Soto
Viceministro
Ministerio de Economía, Industria y Comercio
Estimado señor:***

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, me refiero a su oficio VMi-OF-110-10 del 6 de julio de 2010, por medio del cual nos consulta si el tiempo servido en puestos de elección popular es útil para el reconocimiento de anualidades cuando

la persona interesada ha pasado a formar parte de la Administración Central.

Adjunto a su gestión nos remite el estudio preparado sobre el tema por la Unidad de Asuntos Jurídicos del MEIC (Oficio AJ-109-2010 del 1° de julio de 2010) el cual sostiene que "... debe reconocérsele a los Servidores Electos popularmente el periodo laborado en dichos puestos, como reconocimiento de anualidades cuando los mismos pasan a formar parte de la Administración Central".

A. Sobre los requisitos para el reconocimiento de anualidades en el sector Público

Antes de abordar el aspecto concreto al que se refiere la consulta, conviene indicar que el pago de anualidades en el sector público tiene su fundamento en la Ley de Salarios de la Administración Pública (n.° 2166 de 9 de octubre de 1957). Dicha ley se emitió con la finalidad de homologar los salarios dentro de la Administración Pública y estableció, en su artículo 5, el derecho de los funcionarios de disfrutar de un sobresueldo denominado "anualidad" por cada año de servicios prestados.

Debido a que la Ley de Salarios mencionada solamente previó la posibilidad de computar los años servidos en la propia institución para la que se labora (y no los servidos con anterioridad en otras instituciones del Estado), mediante la ley n.° 6835 de 22 de diciembre de 1982 se adicionó un inciso d) a su artículo 12 para reconocer el tiempo servido en cualquier institución del sector público. Fue de ese modo que se positivizó –al menos en lo que a anualidades se refiere– la figura del Estado como patrono único.

Lo referente a los requisitos para el reconocimiento de antigüedad en el sector público ha sido un tema ampliamente debatido en la vía jurisdiccional, siendo la Sala Segunda quien ha delineado sus alcances. Así, entre los puntos que fueron objeto de debate se encuentra si el tiempo acumulado en una relación que terminó a raíz de un despido justificado es útil para el cómputo de anualidades. Al respecto la Sala Segunda sostuvo que el reconocimiento del tiempo

servido era viable independientemente de los motivos que condujeron al rompimiento de la relación:

“El artículo 12 inciso d) de la Ley de Salarios de la Administración Pública, establece que se ha de reconocer tanto a servidores propietarios como interinos de la administración pública para efectos de aumentos anuales, el tiempo servido con anterioridad en dicho sector. Esa norma no hace exclusión alguna por motivo de pago de prestaciones, despido justificado, no adscripción a régimen estatutario o no inscripción del servidor dentro de carrera administrativa, sino que basta, con que se halla servido con anterioridad en el Sector Público, para que dicho período, sin importar el motivo de la terminación de esa relación, le sea reconocido para tales efectos”. (Sala Segunda, sentencia n.º 274-92 de las 9:20 del 6 de noviembre de 1992).

Otro tema que se discutió ante la Sala Segunda fue el de la procedencia de exigir para el otorgamiento de anualidades, que el tiempo servido hubiese sido reconocido en la institución de origen. Al respecto, dicha Sala estableció que el pago de anualidades no estaba sujeto a ese requisito:

“La jurisprudencia judicial, ha reconocido los aumentos anuales por el tiempo servido en la Administración Pública, independientemente que, ese tiempo fuera o no reconocido en la Institución de procedencia, considerando que, el legislador al introducir el inciso d), al artículo 12, de la Ley de Salarios de la Administración Pública, tuvo como objetivo reparar la injusticia que se cometía con los servidores públicos que pasaban de una entidad a otra, dentro de la Administración Pública, y no se les reconocía el tiempo de servicio prestado. De la letra de la ley, no se puede deducir que, para que se otorguen los aumentos anuales sea necesario que al servidor se le hubieran previamente reconocido en el ente de origen; el exigir tal requisito significaría dar por existente una condición que no está legalmente prevista ...”. (Sala Segunda, sentencia n.º 103 de las 9:30 horas del 19 de mayo de 1993).

También se debatió en su momento ante la Sala Segunda si era necesario que el tiempo servido en otra institución fuese continuo para poder ser reconocido. Sobre el punto la Sala indicó que no era necesario que el servicio prestado fuese ininterrumpido:

“... no existe obstáculo legal alguno para poder reconocerle, al actor, la antigüedad aquí pretendida, porque lo que se pretende retribuir con el aumento anual es la dedicación del servidor público al servicio de la administración y la experiencia obtenida en la misma, independientemente del carácter continuo o interrumpido de la relación de servicio”. (Sala Segunda, sentencia n.º 300-1996 de las 9:10 horas del 11 de octubre de 1996).

Debido a que el artículo 5 de la Ley de Salarios de la Administración Pública dispone que “Los aumentos anuales serán concedidos por méritos a aquellos servidores que hayan recibido calificación por lo menos de bueno, en el año anterior...”, en algún momento se alegó que no era posible reconocer la antigüedad acumulada en instituciones que no realizaran calificaciones de servicio. La Sala Segunda descartó la procedencia de esa tesis en los siguientes términos:

“... se estima incorrecto, como criterio de exclusión general, la exigencia al trabajador de determinados méritos durante la relación anterior, concretamente haber obtenido las calificaciones de bueno, por lo menos, de que habla el artículo 5º de la Ley de Salarios de la Administración Pública, ya que si la persona prestó los servicios en una dependencia del Sector Público donde no se estuvo aplicando en ese aspecto dicha legislación o donde no existía un sistema de calificación en esos términos, es ilegítimo, por vía de interpretación, pedir el requisito, ya que, de ese modo, se exorbita la ley. Sólo cuando el servidor proviene de una parte del sector donde se aplicaba durante el tiempo que se pretende hacer valer el mismo sistema de valoración del Régimen de Salarios de la Administración Pública u otro parecido, es posible la exigencia...”. (Sala Segunda, sentencia n.º 70, de las 9:30 horas del 10 de mayo de 1991).

Para los casos en que sí existían calificaciones de servicio, se discutió también si la carga de demostrar que se habían obtenido calificaciones de bueno por lo menos para tener derecho a anualidades correspondía al trabajador, o si, por el contrario, debería ser el patrono el que acreditara que se habían obtenido calificaciones inferiores para refutar la obligación de pagar ese sobresueldo. Al respecto, la Sala Segunda estimó que la carga de la prueba corre por cuenta del patrono:

“El artículo 317 del Código Procesal Civil dispone que la carga de la prueba en cuanto a hechos constitutivos corresponde al actor, y con respecto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor corresponde al demandado. Es obvio, presumir que si se alega que el actor no cumple con los requisitos establecidos por el numeral 5 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en lo que respecta a las calificaciones, la carga de la prueba corresponde al demandado y no al actor, ya que estamos en presencia de hechos impeditivos del derecho del mismo. Así, el argumento de la parte demandada de que en aplicación del artículo 5 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, sólo es posible devengar anualidades por aquellos trabajadores que acrediten que las calificaciones anuales superaron el mínimo exigido por el artículo, durante el tiempo de servicio activo no fue demostrada por el SINART. La cual como entidad patronal, es la parte más fuerte de la relación laboral y debe demostrar los hechos que impidan el ejercicio de derechos a favor del actor”. (Sala Segunda, sentencia n.º 621-2010 de las 9:10 horas del 30 de abril de 2010).

Finalmente, es importante mencionar que la Sala Segunda ha considerado improcedente el reconocimiento de aumentos anuales cuando el funcionario está sujeto a un régimen remunerativo especial, como es el caso, por ejemplo, de los Alcaldes Municipales:

“Como se analizó en el considerando anterior, la existencia de un régimen remunerativo concreto para los alcaldes municipales hace que jurídicamente no sea factible emplear otras normas que dispongan beneficios salariales no contemplados por el Código Municipal. De esta forma, no son de aplicación en el presente caso las disposiciones 4, 5 y 12 inciso d) de la Ley de Salario de la Administración Pública, toda vez que el alcalde es un funcionario representativo de elección popular y por lo tanto su relación de empleo con la administración no se encuentra regulada por las normas propias de la función pública, razón por la cual los únicos aumentos de que podrá ser objeto, serán los concernientes al incremento del presupuesto ordinario según el artículo 30 del Código Municipal”. (Sala Segunda, sentencia n.º 1107-2010 de las 11:18 horas del 6 de agosto de 2010. En igual sentido pueden consultarse las sentencias de esa misma Sala n.º 884-2010 de las 8:55 del 18 de junio de 2010, 885-2010 de las 9:00 horas del 18 de

junio de 2010 y la n.º 942- 2010 de las 11:00 horas del 30 de junio de 2010).

Hecho el anterior recuento jurisprudencial sobre temas relacionados con el reconocimiento de anualidades en el sector público, procederemos seguidamente a analizar el punto de interés.

B. Concretamente, sobre el reconocimiento del tiempo servido en un puesto de elección popular

Normalmente, los puestos de elección popular tienen un régimen remunerativo especial, como ocurre por ejemplo con los alcaldes municipales y los diputados, por lo que no es posible reconocer a dichos funcionarios, durante el ejercicio de esos cargos, el pago de anualidades.

Esa posición ha sido sostenida tanto por la Sala Segunda de Corte (como quedó de manifiesto con las referencias jurisprudenciales mencionadas en el apartado anterior), como por este Órgano Asesor. Así, en nuestro dictamen C-087-2006 del 2 de marzo de 2006, indicamos lo siguiente:

“... el artículo 20 del Código Municipal prevé para el Alcalde un régimen salarial propio. Su salario base varía dependiendo del presupuesto de la municipalidad para la cual presta sus servicios. Los incrementos anuales también se rigen por esa disposición especial, pudiendo llegar a decretarse, según las circunstancias, hasta en un 10% anual. Tiene previsto su propio régimen de dedicación exclusiva. Autoriza –en caso de que le sea más favorable– optar por un salario total que sea un 10% mayor al más alto pagado por la municipalidad. Permite que los Alcaldes pensionados que no renuncien a la pensión, reciban un 50% adicional sobre el monto de aquélla, a título de gastos de representación.-

Partiendo de lo anterior, es improcedente admitir que al salario de los Alcaldes se le sumen otros rubros, como el pago de anualidades, previstos para servidores que no tienen un régimen salarial especial”. (En el mismo sentido pueden consultarse nuestros

dictámenes C-292-2008 del 20 de agosto de 2008 y el C-370-2008 del 9 de octubre de 2008).

No obstante, por tratarse de una situación distinta, estimamos que el tiempo servido dentro del sector público, en un puesto de elección popular, sí debe ser tomado en cuenta para el reconocimiento de anualidades cuando la persona que ocupó ese cargo pase a prestar servicios a un puesto regular dentro del mismo sector público.

La única razón para no reconocer anualidades durante el ejercicio de un cargo de elección popular es que esos cargos tienen su propio régimen de remuneración, que es excluyente del previsto para los servidores regulares; no obstante, cuando ese mismo servidor deja el cargo de elección popular –por el advenimiento del plazo del nombramiento, o por cualquier otra razón– e ingresa –o reingresa– al servicio regular, el tiempo servido como funcionario de elección popular sí debe ser computado para efectos de anualidades.

Al resolver en definitiva un proceso en el que se discutía ese mismo tema, la Sala Segunda indicó lo siguiente:

“La demanda fue planteada por el actor con el fin de que, a partir del 17 de febrero del 2003, se ordenara a la Municipalidad de San José, a reconocer todo el tiempo servido en el sector público, incluido el período durante el cual se desempeñó como ejecutivo municipal –hoy alcalde–, disponiéndose, entonces, el pago correcto de sus anualidades (...) La Sala no comparte el criterio expuesto por el órgano de alzada y estima procedente el argumento sostenido por la recurrente, en el sentido de que la escala de sueldos prevista en el artículo 4 de la Ley de Salarios de la Administración Pública es de aplicación en todo el sector público y consecuentemente también lo es el derecho de disfrutar de un aumento anual, hasta un tope de treinta, previsto en el artículo 5 de esa misma ley. A juicio del Tribunal, de la relación del artículo 1° de la citada ley y el Capítulo X del Estatuto de Servicio Civil se desprende que solo se tutela a las personas amparadas por la carrera administrativa; sin embargo, la Sala no extrae tal conclusión, pues debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 1° de la Ley de Salarios de la Administración Pública se refería únicamente a las clases de puestos contenidos en el Manual Descriptivo de Puestos, según lo dispuesto en el Estatuto de Servicio

Civil, lo cierto es que la reforma introducida por la Ley número 6835, de 22 de diciembre de 1982 estableció que la escala prevista en el artículo 4 regía para todo el sector público, dentro del cual se encuentran las municipalidades. Luego, de la lectura de la normativa no se desprende que medie alguna exclusión del cargo que ocupó el actor. En sede administrativa se negó el derecho al considerar que el puesto ocupado por el demandante tenía una remuneración especial, por lo regulado en el artículo 76 del derogado Código Municipal. Tal punto no es objeto de debate, sino la negativa de reconocer el tiempo servido en dicho puesto, a los efectos del cómputo de las anualidades y para el pago respectivo durante el período en que el actor ocupa otro cargo en la municipalidad demandada. La Sala estima que no media disposición alguna que excluya dicho cargo de la aplicación de los beneficios contenidos en la normativa citada y considera injusto que el tiempo servido por el actor como ejecutivo municipal no sea tomado en cuenta para el cálculo de sus anualidades, pues durante los períodos en que ejerció como tal, sin duda sumó experiencia que resulta provechosa a la entidad demandada, lo cual es admitido por sus representantes, y constituye el supuesto tutelado por la normativa aplicable para reconocer el paso anual previsto”.

De conformidad con lo expuesto es posible concluir que quienes ocupen un cargo de elección popular para el que esté previsto un régimen de remuneración especial, no tienen derecho a percibir las anualidades a que se refiere la Ley de Salarios de la Administración Pública mientras se encuentren ejerciendo ese cargo, pero sí tienen derecho a que una vez que lo han dejado e ingresado o reingresado a ocupar otro puesto en el sector público, se les reconozca el tiempo servido en el primero de los cargos para efectos de anualidades.

C. Conclusión

A juicio de esta Procuraduría, quienes ocupen un cargo de elección popular para el que esté previsto un régimen de remuneración especial, no tienen derecho a percibir las anualidades a que se refiere la Ley de Salarios de la Administración Pública mientras se encuentren ejerciendo ese cargo, pero sí tienen derecho a que una vez que lo han dejado e ingresado o reingresado a ocupar otro puesto

en el sector público, se les reconozca el tiempo servido en el primero de los cargos para efectos de anualidades.

Cordialmente;

Julio César Mesén Montoya
Procurador de Hacienda

JCMM/Kjm”

Atentamente,

ASESORIA JURIDICA

Original firmado{ Licda. Miriam Rojas González

Licda. Miriam Rojas González
DIRECTORA

AJ-293-2012

07 de mayo del 2012

MSc. Francisco Chang Vargas
Director Área de Salarios
Dirección General de Servicio Civil

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora a.i. de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio SI-125-2012 del 25 de abril del

presente año, mediante el cual solicita el criterio de esta Asesoría Jurídica sobre la procedencia de considerar las anualidades a un servidor que prestara sus servicios mediante contratación en el Fideicomiso Agropecuario 05-99/BANCRÉDITO del Banco Crédito Agrícola de Cartago, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12, inciso d) de la Ley de Salarios de la Administración Pública.

Al realizar una búsqueda sobre los antecedentes para determinar la pertinencia del pago de anualidades a los servidores que laboraran en el Fideicomiso consultado, se logró identificar la existencia del Fideicomiso N° 0599-MAG-PIPA Bancrédito, del cual previamente esta Asesoría Jurídica se había pronunciado²⁰, no obstante, al carecer de mayor certeza para determinar si se trata del mismo Fideicomiso, se analizará la presente consulta en términos generales en cuanto a la figura del Fideicomiso y el pago de anualidades.

Parafraseando el criterio jurídico de la Procuraduría General de la República número C-265-2007 del 14 de agosto del 2007, el cual, entre otras cosas retoma lo indicado previamente analizado por ese ente consultivo, en el criterio C-037-2007, en cuanto a los diferentes elementos a considerar en el análisis de la figura del Fideicomiso y su relación con el Empleo Público, en éste encontramos tres relaciones básicas de los servidores dentro de la figura del Fideicomiso, a saber:

-El personal de la entidad fiduciaria que labora directamente para ella. La cual se considera que forma parte de la estructura que el Fiduciario necesita para atender sus obligaciones como tal, a la que se considera con la misma relación del resto de empleados de la entidad bancaria.

-El personal contratado por la entidad fiduciaria en su condición de fiduciario. Conocido también como los servidores contratados por el “fideicomiso”; siendo este último reconocido como el “patrono”, que podrían considerarse por su temporalidad y labor específica restringida, similar a contrataciones por servicios profesionales.

²⁰ AJ-028-2009 del 22 de enero del 2009, en el cual se determino que sí procede el reconocimiento de anualidades a dicho Fideicomiso.

-Y los servidores de la institución pública fideicomitente, que pueden colaborar con labores del fideicomiso, pero en definitiva son funcionarios de la Administración, ya que realizan funciones públicas, estos funcionarios no dejan de ser funcionarios de la Administración, ni inician una relación laboral con el Fideicomiso.

Como puede apreciarse, no existe una manera de determinar de forma certera, sin realizar el análisis correspondiente a cada caso en concreto, la procedencia o no del reconocimiento de anualidades, siendo necesario el estudio de la Administración Activa correspondiente para determinar si la situación jurídica que presente el solicitante se adapta a alguna de las tres condiciones presentadas supra.

Para mayor abundamiento se transcribe en lo que interesa parte del criterio C-265-2007 supra indicado:

“A pesar de lo anterior, la tarea de definir si las personas que intervienen en un fideicomiso suscrito por una institución pública (fideicomitente) prestan sus servicios al fiduciario (que en este caso, por ser el Banco Popular, sí forma parte del sector público), al fideicomiso como tal (supuesto en el que podría descartarse el reconocimiento de anualidades), o a la institución pública fideicomitente, es un punto que requiere mayor análisis. En un pronunciamiento reciente (el C-037-2007 del 9 de febrero de 2007) esta Procuraduría estudió el tema de las relaciones de empleo que pueden surgir como producto de un fideicomiso de ese tipo. A pesar de su extensión, interesa transcribir parte de ese pronunciamiento:

“IV.- LAS RELACIONES DE EMPLEO EN TORNO A LA FIGURA DEL FIDEICOMISO

Para dar respuesta a las interrogantes que se nos formulan, resulta pertinente estudiar los distintos regímenes de empleo que pueden surgir con motivo de la utilización de ese tipo de contrato mercantil. Con ello se pretende no sólo revisar el régimen aplicable, sino también determinar quién es el patrono de los trabajadores sobre los cuales versa la consulta.

Desde nuestra perspectiva, es posible distinguir tres relaciones de empleo que, de una u otra forma, se encuentran vinculadas con los fideicomisos conformados con fondos públicos, a saber:

1.- La del personal de la entidad fiduciaria que labora directamente para ella. Forma parte de la estructura que el Fiduciario necesita para atender sus obligaciones como tal.

2.- La del personal contratado por la entidad fiduciaria en su condición de fiduciario. Comúnmente, suele entenderse que ese cuerpo laboral es contratado por el “fideicomiso”; se considera, mediante una ficción jurídica, que esa figura negocial es el patrono, a pesar de no ser una entidad o persona jurídica. Por ello, lo correcto es entender que el Fiduciario es quien contrata, con cargo a los fondos fideicometidos y por ende, el mismo fiduciario, es patrono bajo esa condición de fiduciario.

3.- La de los servidores de la institución pública fideicomitente, que si bien pueden realizar labores relacionadas con el fideicomiso, son funcionarios de la Administración, en la medida en que ejercen funciones públicas.

Para efectos de la consulta, interesa profundizar en torno a las características de cada una de esas relaciones.

A.- El personal que labora para el fiduciario

La Contraloría General de la República, en su oficio FOE-AM-122 del 27 de febrero de 2006, analizó el tema del recurso humano en relación con los fideicomisos. En él, ese Órgano examinó, en términos generales, cuáles son las características de cada grupo, quién se reputa como su patrono, el tipo de relación que nace y el presupuesto que debe comprometerse para el pago de su salario.

En ese oficio, el Órgano Contralor indicó lo siguiente:

“4.1.- Empleados con que cuenta el Banco Fiduciario para cumplir sus obligaciones como tal.

(...) cuando el Banco Fiduciario se compromete a administrar un patrimonio en fideicomiso, deberá contar con el personal que requiera para cumplir con las obligaciones que asume como Fiduciario, como

podrían ser ejecutivos de cuenta, analistas de crédito, oficinistas y demás personal con que cuente el Banco en sus respectivos departamentos o secciones fiduciarias. Se trata del personal que en su oferta dispuso para poder atender las obligaciones que asume al constituirse en Fiduciario del patrimonio fideicometido. La relación laboral con este personal es la propia que tenga el Banco con el resto de sus empleados bancarios.>> (El subrayado es nuestro).

(...)

B.- Los empleados contratados “por el fideicomiso”

Puede ser que el recurso humano sea contratado directamente “por el fideicomiso” o, como es correcto, por el Banco en su condición de Fiduciario. Sin embargo, debemos indicar que esta opción se restringe a situaciones muy calificadas, de carácter excepcional, donde no se involucre, de ninguna manera, la administración del fondo fideicometido, pues esa labor le corresponde directamente al Fiduciario.

Sobre este tipo de empleados, la Contraloría General de la República, en su oficio n.º FOE-AM-122 citado, indicó lo siguiente:

“4.2.- Empleados contratados por el fideicomiso mediante una ficción jurídica que reputa al fideicomiso como patrono.

Hay situaciones particulares donde, mediante una ficción jurídica, se reputa al fideicomiso como ‘patrono’ de un grupo de personas contratadas directamente con recursos del respectivo fideicomiso, aunque jurídicamente lo más correcto es reputar al Banco Fiduciario como ‘patrono en su condición de Fiduciario del fideicomiso específico. (...) los ‘empleados del fideicomiso’, son aquellos que se podrían contratar directamente con recursos del patrimonio fideicometido en determinadas circunstancias, donde los propios fines del fideicomiso requieren de la contratación de alguna persona, según se contemple en el contrato y en la ley que autorizó la constitución del fideicomiso (en el caso de los fideicomisos con fondos públicos).

Piéñese, por ejemplo, en un fideicomiso cuyo fin es hacer un estudio poblacional en una determinada zona geográfica y que para ello es preciso contratar por un período de tres meses a estudiantes

universitarios para que realicen una serie de encuestas en la población objeto de estudio.”

En este caso, el personal contratado no se incorpora a la planilla del Banco Fiduciario, sino que su remuneración se cancela directamente de los fondos del fideicomiso. No gozan de los beneficios, incentivos o derechos propios de los empleados del Fiduciario o de la institución fideicomitente, que en el caso en estudio sería el Ministerio de Agricultura.

Este grupo de personas, no desempeña sus labores para la institución pública fideicomitente, ni para la entidad fiduciaria, aunque su función pueda repercutir positivamente en beneficio de esas partes. Su relación de empleo se rige por las normas del Derecho Laboral, y es la entidad fiduciaria la que funge como patrono en su condición de Fiduciaria.

Como ya se explicó, la posibilidad de realizar este tipo de contratación es excepcional, y por ende, existe una serie de restricciones y limitaciones al respecto. La Contraloría General de la República, se refirió a algunas de ellas en los siguientes términos:

“En cuanto este personal ‘del fideicomiso’ es necesario tener en cuenta algunas precisiones:

a) Estas personas no podrían ejecutar labores o funciones de carácter permanente que le correspondan al Fiduciario o a la entidad pública fideicomitente, no sólo porque no laboran ni para uno ni para la otra, sino también por cuanto, según los principios que informan los artículos 633, 644 inciso a), 659 inciso a) y 661 inciso c) del Código de Comercio, los fideicomisos son negocios jurídicos en virtud de los cuales el Fiduciario se obliga a la realización de un fin en un determinado plazo. De ahí que no implica por tanto una actividad permanente del Fiduciario, sino que se enmarca en el espacio temporal que se le ha establecido al Fiduciario para que cumpla el fin del fideicomiso. De ahí que las contrataciones de personal se verán siempre delimitadas tanto por el fin propuesto, como por el espacio temporal para el cumplimiento de ese fin.” (Contraloría General de la República, FOE-AM-122)

Continúa manifestado el Órgano Contralor en el oficio de cita:

“b) El personal que sea contratado ‘por el fideicomiso’ no puede bajo ninguna circunstancia ejercer función pública, pues tal ejercicio corresponde fundamentalmente a los servidores de la institución fideicomitente. De otra manera podrían estarse delegando funciones públicas en el fideicomiso, sobrepasando su condición de mero instrumento contractual para la gestión de un patrimonio.>>

El fideicomiso, como negocio jurídico, no puede ser utilizado como un instrumento mediante el cual se trasladen competencias que son propias de la Administración, hacia el personal contratado “por el fideicomiso”. Por ello, ese recurso humano no puede, bajo ninguna circunstancia, ejercer función pública. Sobre el tema, puede consultarse nuestro dictamen C-168-2006 del 2 de mayo de 2006.

Retomando las características del empleo contratado “por el fideicomiso”, la Contraloría, en su oficio FOE-AM-122 antes citado, indicó:

“c) No pueden trasladarse a los trabajadores del fideicomiso beneficios o derechos que sean exclusivos de los empleados del sector público, tales como: la retribución económica contemplada en el artículo 15 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004; los aumentos por concepto de anualidades; el llamado salario escolar; entre otros.

d) La posibilidad de estas contrataciones deberá estar establecidas tanto en el contrato respectivo como en la ley que autorizó la constitución del fideicomiso, donde se contemplen como una actividad necesaria para el cumplimiento del fin de ese negocio jurídico, siendo estas contrataciones una decisión de exclusiva responsabilidad del Banco Fiduciario.

(...) De ahí que, en el ejercicio de una gestión acorde con el principio del cuidado de un buen padre de familia (Art. 645 del Código de Comercio), existen elementos mínimos que un Banco Fiduciario debe valorar en estos casos, como por ejemplo: si la contratación temporal de ‘empleados del fideicomiso’ es parte de los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso y que no se trata de actividades que más bien deberían ejecutar sus propios empleados (funciones para las que se contrató al Fiduciario) o que corresponden a

funcionarios de la institución pública fideicomitente; si esa contratación es contemplada claramente por el contrato de fideicomiso –y por la Ley que autorizó su constitución – como una actividad que sea parte del cumplimiento del fin del fideicomiso; si no riñe con el resto del ordenamiento jurídico que rige la sana administración de los fondos públicos, entre otros elementos relevantes a considerar por el Fiduciario.

En todo caso, si fuera posible la contratación de alguna persona por parte ‘del fideicomiso’, sería el Banco Nacional de Costa Rica, en ejercicio de sus funciones como Fiduciario según lo dispuesto por el artículo 644 inciso a) del Código de Comercio, el que tendría que indicar a este Órgano Contralor las razones por las cuales estima que la contratación de determinada persona es necesaria para que ese Banco Fiduciario pueda cumplir con los fines del fideicomiso, y aportar el fundamento legal y contractual para ello, asumiendo ese Banco – como corresponde a su condición de Fiduciario– toda responsabilidad por la utilización del patrimonio fideicometido en esa contratación.>>

C.- Los funcionarios públicos del fideicomitente

Existe la posibilidad de que servidores de la institución fideicomitente, no sólo realicen ciertas labores en beneficio del fideicomiso, sino que, inclusive, su salario esté presupuestado con cargo al fideicomiso. En ese caso, tales personas no dejan de ser funcionarios de la Administración, ni inician una relación laboral con el Fideicomiso.”

En el criterio de indicado, también se desarrollan otras cuestiones a considerar sobre la relación que podrían tener los servidores que laboren para un fideicomiso, que no necesariamente se refieren al fideicomiso consultado, pero que seguramente le serán de utilidad a la Administración Activa al realizar el análisis correspondiente en el caso en particular. Dicho criterio agregó:

“4.3.- Funcionarios de la institución pública fideicomitente, que si bien pueden realizar labores relacionadas con el fideicomiso –e inclusive sus salarios podrían ser pagados con recursos provenientes de éste–, no por ello dejan de ser funcionarios de la Administración.

En algunas ocasiones, cuando una institución pública fideicomitente constituye un fideicomiso, se crea también en esa institución un departamento, gerencia o división, a las que se le asignan asuntos relacionados con el fideicomiso (coordinación con el Fiduciario, fiscalización de la gestión del Fiduciario, etc.); en otros casos, la Ley contempla la creación de órganos con personalidad jurídica instrumental, a las que se les asigna una serie de funciones y se dispone a la vez que sus recursos se podrán administrar bajo la figura jurídica del fideicomiso; tal es el caso, por ejemplo, del FONAFIFO, del SFE, del Comité de Fideicomiso del FIDAGRO o el FONABE.

Este grupo de funcionarios laboran en realidad para el ente u órgano público fideicomitente, y por ello el régimen laboral es el propio de esa institución pública, y no el derecho laboral privado; no se trata de personal que pueda contratar directamente el Banco Fiduciario con recursos del fideicomiso, ni ser su patrono.

Como dijimos anteriormente, es posible que parte de los recursos fideicometidos se destinen para financiar la planilla de empleados de la entidad u órgano fideicomitente, conforme los fines del fideicomiso y de la ley que permitió su creación, lo cual ocurre con mayor razón si la totalidad de los fondos de un órgano se administran mediante un fideicomiso. Sin embargo, esto no significa que tales funcionarios vean modificada su relación laboral y se parta ahora de que laboran para el fideicomiso. Como ya se indicó en el apartado tercero de este dictamen, en tal caso lo procedente es que el presupuesto de los fideicomisos incluyan una partida presupuestaria para transferir los recursos que le correspondan al órgano (en el monto o porcentaje que establezcan la ley o el contrato), para que éste cubra sus respectivos gastos, como sería el pago de las plazas de los funcionarios que laboran para el órgano, o los bienes y servicios que este requiera.”

Ahora bien, según se advirtió, la situación en la práctica ha sido que el órgano y su personal se ha trasladado de manera improcedente al fideicomiso; aspecto que tanto esta Contraloría General como la Procuraduría General de la República han cuestionado, y en virtud de lo cual se han dictado disposiciones y dictámenes en procura de corregir esta práctica y restaurar el estado de las cosas conforme a Derecho.” (Contraloría General de la República, oficio n.º FOE-AM-122).

Asimismo, del oficio 5115 (DAGJ-783-2001) del 14 de mayo de 2001, emitido por la Contraloría General de la República, se deduce que, para saber si se está ante funciones propias de un fideicomiso o ante competencias públicas sustantivas de la Administración Fideicomitente, trasladadas antijurídicamente al Fideicomiso, es necesario cuestionarse si ellas responden a un mecanismo de estrategia financiera o si representan una administración paralela de esas funciones públicas:

“En esa última hipótesis, puede pensarse en el desarrollo de programas, actividades, contacto con beneficiarios, asesoramiento y toma de decisiones que van más allá de un servicio meramente financiero, para adquirir matices de funciones sustantivas que pertenecen al ámbito de competencia de la entidad estatal que actúa como fideicomitente. Justamente en ese punto, a juicio de esta Contraloría, el contrato deja de ser un simple mecanismo de estrategia financiera para tornarse en una verdadera administración paralela, toda vez que aparece un sujeto ajeno al fideicomitente ejerciendo funciones que el ordenamiento le ha encomendado a la Administración Pública.”

Para resolver el asunto en estudio, es necesario tener presente además que en la tarea de determinar quién es el patrono en una relación de empleo originada en un fideicomiso, el factor más importante es el tipo de servicios prestados. Por ello, esta Procuraduría ha sostenido en dictámenes anteriores que las personas contratadas por un fideicomiso para ejercer funciones públicas (independientemente de la denominación del puesto, de la forma de contratación, etc.) deben ser catalogados como funcionarios públicos. (Ver dictámenes C-168-2006, del 2 de mayo de 2006; C-111-2007, del 11 de abril de 2007; y el C-117-2007 del 13 de abril de 2007).

También es necesario tener en cuenta que los servicios prestados a un ente público no estatal (como lo es el Banco Popular, quien figura como fiduciario en el fideicomiso que aquí interesa) sí es útil para el reconocimiento de anualidades, según lo resuelto por esta Procuraduría, entre otros, en el dictamen C-247-2005 del 4 de julio de 2005 y en el C-262-2007 del 6 de agosto de 2007.

Partiendo de lo expuesto, para considerar la existencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta en el reconocimiento de anualidades al

señor Jiménez Blanco como producto de los servicios prestados al fideicomiso INFOCOOP/UNACOOOP/BANCO POPULAR, habría que acreditar, sin margen alguno de duda, que esos servicios se prestaron dentro de la categoría excepcional de “empleados contratados por el fideicomiso”, a la cual se hizo referencia en la transcripción hecha de nuestro dictamen C-037-2007. Lo anterior debido a que si los servicios se prestaron al fiduciario o al fideicomitente, esa labor podría generar el derecho al reconocimiento de anualidades.

Al respecto, a folio 26 del expediente administrativo que se nos remitió en su momento, existe una certificación emitida por el Director del Proceso de Fideicomiso del Banco Popular en donde se indica que el señor Jiménez Blanco “... laboró para el fideicomiso FINUBANC/BPDC desde el 01/02/1994 y hasta el 22/01/2001, para un período laborado de seis años, once meses y veintidós días, desempeñando el puesto de Asesor de Cooperativas, devengando un salario bruto mensual de ¢305.359,10.- Cabe destacar que el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, actuó como Patrono en su condición de Fiduciario del fideicomiso Finubanc, por cuanto dicho fideicomiso no tiene personería jurídica propia”.

A pesar de lo anterior, considera esta Procuraduría que no existen elementos de juicio, evidentes, contundentes y definitivos para asegurar que el señor Jiménez Blanco no tiene derecho al reconocimiento de anualidades, pues el hecho de que haya laborado “para el fideicomiso”, como lo indica la certificación aludida, no permite descartar esa posibilidad. En ese sentido, nótese que se trató de una relación de casi siete años, donde el señor Jiménez Blanco se desempeñó como “Asesor de Cooperativas”, vínculo que, en principio, no parece tener la duración ni las características necesarias para catalogarlo como un “empleado contratado por el fideicomiso”. “

Así las cosas, como se indicó supra, al no existir mayor claridad sobre la relación de servicio que presentara el interesado con el fideicomiso en estudio, corresponde a la Administración Activa determinar la procedencia del reconocimiento de las anualidades, analizando los aspectos legales supra indicados.

Cordialmente,

Original firmado { Lic. César Soto Solís

Lic. César A. Soto Solís
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-371-2012
30 de mayo del 2012

Máster
Juan Antonio Gómez Espinoza
Director de Recursos Humanos
MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su oficio de fecha 18 de abril del 2012, mediante el cual solicita criterio con respecto a los artículos 20 del Estatuto de Servicio Civil y 9, inciso b) de su Reglamento, en relación con la prohibición de nombramiento de familiares en la misma institución.

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

Sobre este tema se han emitido diferentes criterios por parte de esta Asesoría Jurídica, como es el caso del AJ-571-98 de fecha 29 de setiembre de 1998 y más recientemente, el AJ-479-2008 de fecha 19 de agosto del 2008 y el AJ- 198-2010 del 16 de marzo del 2010; no obstante en todos ellos se reitera lo indicado en el Oficio Circular Gestión 024-2005 de fecha 10 de agosto del 2005, que se transcribe íntegramente por seguir vigente sus disposiciones:

"... En razón de que se han planteado algunas consultas relativas al tema indicado, se hace necesario emitir este oficio para aclarar lo correspondiente. Es importante aclarar la terminología relativa a parentesco por consanguinidad y afinidad.

Entiéndase por parentesco por consanguinidad y afinidad y grado de relación lo siguiente:

- 1. Consanguinidad: aquellos que son de común generación, parientes de sangre (padres, hermanos, primos, etc.).*
- 2. Afinidad: Parentescos políticos, por matrimonio (hijastro, cuñado, suegro, etc.).*
- 3. En lo que se refiere al "grado", este es un vínculo familiar que existe entre los individuos, y que se determina por la generación a que cada quien pertenece.*

A este respecto, para el caso de un individuo las relaciones de hasta tercer grado de consanguinidad y afinidad se establecerían como se indica a continuación:

- a) Ascendente por consanguinidad: Padre-Abuelo-Bisabuelo.*
- b) Descendente por consanguinidad: Hijos-Nietos-Bisnietos.*
- c) Colateral por consanguinidad: Hermanos-Primos-Hermanos Primos Segundos.*
- d) Ascendente por afinidad: Padre-Abuelo-Bisabuelo del cónyuge.*
- e) Descendente por afinidad: Hijastros-Hijos de Hijastros-Nietos de Hijastros.*

- f) *Colateral por afinidad: Hermanos-Primos Hermanos-Primos Segundos del cónyuge.*

En este sentido, el Artículo 9, inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil establece una condición, a saber:

" c) 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 ese requisito."

Así las cosas, resulta necesario retomar lo expuesto mediante el oficio AJ-571-98 del 29 de setiembre de 1998, en el que se interpreta lo siguiente:

(...)

...la limitación impuesta no sólo abarca el ingreso sino también la carrera administrativa, con el propósito de garantizar la imparcialidad de la escogencia y su absoluto apego a los criterios de mérito y capacidad inherentes al Régimen de Servicio Civil, lo cual se garantiza aún en el caso de que existiendo esa relación de parentesco, la mayor idoneidad comprobada del candidato perfectamente pueda ser así reconocida por el Tribunal de Servicio Civil que por su misma naturaleza dirime imparcialmente los conflictos que se le presentan a su conocimiento y resolución-, permitiéndose la escogencia, pero con toda la transparencia del caso, para que no quede duda de los verdaderos motivos atribuibles entera y únicamente al merito que determinaron la designación." (Sic).

Asimismo, el oficio AJ-408-2005 del 12 de mayo del 2005, reza:

"(...)

" ...se desprende que la restricción es tanto para ingresar a ocupar un puesto en la Administración Pública bajo el Régimen de Servicio Civil garantizando la idoneidad, así como para la carrera administrativa avalando el mérito, aun en caso de que existiera esa relación de parentesco."

Del anterior criterio se tiene que en esencia la citada jurisprudencia aplica tanto en el ingreso como en el desarrollo de la carrera administrativa de los servidores, ya que lo que se pretende es eliminar el nepotismo burocrático, es decir, la posible preferencia desmedida que podría darse en algunos con respecto a sus parientes para ocupar puestos públicos. Sin embargo, la misma norma establece que excepcionalmente el Tribunal de Servicio Civil puede dispensar este requisito si a juicio del Ministro o Jerarca se comprueba mayor idoneidad para un puesto determinado y así lo amerite la necesidad del servicio, según sea la institución de que se trate...

Atentamente,

Original firmado { Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto

ASESORÍA JURÍDICA

AJ-069-2012

1 de febrero del 2012

Licenciado

Marvin Salas Hernández

Director Administrativo Financiero a.i.

Consejo de Transporte Público

Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio DAF-2012-025 de fecha 12 de enero de 2012, en el cual solicita criterio jurídico, relacionado con una misiva referida al subsidio por los períodos de incapacidad por enfermedad y a los cálculos que dicho subsidio pueda generar sobre el aguinaldo y salario escolar que pueda efectuarse a los funcionarios en la descrita situación. De igual manera pedimos disculpas por la demora de la atención a la misma, pues requerimos de un análisis vasto y profundo

sobre el tema en cuestión que demandaban del aporte técnico del Área de Salarios e Incentivos de esta institución para así brindar una respuesta completamente sustanciada y a derecho de su consulta.

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, jurisprudencia y doctrina que puedan ser aplicables a la situación en examen y siempre manteniendo el criterio dentro del bloque de legalidad al efecto.

El tema en cuestión ha de tener varias aristas claramente determinadas y precisas para la elaboración de un análisis que a todas luces refleje un resultado que permita un claro entender del supuesto cuestionado, partiendo del hecho de que la Administración Pública está sometida al principio de juridicidad administrativo, según el cual aquella sólo puede realizar los actos que están previa y expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico, de modo que por existir una clara distinción dogmática-jurídica entre los conceptos de salario y subsidio, hace que estos sean de ningún modo equiparables²¹, criterio mantenido por la jurisprudencia judicial, incluso constitucional y administrativa²², definiendo a grandes rasgos dichas figuras jurídicas de la siguiente manera:

Salario: Al no encontrar respaldo en las normas estatutarias, debe derivarse de lo estipulado en el Código de Trabajo, posibilidad otorgada por el numeral 51 del Estatuto de Servicio Civil, siendo que

²¹ Salvo lo anterior que haya sido así dispuesto por el legislador.

²² Referidos en su orden a Sala Segunda y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Procuraduría General de la República, así como múltiples oficio de esta Asesoría Jurídica, que igualmente se constituyen jurisprudencia administrativa para el Régimen de Servicio Civil.

en el Código de rito numeral 162, en concordancia con el artículo 57 de la Constitución Política, lo señalan como:

"...la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo."

Siguiendo en la línea de conceptualización, nuestra Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

"La jurisprudencia y la doctrina, son conformes estableciendo, que el salario comprende no sólo el fijado en la escala respectiva, sino también las remuneraciones adicionales, sean estas bonificaciones, comisiones, premios, zonaje, antigüedad, etc.; por lo que salario o sueldo se refiere a la totalidad de beneficios que recibe el trabajador."²³ (Destacado de quien rubrica)

Doctrinariamente, este instituto laboral ha sido objeto de múltiples definiciones, siendo muy ilustrativa la externada por el connotado jurista Guillermo Cabanellas, quien lo describe como:

"Toda suma que por cualquier concepto reciba el trabajador, con motivo de la prestación de sus servicios, integra su salario, siempre que la reciba como consecuencia del contrato laboral. Así, constituye salario no solamente lo percibido por el trabajador en dinero efectivo, sino también cualquiera otra retribución, de la naturaleza que fuere, siempre que tenga su origen en el contrato de trabajo y que se traduzca en un beneficio material."²⁴

"(...)"

En general, en la legislación positiva hispanoamericana se considera como salario la remuneración total a que tiene derecho el trabajador, tanto en dinero como en especie, por obras o por servicios ejecutados por cuenta de un empresario. Resulta así la retribución que el patrono debe pagarle al trabajador como compensación del trabajo realizado, o en virtud de un contrato de trabajo.

²³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. N° 289 de las 10:00 horas de 17 de marzo de 2000

²⁴ Podemos partir aquí de que al no efectuar labores como tales lo pagado no se estaría refiriendo a salario como tal.

*Cuando el empresario abona lo es en razón o a causa de la actividad laboral que el trabajador ha realizado para él; de esta manera, los suplementos que el trabajador obtenga por encima de su salario, constituyen una manera de retribuirlo; en igual forma, los llamados elementos marginales son también integrantes de la remuneración que el trabajador percibe.*²⁵ (El destacado es de quien transcribe)

Subsidio: Éste tiene como propósito sustituir parcialmente la pérdida del ingreso que sufra el trabajador (a) activo (a), por causa de una incapacidad por enfermedad o licencia por maternidad y se encuentra regulado por el artículo 34 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que en lo que interesa dispone: *“El servidor regular que fuere declarado incapacitado para trabajar, por enfermedad o riesgo profesional, gozará de subsidio en proporción al tiempo servido (...).”*

Refiere entonces el subsidio a la suspensión, a supuestos de imposibilidad sobrevenida en la prestación del trabajo; pues se trata de hechos, como las incapacidades, que interrumpen o suspenden los efectos del contrato, los cuales son la obligación básica del trabajador de prestar el servicio y del empleador de pagar el salario. Su intención jurídica es *“...dotar de la máxima estabilidad al vínculo contractual; se trata de garantizar el empleo, impidiendo recurrir a la resolución contractual cuando a una de las partes le resulta imposible en forma temporal o transitoria el cumplimiento de la prestación, cuando se da algunas de las causas de suspensión de los contratos (...) En la suspensión no hay trabajo y no hay salario mientras dura la causa (...) aunque en algunas causas de suspensión aparezca mecanismos de cobertura de la Seguridad Social sustitutivos del salario...”*²⁶

Definidos los términos que nos servirán para aclarar la misiva debemos ahondar en los supuestos que generan la misma, considerando el pago del **subsidio** para el cálculo del aguinaldo y el salario escolar:

Con respecto al sueldo adicional o aguinaldo, la Ley N° 1835 de 11 de diciembre de 1954, en su numeral 1° vino a reconocer el aguinaldo a

²⁵ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral, Buenos Aires, Editorial Eliastra S.R.L., 3 era edición, Tomo II, Volumen 2, 1988, p.222)

²⁶ Palomeque López, M. C y Alvarez De la Rosa, M. Op.cit., p. 919

favor de una serie de instituciones²⁷-en lo que nos interesa Poder Ejecutivo y cubiertas por el Régimen de Servicio Civil- Aunado a esto ha de tenerse en consideración que el texto original del artículo 2° de dicha ley, expresaba:

"Para los efectos de calcular el sueldo adicional a que tienen derecho los servidores del gobierno, el año para el cómputo de las sumas recibidas y tiempo servido, será entre el 1° de noviembre del año anterior y el 31 de octubre del año respectivo En cuanto a los trabajadores pagados por el sistema de jornales o planillas, el Ministerio de Hacienda podrá adoptar el procedimiento que estime más apropiado al caso.

A los propósitos de este artículo, se tiene por ampliado y modificado el inciso h) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil". (El subrayado no es del original).

Y el citado inciso h) - contenido en una ley anterior a la 1835- lo que disponía simplemente era que:

"Tendrán derecho a un sueldo adicional en el mes de diciembre de cada año, excepto si han servido menos de un año, en cuyo caso les corresponderá una suma proporcional al tiempo servido".

Por su parte, el numeral 49 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil²⁸, en lo que respecta a las percepciones a utilizar para el cálculo del aguinaldo, expresa en su inciso e) que:

"Cuando el trabajador hubiere disfrutado de licencia para no asistir a su trabajo, sin goce de salario, o hubiere sido suspendido, el sueldo adicional se calculará con base en el promedio que resulte durante el respectivo año. En los demás casos de suspensión de la relación de trabajo con responsabilidad para el Estado, tales como la enfermedad del servidor, permisos con goce de salario y otros, el sueldo adicional del servidor se reconocerá completo."

²⁷ En lo que aquí interesa: Poder Ejecutivo, en cuanto a su personal no cubierto por el Estatuto de Servicio Civil, Tribunal Supremo de Elecciones, Asamblea Legislativa, Contraloría General de la República y Poder Judicial

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

Siguiendo con la normativa dispuesta relaciona el Dictamen C-347-2001²⁹ de la Procuraduría General de la República el cual adiciona a la misma:

"(...) Luego, interesa tener en cuenta que mediante la ley N° 3929 de 8 de agosto de 1967, se introdujo la adición de un párrafo al citado artículo 2°, que expresó:

"El sueldo adicional a que se refiere esta ley, será calculado con base en el promedio de los sueldos ordinarios y extraordinarios devengados durante el período indicado en el párrafo primero".

De las anteriores transcripciones se desprende claramente que cuando el último párrafo del artículo 2° de la ley 1835 (que formó parte de su texto original) habló de tener por "ampliado y modificado" el inciso f) del numeral 37 del Estatuto, su objetivo fue únicamente precisar el texto de dicho inciso; más que todo el período a considerar para el cálculo. Ello debido a que se había limitado a reconocer "un sueldo adicional en el mes de diciembre de cada año". O sea, que para nada se hizo allí referencia a la disposición contenida en el inciso e) del artículo 49 del Reglamento - que estableció la posibilidad de considerar las sumas percibidas durante "la enfermedad del servidor". Ello no pudo haber ocurrido por la simple razón de que ese cuerpo reglamentario se promulgó mucho tiempo después.

*De ahí que esta Procuraduría no pueda compartir los alcances que se le están dando, en el segundo criterio legal aportado, a ese último párrafo del artículo 2° de la ley 1835, al sostenerse allí que: **"En cuanto a los servidores que no estén protegidos por el Servicio Civil,** el artículo 2° de la Ley de Aguinaldos del Sector Público N° 1835 del 11 de noviembre de 1954, modifica y amplía la aplicación del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil para esta clase de funcionarios, de manera que les crea el derecho a un sueldo adicional en el mes de diciembre que se calcula sobre la base del promedio de los sueldos ordinarios y extraordinarios devengados durante cada período respectivo. Por medio de una interpretación armónica de ambas leyes, se desprende que las disposiciones creadas para el Servicio Civil que rigen la materia del aguinaldo, también resultan aplicables de manera genérica para el resto de servidores*

²⁹ DC-347-2011 del 13 de diciembre de 2001.

contemplados en el artículo 1° de la Ley de Aguinaldos del sector público, que abarca también a los empleados del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Asamblea Legislativa, la Contraloría General de la República, del Poder Judicial y los pensionados del gobierno. Por lo tanto, en aras de resguardar la igualdad de derechos, se puede afirmar que las incapacidades tampoco afectan el cálculo del aguinaldo para estos funcionarios públicos."

Obsérvese que con la anterior interpretación se está sosteniendo que con la "ampliación" - entendida como aplicación extensiva del párrafo último del artículo 1° de la Ley 1835 a esas otras instituciones- también resultan aplicables de manera genérica las normas reglamentarias, propias del Servicio Civil, que rigen la materia del aguinaldo; en lo que interesa, la que dispone que las incapacidades no afectan el monto a percibir por ese concepto.

Por consiguiente, salvo que exista normativa especial en sentido contrario, las instituciones a que se refiere el numeral 1° de la citada ley 1835, tendrían que regirse por lo dispuesto en su articulado, para lo que interesa a la consulta, por el mecanismo de cálculo del aguinaldo establecido en el párrafo segundo de su numeral 2°. Tal norma legal, según se expuso, expresa que la fijación debe hacerse, "...con base en los sueldos ordinarios y extraordinarios devengados durante el período indicado en el párrafo primero..." (El subrayado no es del original).

*Definitivamente, en los casos regidos por la anterior norma legal, el legislador, por vía de reforma, precisó claramente el mecanismo de cálculo, dentro del cual **sólo incluyó las sumas que tuvieran naturaleza salarial**, con lo cual quedó excluido el llamado " subsidio complementario" que las instituciones patronales hubieren tenido que cubrir con motivo de enfermedad o riesgo del trabajo.*

Con respecto al tema de la exclusión de los subsidios para efectos del cálculo de extremos laborales (básicamente en lo relativo al aguinaldo), cabe hacer cita, a manera de ilustración, de los dictámenes de esta Procuraduría: C-394-84 de 17 de diciembre de 1984, C-038-87 de 12 de febrero de 1987 (reconsiderado parcialmente por el C-064-87 de 10 de marzo de 1987), C-071-91 de 8 de mayo de 1991 y C-008-2000 de 25 de enero de 2000.

Lo anterior no amerita más análisis, salvo en lo tocante a las incapacidades por maternidad que, como acertadamente se expresa en el criterio legal que se aportó de segundo, reciben un trato diferente. Ello en virtud de la reforma al numeral 95 del Código de Trabajo hecha por ley N° 7621 de 5 de setiembre de 1996, donde se estableció que la remuneración percibida "...deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo.", entre los cuales se encuentra, obviamente, el aguinaldo.

Cabe concluir entonces con respecto a este punto, que el numeral 49 inciso e) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, sólo resulta aplicable a los servidores cubiertos por ese régimen. *Con respecto al personal excluido, sólo mediante un análisis integral de la normativa de interés podría definirse con exactitud la situación en cada caso; sin embargo, conforme se expuso en un principio, para ello tendría que aportarse el criterio legal en que se sustente debidamente la posición de la institución consultante.”* (Destacados de quien transcribe).

Bajo esta inteligencia debemos de indicar que si bien es cierto el contenido u origen del salario y subsidio distan por la ejecución y no de labores y que el subsidio como ya quedo claro supra, no puede ser tomado en cuenta para el cálculo del monto a retribuir por concepto de aguinaldo salvo que el legislador así lo disponga, tal es el caso de lo establecido dentro del inciso e) del numeral 49 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, esto únicamente para los puestos cubiertos por el Régimen de Méritos.³⁰

Igual línea se ha de seguir con el trato del salario escolar para los puestos cubiertos por el Régimen de Servicio Civil y las instituciones adscritas a este pues deben de ser consideradas las resoluciones emitidas por esta Dirección General de Servicio Civil para la creación y cálculo de dicha figura jurídica a sus servidores, siendo que mediante resolución DG-062-94 de las diez horas del cinco de agosto

³⁰ Sobre el tema expuesto pueden valorarse además los Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República C-008-2000 de 25 de enero del 2000, C-378-2005 de 7 de noviembre del 2005, C-027-2007 de 05 de febrero del 2007, C-112-2007 de 11 de abril del 2007, C-322-2008 de 16 de setiembre del 2008, C-060-2009 de 25 de febrero de 2009 y C-017-2011 de 24 de enero de 2011), entre otros.

de mil novecientos noventa y cuatro y modificada por la resolución DG-005-95 se estipulo lo siguiente:

“Artículo 1º. *Modifíquense los artículos 1º y 2º de la Resolución DG-062-94 (de las diez horas del cinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro), para que se lean:*

"Artículo 1º. *Crear el "Salario Escolar", el cual consistirá en un porcentaje calculado sobre el salario de cada servidor, el mismo será acumulativo y se regirá de conformidad con lo siguiente:*

a. *A partir del 1º de julio de 1994 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, éste corresponde a un porcentaje de uno veinticinco (1,25%) adicional al aumento general otorgado a partir del 1º de julio de 1994, con lo cual se completa el 8% de aumento acordado en la negociación salarial del Sector Público, para el segundo semestre de 1994.*

b. *Para efectos de cálculo, se tomarán en consideración los mismos componentes salariales que se utilizan para determinar el aguinaldo.*

Artículo 2º. *El "Salario Escolar" está sujeto a las cargas sociales de Ley."*

Artículo 2º. *Refórmese el Oficio Circular SI-04-94, de fecha nueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, según lo establecido por el artículo anterior, para lo cual el Departamento de Salarios e Incentivos de esta Dirección General emitirán la normativa pertinente.*

Artículo 3º. *Rige a partir del 1º de julio de 1994, sujeto a disponibilidad presupuestaria."*

Trato diferente ha de tenerse con lo relativo a **Salario Escolar**, para las instituciones no cubiertas por nuestro Régimen de Méritos pues debe atenderse lo analizado sobre la naturaleza no salarial en los acápite de los subsidios por enfermedad o riesgo del trabajo, donde

se emana visiblemente de la normativa que creó la figura jurídica del salario escolar, sea esta la creación del Decreto Ejecutivo N° 23495-MTSS de 19 de julio de 1994³¹, en cuyo artículo 2° se incluyó ese extremo laboral.

Allí, y al igual que en los sucesivos decretos emitidos en esa materia, a tal figura se le consideró claramente como parte del salario mínimo, por lo cual no podemos imaginar cómo podría cambiarse su naturaleza, para que los señalados subsidios pudieran llegar a integrarlo. Por lo que se mantiene la tesis que niega de manera enfática y categórica la naturaleza salarial al importe económico que el trabajador recibe durante su incapacidad.³²

Así pues de la jurisprudencia administrativa que se extrae de los dictámenes reiterados de la Procuraduría General de la República sobre la materia consultada, puede evidenciarse uno de los más recientes, el cual se identificó C-118-2011 del 31 de mayo de 2011, dirigido a la Presidencia Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en donde se destaca para nuestros fines:

“A) Los subsidios patronales complementarios por incapacidad, no son salarios, sino subsidios.

Ha sido criterio reiterado de nuestra jurisprudencia administrativa que los subsidios que paga la Caja Costarricense del Seguro Social, así como los subsidios complementarios que las Administraciones Públicas, como entidad patronal, pagan al servidor incapacitado, no son salarios, sino subsidios (...)

Por ello, sin lugar a dudas, el beneficio (...) subsidio patronal, complementario y temporal que se paga al trabajador asegurado por motivo de incapacidad por enfermedad y que tiene como propósito completar la pérdida del ingreso que se sufre mientras dure la contingencia (estado de incapacidad por enfermedad); lo que permite a la persona recibir, durante el tiempo que se prolongue su incapacidad, y por concepto de subsidio, un monto igual a la totalidad de su salario, sin que se vea perjudicado en sus ingresos propios y familiares debido a la enfermedad que padece.

³¹ Decreto de Salarios Mínimos.

³² Ver sobre doctrina lo expuesto por Cabanellas, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1988, Tomo III, Volumen 2, págs 544 y 545

B) Como dichos subsidios complementarios no son salario, no deben gravarse con cargas sociales ni renta.

Al constituir subsidios y no salarios lo que percibe el trabajador durante su incapacidad, definitivamente no se encuentran afectos a las cargas sociales de ley. Véase que tanto en el caso de la cotización forzosa prevista en los artículos 3 y 22 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social (No. 17 de 22 de octubre de 1943 y sus reformas), como en el impuesto previsto por el artículo 8 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (No. 7092 , de 21 de abril de 1988 y sus reformas), las exacciones dinerarias allí previstas deben aplicarse únicamente en toda retribución salarial devengada por el trabajador, no así en subsidios³³

Sobre este punto, también pueden consultarse entre otras, las resoluciones N° 2010-000622 de las 09:15 horas del 30 de abril de 2010 y 476-2004 de las 9:50 horas del 11 de junio de 2004, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, así como la resolución N° 138 de las 08:50 horas del 30 de setiembre de 2009, del Tribunal de Trabajo, Sección Primera, Segundo Circuito Judicial de San José.

Sin embargo, es menester observar que, en tratándose de las incapacidades por maternidad, es puntual el artículo 95, segundo párrafo, del Código de Trabajo, al prescribir que durante la licencia de ese estado, ciertamente a la trabajadora no se le interrumpirá la cotización por concepto de seguridad social; por lo que “... el patrono y la trabajadora deberán aportar a esta Caja sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia” (Véanse al respecto los dictámenes C-027-2007, C- 112-2007 y C-322-2008 op. cit.).

C) Al no ser salario, dichos subsidios complementarios no pueden tomarse en cuenta para el cálculo del aguinaldo.

De conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley No. 1981 de 9 de noviembre de 1955 (denominada “Ley de Pago de Aguinaldo a Servidores de Instituciones Autónomas”), únicamente procede considerar para los efectos del cálculo del aguinaldo a que tienen derecho los funcionarios que laboran en las instituciones autónomas,

³³ (Véanse, entre otros muchos, los dictámenes C-088-2000 op. cit. , C-213-2000 de 7 de setiembre de 2000, C-046-2002 de 18 de febrero de 2002, C-282-2003 de 19 de setiembre de 2003, C-385-2004 de 23 de diciembre de 2004, C- 378-2005, C-027-2007, C- 112-2007, C-322-2008 y C-017-2011 op. cit.).

los salarios ordinarios y extraordinarios, devengados durante los doce meses anteriores al 1º de diciembre del año de que se trate. Por lo que no es posible computar para esos efectos, los subsidios percibidos durante el tiempo en que ese funcionario estuviere incapacitado por enfermedad o accidente (Véanse dictámenes C-394-84 de 17 de diciembre de 1984, C-038-87 de 12 de febrero de 1987, C-071-91 de 8 de mayo de 1991 y C-008-2000 de 25 de enero de 2000, **C-347-2001 op. cit.**, C-385-2004 op. cit., C-010-2005 de 14 de enero del 2005, C-378-2005 op. cit. y C-346-2006 de 28 de agosto del 2006, así como la opinión jurídica OJ-066-2006 de 11 de mayo de 2006).

De ahí que lo que percibe económicamente la persona durante su incapacidad por enfermedad o accidente, no puede ser computado para el otorgamiento del treceavo mes, toda vez que los subsidios no tienen naturaleza salarial. Excepto, en lo tocante a las incapacidades por maternidad, según se apuntó (C-347-2001 op. cit.).

D) Al no ser salarios, los subsidios complementarios no pueden tomarse en cuenta para efectos del salario escolar.

Nuestra jurisprudencia administrativa ha sido clara en establecer que en lo que respecta al salario escolar, tampoco es posible material ni jurídicamente considerar para su acumulado lo que no constituye propiamente salario. En razón de lo cual, no es posible tomar en cuenta los subsidios –sean los mínimos o complementarios- que percibe un funcionario que se encuentra incapacitado, pues esos rubros no constituyen salarios (Véanse los dictámenes C-193-2002 de 5 de agosto de 2002, C-385-2004, C-010-2005, C-164-2006, OJ-066-2006 y C-346-2006 op. cit.).”

Luego de emitidas las argumentaciones anteriores y en espera de que hayan sido clarificadas sus interrogantes.

Cordialmente,

Original firmado{ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-133-2012

23 de febrero del 2012

Señorita
Sonia Ruiz
sruiz@mag.go.cr

Estimada señorita:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico de fecha 3 de febrero del año en curso, enviado a la señorita Grettel Caamaño Berrocal, Secretaria del Área de Salarios e Incentivos de esta Dirección General, y quien lo trasladara a esta Área, en el cual consulta sobre si una persona nombrada interina en una plaza vacante, puede solicitar permiso sin goce de salario.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicar a la 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.

Para la atención de la consulta en cuestión, debemos referirnos al Oficio AJ-553-2011 emitido por esta Asesoría Jurídica, en el cual se analiza a la luz de la doctrina, normativa y jurisprudencia, la figura de

los permisos sin goce de salario, en los casos de personas que están nombradas en una institución en forma interina. En este sentido, es importante señalar que se parte del hecho de que la característica principal de los funcionarios interinos es la provisionalidad en el puesto, y es a partir de la misma, donde es posible establecer

diferencias entre los funcionarios interinos y en propiedad, para el otorgamiento de algunos beneficios.

Siendo así, resulta necesario referirnos al fundamento legal para el otorgamiento de las licencias sin goce de salario, establecido en el artículo 33, inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, el cual establece:

“ ... 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: ...”

Asimismo, en el artículo citado, en el antepenúltimo párrafo, se indican las condiciones para presentar los documentos probatorios con la solicitud y otras situaciones que podrían suscitarse en la tramitación de este evento.

“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)

De lo descrito anteriormente, se deduce que las licencias sin goce de salario establecidas en la normativa al efecto, son aplicables a todos los servidores cubiertos por el Régimen de Servicio Civil sin distinción, siendo una potestad discrecional del jerarca el conceder las licencias hasta por un mes, mediante resolución interna y siempre y cuando se cumpla con lo establecido en el artículo supraindicado en cuanto al trámite y cuando sean mayores a un mes, deberá ajustarse a lo señalado en los numerales indicados en el inciso c) del citado ordinal.

Aunado a lo anterior, en lo que respecta a jurisprudencia relacionada con este tema, en el Oficio citado (AJ-553-2011) se

detallan algunos criterios y resoluciones, tanto de la Sala Constitucional como de la Procuraduría General de la República, con el fin de abundar en esta materia, según se desglosa:

“... 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-151-2008³⁴ que mientras que la norma no haga una distinción en la forma en que se preste el servicio³⁵, 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”

³⁴ Criterio C-151-2008, del 08 de mayo del 2008

³⁵ Indistintamente de que sea de forma regular o interina.

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 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-015-2009³⁶ 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

³⁶ Criterio C-015-2009, del 28 de enero del 2009.

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).

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 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) ...”

En consecuencia, la posibilidad de otorgar permisos sin goce de salario a servidores interinos es una potestad discrecional dada a los jefes, para lo cual debe estar debidamente justificado y razonado, conforme a lo establecido en el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y artículos 131, 132, 133 y 134 de la Ley General de la Administración Pública.

Es importante indicar que en el inciso b) del artículo 33 de reiterada cita, existe una excepción o salvedad en relación con el caso de los dirigentes y miembros de sindicatos que soliciten licencia para asistir a cursos de capacitación en el campo sindical, a quienes el jefe podrá conceder licencia con goce de sueldo.

Por último, el permiso o la licencia se puede otorgar siempre que se disponga alguna de las causales establecidas en las normas que regulan la materia, las cuales se encuentran creadas precisamente con la finalidad de evitar que se produzcan abusos o arbitrariedades por parte de los jefes, a quienes les corresponde ejercer dicha potestad.

Cordialmente,

Original firmado por Licda. Margarita Rodríguez Soto

Licda. Margarita Rodríguez Soto
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-062-2012
27 de enero del 2012

Señora
Rebeca Méndez Obando
rmendezo27@hotmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedamos a dar respuesta a oficios de fechas 20 de enero del 2012 y del 25 de enero del mismo año.

En ambos oficios solicita se le aclaren dudas sobre el pago de prestaciones ante el cese de nombramientos interinos, en dos instituciones estatales.

Sobre el particular le indicamos que por política de este Centro de Trabajo, no se emiten criterios para resolver asuntos concretos, sino que se analiza la normativa relacionada y aplicable al caso, que debe ser resuelto por la administración activa.

Siendo esto así, debemos exteriorizarle que sobre la materia de los nombramientos interinos y el pago correspondiente ante su cese, la Procuraduría General de la República en dictámenes número C-

354-82 y C-075-00, así como en la Sentencia número 867-91 de la Sala Constitucional, han resuelto el tema consultado, por lo que su persona podrá dirigirse a estos pronunciamientos y así orientarse para su caso específico.

Sobre los demás asuntos tratados en su consulta, esto deberá ser resuelto por la institución para la que laboró, ya que es un asunto interno que no corresponde a esta Sede emitir criterio, por cuanto el numeral 28 en sus incisos a), d) y e) de la Ley General de la Administración Pública señalan las atribuciones que le corresponden al señor Ministro del ramo como órgano jerárquico superior del Ministerio respectivo, en las polémicas que surjan entre los organismos de su Institución.

Dice este numeral lo siguiente:

“Artículo 28.-

- 1- El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.*
- 2- Corresponderá exclusivamente a los Ministros:*
 - a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;*
(...)
 - d) Agotar la vía administrativa, resolviendo recursos pertinentes, salvo ley que desconcentre dicha potestad;*
 - e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismo de su Ministerio;*

Atentamente,

Original firmado { Licda. Oralia Torres Leytón

Licda. Oralia Torres Leytón
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-040-2012

20 de enero del 2012

Licenciado

Virgilio Siles E.

Área de Auditoría de Seguridad Ciudadana

Ministerio de Seguridad Pública

vsiles@msp.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio sin número de fecha 17 de enero de 2012, en el cual vía correo electrónico nos solicita criterio jurídico, para que se le de luz a una situación que le acontece relacionada con el sobresueldo de la compensación por prohibición inherente al puesto que ocupa y la posibilidad de impartir un curso de capacitación en un Colegio Profesional del país.

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, jurisprudencia y doctrina que puedan ser aplicables a la situación en examen y siempre manteniendo el criterio dentro del bloque de legalidad al efecto.

Antes de entrar en un análisis del caso sujeto a estudio ha de valerse de dos supuestos, si el servidor sujeto al pago de prohibición es auditor interno o no del un ministerio, pues señala el numeral 5 del Estatuto de Servicio Civil en su inciso l):

“Artículo 5.- Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados:

a) (...)

l) Los auditores y subauditores internos de los ministerios y organismos adscritos³⁷”

Bajo esta inteligencia si el caso tratase sobre un auditor interno, excluido por ende del Régimen de Méritos, la consulta puntual deberá dirigirse a la Contraloría General de la República.³⁸

Ahora bien en tratándose de los puestos cubiertos por el Régimen de Servicio Civil y para el análisis y desarrollo de la misiva efectuada, debemos de traer a colación la finalidad del pago por concepto de de prohibición dentro del sector público, mismo que se formuló como una manera de retribuirle al servidor, 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 superior jerarca tiene discrecionalidad para pagarla; dice la Sala Constitucional de la

³⁷ Así adicionado el inciso anterior por el artículo 45 punto d) de la Ley No. 8292 de 31 de julio de 2002).

³⁸ En atención al Régimen de Control dispuesto en el Reglamento de la Ley de Prohibición, Capítulo V. Artículo 14.- Es atribución de la Dirección, controlar y emitir criterios en relación con este beneficio, los cuales serán de acatamiento obligatorio para las instituciones comprendidas en el Régimen de Servicio Civil.

Corte suprema de Justicia que *“La sola aceptación del puesto en propiedad, implica su pago...”*³⁹ .

En igual línea y sobre los alcances de dicho cuerpo normativo, se encuentra el reglamento a dicha ley, que sugiere como *prohibición* 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 de las actividades relacionadas con el ejercicio liberal de la profesión”⁴⁰

Aunado a esta concepción y sobre la normativa concordante a tales efectos,-que nos hace entender los detalles de este incentivo salarial-, se encuentra la Ley número 8422 denominada Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que indica en su numeral:

“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

³⁹ Voto N° 72, a las 10:20 horas del 27 de febrero de 2002, citando el Voto N° 171, de las 14:30 horas del 3 de noviembre de 1989.

⁴⁰ Artículo 2 inciso b) del Decreto ejecutivo N° 22614-H del 22 de octubre de 1993.

desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.”

Conviene tener presente que el deber de probidad regulado en el artículo tercero supra transcrito, obliga a que la gestión del funcionario, esté orientada a la satisfacción del interés público, asegurándose de guardar objetividad e imparcialidad en sus actuaciones, motivo por el cual el servidor afecto al beneficio, deberá de abstenerse de intervenir de cualquier forma en la toma de decisiones o en prestar en el presente o el futuro a cualquier entidad o empresa pública, los servicios iguales a los desempeñados dentro del cargo que se ostenta.

Debe considerarse además que, si bien el derecho y la libertad de trabajo que tutela el ordinal 56 constitucional posee un carácter de derecho fundamental, y como tal posee una eficacia expansiva y progresiva que obliga a todo operador jurídico a no interpretarlo en sentido restrictivo o en sentido amplio sus restricciones y limitaciones, en perjuicio de la persona amparada constitucionalmente al mismo, es también cierto que existen normas y principios en el ordenamiento jurídico tendentes a evitar los conflictos de intereses, situación que podría producirse cuando un funcionario público se prevalezca de su cargo o de la información reservada que le ha sido confiada para fines particulares y no para los cometidos públicos, utilizando indebidamente información que se maneja en las Administraciones Públicas.

Ahora bien, se establece en el artículo 19 inciso b) del Reglamento a la Ley de Prohibición lo siguiente:

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

a) (...)

b) Cuando se trate de impartir cursos de capacitación en instituciones públicas siempre que sean auspiciadas y organizadas por dichas instituciones (...)

Hablando de términos genéricos, el actuar descrito supra, dependerá de las circunstancias concretas que medien en el caso, puesto que si bien en principio podríamos decir que no existe impedimento alguno para tal participación, ello podría variar en función del cargo y tareas que se pretenda ocupar en la misma, al igual que en relación con la vinculación que eventualmente puede existir con su cargo público.

Así pues, debe valorarse que no se evidencia un conflicto de intereses que bien entendido dentro del campo preventivo, no apareja el señalamiento de un acto indebido de favorecimiento (lo cual puede ameritar incluso la imposición de una sanción), sino que se refiere a una situación potencial, pues es justamente el riesgo para la imparcial y correcta toma de decisiones y actuaciones lo que amerita, como una medida netamente preventiva, eliminar toda posibilidad de que el conflicto llegue a producir una efectiva colisión de intereses en cabeza del funcionario, que le reste libertad u objetividad al momento de intervenir en un determinado asunto público.

Así las cosas, debe tenerse presente que la condición de funcionario público, implica el cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético consagrados en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento, las negociaciones de cualquier índole que establezca con sujetos privados –aún cuando sea fuera de horas de trabajo- no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de los asuntos que se atienden en la institución, ni tampoco pueden ser pactadas prevaleciéndose indebidamente de las potestades y de la posición que le confiere su puesto.

Teniendo como base las premisas hechas deben de considerarse si el efectuar capacitaciones en instituciones públicas no lesiona el derecho de probidad atendiendo cada caso en particular y si existe un evidente conflicto de intereses entre lo obligado al servidor por el puesto que ocupa y lo actuado a título personal.

En conclusión, de acuerdo con los criterios antes expuestos cada auditor, subauditor o personal de auditoría interna, debe valorar lo pertinente, a efectos de no colocarse en una situación que le pueda afectar negativamente el desempeño independiente, objetivo y neutral de sus funciones como auditor interno de un órgano, ente o empresa pública.

Original firmado{ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-203-2012
19 de marzo de 2012

Máster
Francisco Chang Vargas
Director
Área de Salarios e Incentivos

Estimado señor:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio SI-039-2012 de fecha 29 de febrero de 2012, recibido el 2 de marzo del presente año, dentro del que se expone misiva referida al pago por prohibición a los profesionales en informática, que se encuentren destacados en las diferentes áreas de auditoría interna y la norma que autoriza dicho pago, de acuerdo con las actividades sustantivas que estos realizan.

Sobre el tema consultado debemos de indicar que la génesis del reconocimiento del pago por concepto de prohibición que se encuentra en la Ley N° 5867 del 15 de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, sus reformas e inclusiones, alude dentro de su reglamentación⁴¹ a la necesidad de que exista una ley expresa o resolución judicial que así lo autorice⁴², siendo así las cosas, para los funcionarios especializados en el campo de la informática y afines, se creó la autorización de dicho sobre sueldo mediante la Ley de Presupuesto Extraordinario N° 7097⁴³, emitida en el año 1988 y la cual literalmente señalaba en su numeral 41 lo siguiente:

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

La supra citada norma resulta de aplicación a los profesionales en informática destacados en puestos de nuestro Régimen de Méritos pues se encuentra vigente.

Ahora bien, pese a lo dicho, cuando existan funcionarios que se encuentren destacados en una unidad de auditoría interna, deben de ser analizadas las normas que se establecen para estas unidades especiales que cuentan con independencia funcional y de criterio y que se regulan por lo dispuesto en la Ley General de Control Interno N° 8292 del treinta y uno de julio del año dos mil dos, la cual viene a crear una norma especial para sus funcionarios, en cuanto al fondo de estudio del criterio que se vierte en el presente texto, indicando en su Sección III sobre los deberes, potestades y prohibiciones de los funcionarios de las auditorías internas, que dentro de las prohibiciones

⁴¹ Reglamento a la Ley de Prohibición, Decreto Ejecutivo N° 22614-H del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres.

⁴² Artículos 5 y 9 inciso c) del Decreto de anterior cita.

⁴³ Ley N° 7097, Ley de Presupuesto Extraordinario del 18 de agosto de 1988

a las cuales sujeta a los mismos, está la prohibición del ejercicio liberal de sus profesiones.

Se indica en su numeral 34, en lo relativo a la prohibición, que será para “*el auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría*”, norma que no hace distinción sobre los servidores de esa área, incluyendo a quienes se destaquen en la misma, al pago del reconocimiento de marras.

Aun y con lo dicho han de considerarse los criterios vertidos por el órgano consultor del Estado⁴⁴, del cual se extrae que para que la aplicación de lo contenido en el numeral 34 inciso c) de la Ley General de Control Interno, los funcionarios que laboren en dicha dependencia deben de ejecutar labores sustantivas propias de la auditoría para ajustar el reconocimiento a derecho.

Lo anterior puede evidenciarse en los siguientes pronunciamientos de la Procuraduría General de la República:

“...Asimismo, se indica que en la interpretación de la norma debe diferenciarse cuáles prohibiciones son aplicables a determinadas categorías de funcionarios, ya que aún cuando la ley utilice la fórmula “funcionarios de la auditoría interna”, la prescripción legal puede resultar no aplicable a ciertas categorías. En ese sentido, se afirma que las potestades de la auditoría no pueden ser ejercidas por todo el personal de la auditoría interna, sino por quienes cumplen determinadas labores de auditoría... (C-384-2004⁴⁵)” (Destacado de quien transcribe)

⁴⁴ Procuraduría General de la República.

⁴⁵ Criterio C-384-2004 del 23 de diciembre del 2004 .

Para tener claro entonces que actividades son propias de una auditoría y cuales propias de la administración activa, podemos traer a colación, el contenido por demás claro que se contiene dentro del criterio C-096-2008 que señala textualmente:

“¿Cuáles funciones deben ser consideradas como de administración activa?”

En ocasiones anteriores esta Procuraduría ya se ha referido a las funciones de la administración activa en contraposición a las funciones de auditoría. En el dictamen C-384-2004 del 23 de diciembre del 2004, con ocasión del análisis de las prohibiciones establecidas en el artículo 34 de la Ley General de Control Interno, se indicó lo siguiente:

“Parte del contenido denominado como “prohibiciones” por el artículo 34 tiene como objeto mantener la imparcialidad e independencia funcionales. En efecto, la independencia funcional que requiere la función de control a cargo de la auditoría no podría lograrse si no existe un claro deslinde entre estas funciones y la de administración activa; por ende, si la auditoría interviene en el ejercicio del poder decisorio. La necesidad de un deslinde entre la administración activa y la auditoría está presente en el espíritu y articulado de la Ley. Simplemente, es difícil que un órgano llamado a controlar pueda fiscalizar cuando se ha participado en la adopción de decisiones o en su ejecución. El imperativo de independencia funcional explica las prohibiciones contenidas en los incisos a), b) y d) del artículo 34 de mérito. De acuerdo con este artículo, las prohibiciones se aplican a quienes realizan funciones de auditoría y tienen como objeto evitar que dichos funcionarios vean disminuida su objetividad e imparcialidad de sus labores como auditores por la participación en tareas de

administración activa. A este efecto, debe tomarse en cuenta que la Ley precisa qué entiende por administración activa. En efecto, en el artículo 2 de la Ley se define:

*“a) **Administración activa:** desde el punto de vista funcional, es la función decisoria, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa de la Administración. Desde el punto de vista orgánico es el conjunto de órganos y entes de la función administrativa, que deciden y ejecutan; incluyen al jerarca, como última instancia”.*

Dicho artículo no contiene una definición de “funciones de auditoría interna” o de auditoría interna. Empero, el artículo 21 de la Ley define la auditoría desde el ámbito funcional:

*“Artículo 21. —**Concepto funcional de auditoría interna.** La auditoría interna es la actividad independiente, objetiva y asesora, que proporciona seguridad al ente u órgano, puesto que se crea para validar y mejorar sus operaciones. Contribuye a que se alcancen los objetivos institucionales, mediante la práctica de un enfoque sistémico y profesional para evaluar y mejorar la efectividad de la administración del riesgo, del control y de los procesos de dirección en las entidades y los órganos sujetos a esta Ley. Dentro de una organización, la auditoría interna proporciona a la ciudadanía una garantía razonable de que la actuación del jerarca y la del resto, de la administración se ejecuta*

conforme al marco legal y técnico y a las prácticas sanas”.

Podría, entonces, decirse que los funcionarios de la

auditoría son los que realizan la actividad a que se refiere el artículo 21: la asesoría, la evaluación, el control. En la Opinión Jurídica N. OJ-121-2004 de 4 de octubre de 2004 nos referimos a dicho artículo en los siguientes términos:

“Luego, está el concepto mismo de la función de auditoría. El artículo 21 de la Ley contiene un concepto “funcional” de auditoría interna, referido a la actividad en sí misma, a su objetivo y a su efecto sobre la organización y la sociedad. Esta se define como una actividad “asesora”, dirigida a proporcionar seguridad a la organización, “mediante la práctica de un enfoque sistémico y profesional para evaluar y mejorar la efectividad de la administración del riesgo, del control y de los procesos de dirección en las entidades y los órganos sujetos a esta Ley...”.

De esa definición interesa resaltar el carácter asesor de la función de auditoría y la evaluación del control y del proceso de dirección. El Instituto de Auditores Internos define la auditoría precisamente como:

‘una actividad de evaluación independiente, establecida dentro de una organización para examinar y evaluar sus actividades como un servicio para la organización’. Citado por R, WHITTINGTON-K, PANY, Ibid, p. 592.

A través de la evaluación, de la asesoría, de las recomendaciones la Auditoría interna participa en el

control interno. Y lo hace por medio de la evaluación de la efectividad de otros controles. La auditoría representa una verificación posterior y selectiva de un ámbito de la actividad de la organización. Esa verificación y evaluación no es continúa o concomitante con las acciones administrativas u otras acciones de control. Es periódica. En relación con los fondos públicos se deben realizar

auditorías o estudios especiales semestralmente. Dispone el artículo 22 de la Ley de Control Interno (...)”.

Se ha definido, así, que “funcionarios de la auditoría interna” es un término empleado por la ley desde el punto de vista funcional, descartando por exclusión quiénes no pueden estar comprendidos dentro del concepto.

Los incisos a) y b) del artículo 34 prohíben que los funcionarios de auditoría interna ejerzan funciones de administración activa. Sea que participen en la toma de decisiones, en su ejecución, en los procesos directivos u operativos de la Administración. Dichas disposiciones tienden, repetimos, a mantener la independencia funcional y no puede considerarse que lesionen los derechos de los funcionarios. La organización administrativa responde a criterios de competencia. Los cargos de auditoría interna están determinados al ejercicio de la auditoría interna, no de funciones de la Administración activa. Por consiguiente, el funcionario que es nombrado en un puesto de auditoría interna carece de facultades legales para ejercer funciones de administración activa . (...)”

Bajo esta inteligencia debemos colegir, que compete a la Administración Activa validar las funciones sustantivas de auditoría que ejecuten los funcionarios del campo de la informática que se encuentren destacados en dichas áreas funcionales a efectos de verificar según lo dicho supra el tipo de normativa que a derecho les corresponde ser aplicada para efectos del reconocimiento por prohibición, sea este el contenido del artículo 34 inciso c) de la Ley General de Control Interno o bien el artículo 41 de la Ley de Presupuesto Extraordinario del año 1988, por lo que cabe además reconsiderar parcialmente las conclusiones expuestas en nuestro oficio AJ-163-2008 del 25 de marzo de 2008.

Atentamente,

Original firmado [Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-147-2012

27 de febrero de 2012

Señora
Nivia Barahona Villegas
Jefe
Gestión Institucional de Recursos Humanos
Ministerio de Cultura y Juventud

Estimada señora:

Con aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, nos dirigimos ante usted en atención a su oficio MCJ-GIRH-093-2012 dentro del cual nos solicita la reconsideración del criterio vertido por este Despacho identificado con el número AJ-693-2011 de fecha 12 de octubre de 2011, mismo que versa sobre la consulta hecha por el Coordinador de la Oficina de Servicio Civil-SINAC, sobre la posibilidad de saneamiento de un acto de reasignación de clasificación de un puesto sujeto a la aprobación de esa Oficina, en donde se concluyó que dicho proceder no era posible bajo la premisa de la existencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

Sobre el tema en cuestión adiciona la consultante criterio vertido por el Departamento de Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura y Juventud, dentro del cual se analiza la existencia de nulidad relativa en el actuar de los funcionarios del área de Gestión de Recursos

Humanos de esa cartera ministerial, basado el mismo en lo dispuesto en los numerales 167, 187, 188 y 189 de la Ley General de Administración Pública, así como fundamento en los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General de la República, aspectos de valor que en lo que interesan disponen:

“Artículo 167.- *Habrán nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta.*

Artículo 187.- *1. El acto relativamente nulo por vicio y en la forma, en el contenido o en la competencia podrá ser convalidado mediante uno nuevo que contenga la mención del vicio y la de su corrección.*

2. La convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado.

Artículo 188.- *1. Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, éstos podrán darse después del acto, acompañados por una manifestación de conformidad con todos sus términos.*

2. Lo anterior no podrá aplicarse a la omisión de dictámenes ni a los casos en que las omisiones arriba indicadas produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del fin del acto final.

3. El saneamiento producirá efecto retroactivo a la fecha del acto saneado.

Artículo 189.- *1.- El acto inválido, absoluta o relativamente nulo, podrá ser convertido en otro válido distinto por declaración expresa de la Administración a condición de que el primero presente todos los requisitos formales y materiales del último.*

Dictamen C-124-2010 de la Procuraduría General de la República;

“...Respecto a los remedios dispuestos por el ordenamiento jurídico para corregir el vicio que detenta el acto, la Procuraduría ha mantenido:

“1.-

La convalidación: *Hacer válido lo que no era válido. Constituye un acto jurídico por el cual se torna eficaz otro que estaba viciado de nulidad relativa. Es un nuevo acto por el cual se subsanan o corrigen las irregularidades de nulidad relativa, localizadas en el otro acto anterior. La convalidación tiene efectos retroactivos a la fecha del acto convalidado (artículo 187 de la Ley General de la Administración Pública).*

2.-

El saneamiento: *Es la conservación del acto, con un vicio de nulidad relativa, que ha omitido una formalidad sustancial, la cual se puede dictar después del acto. El saneamiento tiene efecto retroactivo a la fecha del acto saneado (numeral 188 de la Ley General de la Administración Pública).*

3.-

La conversión: *Se presenta cuando, pese a que un acto es absolutamente nulo o que siendo relativamente nulo, se dicta otro acto que reúna los elementos constitutivos (formales y materiales) del anterior. Tiene efecto desde su fecha (artículo 189 de la ley General de la Administración Pública).”*

De acuerdo con lo anterior, en respuesta a lo consultado, en caso de que sobrevenga alguna nulidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 237 de la LGAP, la Administración dispondría de los siguientes mecanismos para su corrección:

a) Si la nulidad es relativa los actos dictados pueden ser saneados o convalidados en los términos supra descritos. En ese sentido, la anulación de oficio del acto

relativamente nulo será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad, específico y actual (artículo 174 punto 2 de la LGAP).

b) Si la nulidad es absoluta no se puede arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación (artículo 172 de la LGAP); sin embargo, el artículo 189 de la LGAP permite la conversión del acto. En esta dirección, a tenor del artículo 175 de LGAP el plazo para impugnar el acto absolutamente nulo, en la vía administrativa o la judicial, será de un año contado a partir del día siguiente a su comunicación. Tratándose de actos de efectos continuados, el plazo se computará a partir del cese de sus efectos...” [7]

De lo expuesto se extrae que el acto relativamente nulo podrá subsanarse mediante convalidación, saneamiento o conversión, en tanto que el absolutamente nulo únicamente por la vía de la conversión.”

Luego de los elementos de anterior cita y visto el análisis efectuado por el Licenciado Freddy Fallas, funcionario de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura y Juventud, en el cual presupone el acto de firma de aprobación de la reclasificación del puesto N° 002195 efectuado por la Jefa del Departamento de Gestión Institucional de Recursos Humanos, como viciado por nulidad relativa y en la que pueden ser aplicada la normativa externada en los párrafos anteriores, lo anterior siendo que el actuar de dicha funcionaria no atendió lo dispuesto dentro del oficio CIRCULAR-GESTIÓN-010-2008 de fecha 12 de junio de 2008⁴⁶, el cual indica señalaba:

“...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

⁴⁶ Oficio Circular-GESTIÓN-010-2008 dirigida a Jefes de Oficinas de Recursos Humanos Auditores Internos. Jefes de Área, Dirección General de Servicio Civil 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.

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”

Aunado a lo anterior en el oficio solicitado a reconsideración se señaló lo siguiente:

“...no se contempló el procedimiento existente para dicho tipo de reasignaciones, el cual dispone que tratándose de Oficinas de Recursos Humanos de las diferentes dependencias ministeriales, en donde mediante la resolución DG-015-98⁴⁷ se les había 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, exceptuando 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 ministerio, 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. Y 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 valoración de puestos cubiertos por el Régimen de Méritos, que la resolución de anterior cita DG-015-98, vigente al momento

⁴⁷ Recientemente derogada

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.”

Aspecto este último que deviene en un análisis de los elementos propios sujetos a estudio en aquella oportunidad y que hoy al evidenciar posiciones y supuestos accionados a la hora del trámite real de lo acontecido, sea el caso de que dicho puesto fuera reasignado estando vacante y su respectiva ocupación posterior y en virtud de la doctrina existente sobre la conservación del acto que entre otra podemos citar lo vertido recientemente por el órgano consultor de la República mediante pronunciamiento Dictamen C-249-2011 del 11 de octubre de 2011 que en lo que interesa expuso:

“IV.-

El principio de conservación del acto (art. 168 de la LGAP).

En el derecho administrativo toda irregularidad que presente un acto o negocio, y que no sea causa de nulidad de pleno

derecho, debe ser contemplada desde la perspectiva del principio de conservación.

La necesidad de preservar la presunción de validez del acto, que está vinculada con la eficacia de la actividad administrativa, así como la seguridad jurídica que sería perturbada por la perpetua amenaza de sanciones radicales –que la nulidad absoluta y de pleno derecho comporta– conduce al mantenimiento de aquellos actos administrativos que aun presentando una determinada irregularidad pueden alcanzar el fin propuesto, sin perjuicio de las garantías que el ordenamiento brinda a las libertades y derechos de los particulares

Es oportuno recordar que no sólo por principio doctrinario, sino por disposición expresa de nuestro derecho positivo. (arts. 128, 171 y 176 LGAP), el acto administrativo goza de una presunción de validez, aun en el supuesto de que padezca algún vicio o defecto de forma o de fondo – salvo el caso del acto absolutamente nulo (arts. 169 y 146.3 *Ibídem*)-; ello con el fin de garantizar la continuidad y la agilidad de la función pública, así como resguardar en algunos casos los derechos e intereses de los particulares. Así, la presunción de validez de los actos administrativos se traduce en un principio favorable a la conservación de los mismos.

Efectivamente, un principio que rige en el Derecho Administrativo es el de la conservación del acto (art. 168 de la LGAP). Según ese principio, la Administración tiene el poder-deber de procurar el mantenimiento de sus actos, siempre que ello no implique una contravención grave al ordenamiento jurídico o a los derechos de terceros. Por ello, tanto la doctrina como la legislación prevén distintos grados de nulidad, así como los remedios jurídicos para solventar los vicios que las generan. Cuando el vicio pueda ser rectificado, la Administración no sólo tiene la facultad, sino el deber de procurar su corrección (Dictamen C-471-2006 de 23 de noviembre de 2006).

El principio aludido tiene su reflejo o manifestación en determinadas técnicas de conservación de la conducta administrativa, que buscan la subsanación o saneamiento del defecto o vicio que contenga el acto y mantener su correlativa validez. Interesa indicar que esa teoría del saneamiento posee una importancia decisiva en el Estado contemporáneo, como instrumento de solución efectiva de los constantes conflictos que se generan entre la Administración y los administrados, dadas a las tendencias actuales que se orientan hacia la estabilidad, seguridad y certeza que todas las relaciones jurídicas. “

De modo que podemos desprender con base en lo supra citado y de acuerdo con la circunstancia llevada a estudio, que suponiendo que la existencia de una nulidad relativa, podemos concebir que la misma se presenta cuando uno de los elementos constitutivos del acto administrativo es imperfecto, pero no impide la realización del fin⁴⁸ o bien por disposición legal.

Es importante recordar que si el vicio impide la realización del fin, la nulidad deja de ser relativa y se califica como absoluta.

Ahora bien, debemos analizar de nueva cuenta si existieron elementos constitutivos imperfectos en el trámite de la aprobación de la clasificación por reasignación del puesto N° 002195, aclarando tal incertidumbre, apuntando a la competencia del órgano que debía finalmente dar la aprobación; de modo que para que uno de los supuestos en que se puede determinar como relativa una nulidad de un acto administrativo es que el elemento constitutivo de competencia sea imperfecto, veamos lo señalado por la Contraloría General de la República en su publicación “Guía de Nulidades”⁴⁹ en su aparte 10.2.1 Ejemplos de nulidades relativas:

“a) Por la existencia de elementos constitutivos del acto administrativo imperfectos:

⁴⁸ Art. 167 Ley General de Administración Pública.

⁴⁹ Guía de Nulidades de actos y contratos administrativos en materia de Hacienda Pública, División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República. San José, 31 de marzo de 2006

- *Competencia: en caso de que en el inferior conozca y resuelva cuestiones concernientes a la competencia del superior, sin que medie delegación de éste que se lo permita. (Incompetencia por razón de grado)."*

Podríamos indicar entonces que a lo sumo, lo que existe tanto en el contenido, como en el motivo del acto es una imperfección (infracción insustancial), que no impide la realización del fin⁵⁰. Otras características propias del acto relativamente nulo lo son:

a) Que se presume legítimo en tanto no se declare lo contrario en la vía jurisdiccional o administrativa cuando así corresponda⁵¹

b) El acto relativamente nulo o anulable produce efectos como si fuera válido mientras no sea anulado⁵².

c) Sus efectos jurídicos son precarios, puesto que subsisten en tanto no venzan los términos de impugnación o sea convalidado el acto.

d) La anulación del acto relativamente nulo producirá efecto sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario o a terceros, o al interés público⁵³.

e) La ejecución del acto relativamente nulo produce responsabilidad civil de la Administración, pero no del funcionario salvo que se trate de una ilegalidad inexcusable producto de una actuación con dolo o culpa grave⁵⁴.

f) La ejecución del acto relativamente nulo nunca produce responsabilidad penal del funcionario.

g) El acto relativamente nulo puede ser convalidado, saneado o convertido.

h) La anulación de oficio, por parte de la Administración, del acto relativamente nulo será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad, específico y actual⁵⁵.

Bajo esa inteligencia podemos decir que efectivamente el acto administrativo sujeto a estudio se encuentra viciado de nulidad relativa

⁵⁰ Art. 167 de la Ley General de Administración Pública

⁵¹ Artículo 176 Ley General de Administración Pública

⁵² Ibídem nota 6

⁵³ Artículo 178 de la Ley General de Administración Pública.

⁵⁴ Artículo 177 de la Ley General de Administración Pública.

⁵⁵ Artículo 174.2 de la Ley General de Administración Pública.

pues calza en el elenco característico de dicha nulidad y en los supuestos jurídicos que así lo contemplan. Ahora corresponde razonar el medio para corregir dicho actuar.

La doctrina y normativa señalan tres tipos de corrección de actos relativamente nulos, los cuales son convalidación, saneamiento y conversión; de los cuales a los efectos aplicables podemos conceptualizar y entrañarnos en los dos primeros, pues el acto de conversión de la clasificación de puestos no es aplicable a dicho proceder.

Tenemos entonces que la **convalidación**, procede cuando existen vicios en la forma (motivación, forma de exteriorización o procedimiento), el contenido o la competencia⁵⁶, esta convalidación se verifica a través de un acto administrativo nuevo que contenga mención expresa del vicio y de su corrección y tiene efectos retroactivos a la fecha del acto convalidado. En el nuevo acto estarán corregidas o subsanadas las irregularidades o defectos que determinaron la nulidad relativa.⁵⁷

Se indica en la Guía de Nulidades, citada supra que “*La convalidación procede sólo cuando el acto es relativamente nulo, toda vez que se trata de vicios que no son graves. Por el contrario, cuando su gravedad es tal que impida que el acto cumpla con el fin para el que fue dictado (nulidad absoluta), no se puede convalidar.*”

Ejemplo: en caso de que un acto de adjudicación de una licitación haya sido dictado por el Proveedor y le correspondía a la Junta Directiva de la Institución, dicho acto se puede convalidar mediante otro emitido por la Junta en el que se haga ver el error y se corrija, siempre y cuando el superior estuviera de acuerdo con la resolución del inferior.

Lo anterior, siempre que se trate de la misma institución, ya que si el competente para dictar el acto era la Junta Directiva del ICE y quien lo hizo fue el Proveedor del INS, el vicio sería tan grave que originaría la nulidad absoluta del acto de adjudicación, por lo que en

⁵⁶ Artículo 187 de la Ley General de Administración Pública.

⁵⁷ Artículo 187.2 de la Ley General de Administración Pública.

ese supuesto no operaría la figura de la convalidación, aunque la Junta Directiva estuviera anuente a dictar ese acto.”

Acto el anterior que resulta ciertamente considerable como respuesta a la corrección que ha de evidenciarse en futuro sobre el acto viciado de nulidad que nos ocupa. Por otro lado tenemos el **saneamiento**, que es una forma de convalidación que permite conservar los actos que han omitido formalidades sustanciales en las que se requería la intervención de otro órgano (autorización) o del administrado (solicitud o requerimiento), en cuyo caso deben darse después de dictado el acto con una manifestación expresa de conformidad con todos sus términos, de igual manera que en la convalidación produce efectos retroactivos a la fecha del acto saneado⁵⁸.

Así las cosas y bajo esa inteligencia este Despacho reconsidera el oficio AJ-693-2011 del 12 de octubre de 2011 en cuanto a la interpretación del tipo de nulidad a la que corresponde la aprobación de la resolución de clasificación de puestos N° MCJ-GIRH-030-2010 del 24 de setiembre de 2010 del puesto N° 002195 DE LA CLASE Técnico de Servicio Civil 3 a la clase Profesional de Servicio Civil 1-A, lo anterior no sin antes hacer ver a la consultante que el accionar en adelante es un asunto de resorte meramente interno de ese Ministerio y los departamentos involucrados en la emisión de dicho acto.

Atentamente,

Original firmado/ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

Cc: Lic. Róger Umaña Chacón, Dir. O.S.C. SINAC.

AJ-021-2012

10 de enero del 2012

⁵⁸ Artículo 188.3 de la Ley General de Administración Pública.

Señora
Martha Emelina Gamboa Mora
Coordinadora
Sistematización y Análisis Ocupacional
Área de Gestión de Recursos Humanos

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio GESTIÓN-SAO-003-2012 de fecha 4 de enero de 2012, en el cual solicita criterio jurídico, relacionado con las resoluciones de reasignación descendente.

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, jurisprudencia y doctrina que puedan ser aplicables a la situación en examen y siempre manteniendo el criterio dentro del bloque de legalidad al efecto.

Para la atención de la consulta en cuestión debe necesariamente traerse a colación lo dispuesto en el numeral 111 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil⁵⁹ que indica literalmente:

“Artículo 111.- *En los casos previstos en los artículos 109 y 110 precedentes, la reasignación se resolverá de acuerdo con el siguiente procedimiento:*

a)...

b) *La Oficina de Recursos Humanos enviará al servidor titular del puesto o al Jefe o Jefa autorizado, en caso de plazas vacantes, una copia del resultado del estudio, para que, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, el titular del puesto pueda solicitar la revocatoria,*

⁵⁹ Decreto Ejecutivo N° 21 del 14 de diciembre de 1954.

presentando las consideraciones y objeciones que fundamenten el reclamo, las cuales serán resueltas en primera instancia, por la Oficina de Recursos Humanos, la cual determinará la procedencia de lo planteado. Si el resultado de la solicitud de revocatoria no satisface las expectativas del interesado, éste podrá, en segunda instancia, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la segunda comunicación, apelar ante el Director General de Servicio Civil, quien resolverá en definitiva, agotando la vía administrativa.

Transcurrido el primer plazo señalado, sin que se hayan presentado objeciones por escrito, se emitirá la resolución que corresponda. “

De la norma supra transcrita se colige que el acto que ha de ser recurrido sea por recurso de revocatoria o bien apelación, lo será el informe técnico que contenga el resultado del estudio o análisis ocupacional del puesto, de modo que una vez resueltos éstos, se emitirá una resolución que tendrá fecha de rige a partir de la fecha indicada en la misma o de omitirse este acto a partir de su emisión y posterior notificación, y que para efectos de pago se deberá actuar conforme lo establecido en el numeral 117⁶⁰ del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, en una reasignación descendente, la cual supone según el canon legal dispuesto dentro del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil un plazo de seis meses en que permanecerán en suspenso⁶¹ los efectos de la resolución, dicho plazo debe ser contado a partir de la fecha de la resolución.

⁶⁰ Artículo 117 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil:

“Para efectos del pago de salario, toda reasignación de puestos regirá a partir del primer día del siguiente mes calendario de conformidad con la fecha indicada en la resolución que dicte la Dirección General; y con sujeción a las disposiciones de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en cuanto a la disponibilidad de contenido presupuestario. En los casos de reclasificación los efectos salariales regirán bajo las mismas condiciones del acto de clasificación rectificado.”

(Así reformado por el artículo 7° del Decreto Ejecutivo No. 22422 del 5 de agosto de 1993).

⁶¹ Artículo 111 inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil:

*“...d) Si el puesto estuviere ocupado y la reasignación resultare de una clase de inferior categoría a la de la original, los efectos de la misma **automáticamente quedarán en suspenso hasta por un período de seis meses,** mientras tanto el servidor continuará en el desempeño de sus actividades y en dicho período podrá ser trasladado a otro puesto de igual clase a la del puesto que venía desempeñando antes de producirse la reasignación; o bien ser promovido a otro puesto si reüniere requisitos para ocuparlo. Si la ubicación del*

Cordialmente,

Original firmado por Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-006-2012

3 de enero del 2012

Máster

Ferdinando Goñi Ortiz

Director Interino

ÁREA DE CARRERA DOCENTE

Estimado señor:

Reciba un cordial saludo y deseos de éxito en sus labores durante el nuevo periodo que recién inicia, a la vez y con la aprobación de la Directora de esta Asesoría Jurídica, se aprovecha la oportunidad para dar respuesta a su oficio N° CD-1270-2011 de fecha 8 de noviembre del año recién finalizado y del cual se brindan las disculpas por la demora de la misma en virtud de que como fue de su conocimiento, el caso en particular se elevó al Área de Gestión de Recursos Humanos de esta institución para que fuera atendido técnicamente, de manera que pudiésemos brindar una respuesta

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.”.

técnico-legal más efectiva a la consulta referida.

De ese modo mediante el oficio GESTIÓN-331-2011 fechado 18 de diciembre de 2011 y entregado en este centro de trabajo el día 21 de diciembre de 2011, se da respuesta técnica a los alcances de la misiva planteada la cual dispone desde su origen:

“...resulta pertinente solicitarle el criterio de lo legalmente procedente al tenor de las siguientes situaciones:

a) Si el cuerpo de normas del sistema clasificado de puestos del Título I, resulta aplicable al sistema clasificado de puestos del Título II.

b) Si el cuerpo de normas del sistema clasificado de puestos del Título I, resulta aplicable para reasignar puestos del Título II al Título I y viceversa.”

Previo a la atención que se dará a su misiva debe indicarse que el asunto será analizado desde una perspectiva general, estudiando las normas jurídicas, jurisprudenciales y doctrinarias que puedan ser aplicables a cualquier situación similar a la que es puesta a examen, sin que por ello se proceda a emitir criterio sobre el caso concreto, pues el analizar la viabilidad de la aplicación de dichas conclusiones, es una competencia que solamente puede ser ejercida por el respectivo Ente Ministerial en uso de las facultades que le otorga el bloque de legalidad administrativo y estatutario nacional.

Habiéndose hecho las aclaraciones de mérito, debe procederse entonces a redimensionar las preguntas presentadas en aras de poder atender las mismas desde la perspectiva genérica, para lo cual puede decirse que el fondo de éstas radica en conocer las particularidades que desde su génesis se derivan de cada uno de los Títulos dispuestos dentro del Estatuto de Servicio Civil y sus respectivas clasificaciones, siendo ambos⁶², distantes en cuanto a su clasificación como tal de puestos, lo anterior por sus funciones y además no manteniendo ningún tipo de afinidad en lo relativo a su selección y

⁶² En el caso de consulta Título I (administrativos de Gobierno Central) y Título II (personal docente destacado generalmente en el Ministerio de Educación Pública)

respectivo reclutamiento.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que el diseño de clases de puestos docentes, sigue principios técnicos generales, rescatando el concepto de clase, serie y estrato, de igual manera su descripción y especificación de clases, según funciones y factores característicos⁶³.

Indica el oficio de referencia que *“no obstante, el sistema se basa en particularidades que se derivan de las normas propias del Título Segundo, como es el caso de lo regulado en el artículo 107 del Estatuto de Servicio Civil que clasifica el personal docente en profesores titulados, profesores autorizados y profesores aspirantes, motivo por el cual varias clases de puestos de los estratos docentes, contemplan grupos que se diferencian por la condición académica de sus ocupantes.”*

Ahora bien, si de legalidad se trata y en relación con las normas establecidas dentro del Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, dichos cuerpos jurídicos no indican lineamiento alguno que sirva de respaldo legal para ejecutar acciones como la reasignación aplicable a los puestos del Título I para el estrato docente, de igual manera no se contempla norma dentro de la normativa cubierta para los servidores docentes ni en su Reglamento⁶⁴, ni en el Manual de Procedimientos para la Administración del Personal Docente⁶⁵.

Por otro lado se debe atender que si bien es cierto el Reglamento de la Carrera Docente, autoriza la aplicación, de manera supletoria, del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, en ciertos supuestos y concretos no previstos dentro del primero, dicha autorización no podría de ninguna manera, interpretarse como la posibilidad que los movimientos de personal requeridos en la consulta, se materialicen con una reasignación o incluso con el traslado de

⁶³ De conformidad a lo mencionado dentro del oficio GESTIÓN-331-2011.

⁶⁴ Reglamento de la Carrera Docente, Decreto Ejecutivo N° 2235-EP vigente desde el 16 de abril de 1972.y sus reformas.

⁶⁵ Manual de Procedimientos para Administrara el Personal Docente, Decreto Ejecutivo N° 12915-E-P, del 31 de agosto de 1981 y sus reformas.

puestos del **Título I** al **Título II** del Estatuto de Servicio Civil, y viceversa, señalamiento que se apuntó por esta Área Jurídica dentro del Oficio AJ-168-2005 así:

*“...cabe cuestionarse si es procedente reasignar a un puesto cubierto por el Título II del Estatuto de Servicio Civil, a un servidor nombrado según las normas del Título I de dicho cuerpo normativo, aplicando para ello en forma subsidiaria el artículo 110 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, por autorizarlo así el artículo 92 del Reglamento de la Carrera Docente. Esta Asesoría Jurídica considera que la respuesta a tal interrogante debe ser negativa (...). Consideramos que el artículo 110 sí se puede aplicar subsidiariamente a los servidores cubiertos por el Título II del Estatuto de Servicio Civil y siempre que se trate de puestos cubiertos por este Título II, **pero no para autorizar la reasignación de un puesto cubierto por el Título I a otro cubierto por el Título II, o viceversa, pues en tal caso se estarían incumpliendo los procedimientos de ingreso establecidos en cada una de las leyes que regulan los diferentes títulos...**” (Destacado de quien transcribe)*

Bajo esta inteligencia se comparte el criterio jurídico y técnico sobre la imposibilidad de efectuar procedimientos del sistema clasificado de puestos entre los Títulos del Estatuto de Servicio Civil en cuestión, pues como ya se indicó, pese a que pueden ser aplicados los principios básicos del análisis ocupacional en dichos títulos, el atender a realidades, características y necesidades distintas hace evidente que se de una paridad entre ellos en procedimientos como el de la reasignación. Lo anterior se evidencia en el análisis hecho por el Área de Gestión de Recursos Humanos de esta Dirección General, que señala:

“Así por ejemplo, la estructura ocupacional establecida para los puestos cubiertos por el Título I, establece diversos niveles de clase que se diferencian por el nivel de complejidad y responsabilidad de las labores. En este caso los actos de reasignación de los puestos, aplican por cambio sustancial y permanente en las tareas de los mismos, para lo cual se debe analizar el nivel de complejidad, responsabilidad, la consecuencia del error, supervisión ejercida y recibida, entre otros factores para determinar la magnitud del cambio y recomendar si el puesto debe reasignarse o no.

En el caso de los puestos cubiertos por el Título II, la situación es diferente, existe también una estructura de clases, con diversos niveles diferenciados según nivel de complejidad y responsabilidad, pero una considerable cantidad de clases,

mantienen una estructura de grupos que se diferencian según sean los atestados de los ocupantes de los puestos, otras se diferencian por el factor “matrícula” del centro educativo. Estos aspectos son ejemplo, de notables diferencias respecto al Título I del Estatuto de Servicio Civil en lo que a ingreso al Régimen se refiere, así como desarrollo de carrera.”

En la misma línea, ya esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado respecto al tema en diversas oportunidades señalando:

“...la materia de ascensos, reasignaciones y reingresos, dentro del Título I y Título II del Estatuto de Servicio Civil, se encuentran reguladas por leyes distintas, sobre la base de procedimientos y requisitos igualmente diferentes, para uno u otro servidor según corresponda.”⁶⁶ (Oficio AJ-425-2009 del 11 de agosto del año 2009)

De igual manera en el oficio AJ-168-2005, del 23 de febrero de 2005, en respuesta a similar misiva se indicó:

*“...Si bien el Régimen de Servicio Civil es uno solo, en el sentido de que se halla integrado por principios comunes a ambos títulos del Estatuto, en particular los principios de idoneidad comprobada y estabilidad en el empleo, lo cierto es que **el procedimiento de ingreso para los servidores regulares difiere por completo en uno y otro título del Estatuto, pues dicho procedimiento obedece a las particularidades del proceso concursal que debe llevarse a cabo para los distintos tipos de funcionarios...**” (El destacado es del redactor)*

Por todo lo anterior expuesto se concluye que los movimientos indicados dentro de la consulta no son procedentes, aún y cuando se establezcan dentro de los mismos el principio de Estado Único Patrono, no son relaciones provenientes de iguales regulaciones y en la medida en que no exista en cada una de las leyes de donde se originan (sean Título I y Título II) una norma que permita o autorice dichos movimientos, no pueden ser realizables, esto atendiendo el principio de legalidad.

Cordialmente,

⁶⁶ Oficio AJ-425-2009 del 11 de agosto del año 2009

Original firmado{ Licda. Vangie Miranda Barzallo

Licda. Vangie Miranda Barzallo
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-312-2012
10 de mayo de 2012

Licenciado
Alex Gutiérrez De la O
Director de Área
Auditoría de la Gestión de Recursos Humanos

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora a.i. de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su atento oficio AU-046-2012, de fecha 30 de abril del año en curso, mediante el cual, y en relación, exclusivamente, con el alcance del párrafo final del numeral 27 del Estatuto de Servicio Civil, contenido en el Oficio DL-386-90, emitido por este centro de trabajo con fecha 19 de noviembre de 1990, se consulta lo siguiente:

“...se nos indique si su contenido a la fecha se encuentra vigente o ha sido objeto de alguna modificación...”

Sobre el particular, el referido Oficio DL-386-90, señala, en lo que interesa, lo siguiente:

“...el artículo 27 supracitado (sic) no puede verse en forma aislada, debe necesariamente referirse al contexto en el que está incluido, cual es el Capítulo V de Selección de Personal.

Nótese que todo el capítulo nos muestra el procedimiento que debe aplicarse para cubrir una vacante. De allí que al pedirse explicaciones al Ministro o Jefe de Departamento de la devolución de una terna, estas serán obligatorias siempre y cuando el solicitante haya sido incluido por tres veces en una terna o nómina para ocupar un puesto de una misma clase... El subrayado no aparece en el original.

Conforme al análisis del texto supra transcrito y su alcance, esta Asesoría Jurídica confirma su contenido, el cual se considera plenamente vigente al día de hoy.

Damos por emitida la respuesta a su consulta.

Atentamente,

Original firmado { Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

AJ-351-2012
24 de mayo de 2012

Máster
Juan Antonio Gómez Espinoza
Director de Recursos Humanos
Ministerio de Educación Pública

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, procedemos a dar respuesta a su atento oficio número DRH-11326-2012-DIR, fechado 2 de mayo del año en curso, mediante el cual, y en relación con el eventual traslado de la señora Directora del Colegio San Luis Gonzaga, se consulta, en lo que interesa, lo siguiente:

“...quien debe firmar esta resolución de traslado?...”

“...sobre la posibilidad de que si la persona (sic) no acepta este traslado, lo cual daría derecho a que se indemnice o liquide, (...), quién o quienes firmarían esa resolución de despido...”

Previo a la evacuación de su consulta, conviene indicar, la imposibilidad que tiene esta sede administrativa para pronunciarse sobre casos o situaciones particulares que son resorte exclusivo de la Administración Activa o institución que ostente la competencia legal

para resolver lo procedente conforme a derecho. 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.

A efectos de brindar una respuesta apropiada a las interrogantes planteadas en su misiva, resulta importante mencionar en primera instancia, que esta Asesoría Jurídica ya se había pronunciado en diversas ocasiones⁶⁷, sobre algunos tópicos relacionados con el tema de la naturaleza jurídica que ostentan los puestos del Colegio San Luis Gonzaga de Cartago y los movimientos de personal que se generan en este mismo centro de educación, además de lo señalado sobre el particular por la misma Dirección General de Servicio Civil, en el Oficio DG-682-2008 de fecha 13 de octubre del 2008.

Por otra parte, como complemento a lo dicho anteriormente, y según se advierte en su atenta misiva, la misma Procuraduría General de la República, a través del dictamen C-288-2011 del 25 de noviembre del año recién pasado, aclara, diríamos, contundentemente, cuál es la instancia técnica competente para contratar y remover⁶⁸, según sea el caso, a los funcionarios del Colegio San Luis Gonzaga de Cartago, que por su naturaleza jurídica de institución autónoma y recibir un subsidio estatal para la contratación de su personal, le podría ser aplicable, conforme lo valore así las propias autoridades de la institución, lo resuelto por la Sala Constitucional en los votos N° 6328-94 y 4998-01, de las 18:00 del 26 de octubre de 1994 y de las 11:03 horas del 8 de junio del año 2001, respectivamente.

Es en este orden de ideas, que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado en casos similares señalando que:

“...Esta Sala, en referencia a recursos de amparo similares a los que sirve de fundamento al que se tramita bajo este expediente, ha indicado que el hecho de que

⁶⁷ Véase al respecto los Oficios AJ-600-2008 y AJ-174-2010, fechados 23 de octubre del 2008 y 8 de marzo del 2010, en el orden usual.

⁶⁸ Reglas que en todo caso serían de aplicación en cualquier otro tipo de movimiento o gestión de empleo en dicha institución, como bien podría ser los traslados, permutas, etc.

exista una subvención por parte del Estado para el funcionamiento y contratación de personal en Instituciones de Educación, no obsta para que dicha relación sea eminentemente privada y que en consecuencia sea regulada por el Derecho Laboral común. Así, en una ocasión se sostuvo:

"Sin entrar a calificar aquí la naturaleza jurídica de la relación entre el servidor y su empleador, el caso es que la subvención del salario de aquél por parte del Estado no obsta para que su nombramiento sea determinado por el Colegio (según se desprende del informe rendido bajo fe de juramento por la Directora del Colegio recurrido), y para que su actividad laboral esté totalmente bajo la dirección del Colegio y subordinado a éste. En esta perspectiva, la cooperación estatal con el Colegio es una subvención mediante el pago del personal (o de parte del personal) de ese centro educativo, lo que es un caso diferente del supuesto en que la Sala se ha basado para el tratamiento de los servidores públicos interinos. Así, a pesar de que existe una subvención por parte del Estado prevista para el pago de salarios, lo cierto es que la relación de subordinación inmediata es con respecto al colegio y no al Estado; por ende, no es éste sino el Colegio a quien le corresponde determinar en su caso la remoción de un funcionario según los principios de la conveniencia, la moralidad y el orden que rigen la institución (...)"

(resolución N° 6328-94 de las dieciocho horas del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro)..." **El subrayado no pertenece al documento fuente.**

Quando entramos a analizar la posición de la Sala, a la luz de lo que dispone la norma especial que regula la organización y funcionamiento del centro educativo que nos ocupa, se hace difícil encontrar una respuesta directa a la situación en estudio, toda vez que el cuerpo de disposiciones citado no lo hace de una manera puntual en cuanto al procedimiento a seguir, debido, fundamentalmente, a que el mismo es únicamente mencionado, pero sin ningún grado de

detalle. A este respecto, y en lo pertinente, indica el numeral 2 de la Ley N° 4471 del 3 de diciembre de 1969 y sus reformas, lo siguiente:

“...El nombramiento y remoción del personal docente y administrativo del Colegio San Luis Gonzaga, deberá llevarse a cabo con sujeción absoluta al Estatuto de Servicio Civil, el cual en lo demás regirá supletoriamente a su reglamento propio (sic) las relaciones de trabajo entre la Junta y el personal...”

A este respecto, y como se apuntaba al inicio del documento, esta Asesoría Jurídica señaló en su oportunidad que:

*“...la relación existente entre el Estado (Ministerio de Educación Pública) para con el personal tiene que verse sujeta de manera exclusiva a esa participación⁶⁹, es decir no puede ser que los nombramientos hayan sido efectuados directamente por el Ministerio de Educación Pública sobre plazas propiedad de éste, ya que no necesariamente el hecho de que se dé una subvención crea una relación de empleo público, pero, con esto no se quiere decir que igualmente se pueda negar dicha existencia, dependiendo claro del marco normativo de cada colegio de este tipo...”⁷⁰ **El subrayado es propio.***

En esta inteligencia, se podría decir que la posición que ha sostenido esta Asesoría Jurídica, en concordancia con lo expresado por el más Alto Tribunal de la República, es la autonomía que tiene el Colegio San Luis Gonzaga, a través de su Junta Administrativa, de nombrar o remover el personal de ese centro educativo, para lo cual, y como bien lo dice su ley constitutiva, citada supra, debe ser con sujeción a los procedimientos establecidos en el Estatuto de Servicio Civil.

Para comprender el alcance de lo dicho con antelación, resulta necesario traer a colación lo externado por la propia Procuraduría General de la República en el dictamen C-288-2011 del 25 de

⁶⁹ Sea en este caso en pago del salario por lo referente a la Subvención del Estado.

⁷⁰ Oficio N° AJ-174-2010 de fecha 8 de marzo del 2010.

noviembre del año recién pasado, que en lo pertinente al presente caso, señala:

“... Como ya quedó expuesto, el Colegio San Luis Gonzaga es una institución autónoma, y esa sola condición le permite nombrar y remover a su personal, como lo hace cualquier otra institución autónoma del país.”

A pesar de lo anterior, esa potestad de nombramiento y remoción no puede interpretarse ni aplicarse aisladamente, sino en conjunto con todo el marco normativo, y los principios constitucionales que rigen el empleo público en nuestro medio, entre ellos, el de nombramiento por idoneidad comprobada y el de estabilidad en el puesto.

Todas las personas que prestan servicios en el Colegio San Luis Gonzaga bajo una relación de empleo están unidos a esa institución (pública) por una relación de naturaleza pública, sin que interese si los servicios se cancelan con recursos girados por medio del presupuesto del Ministerio de Educación o con otros recursos del Colegio, pues en ambos casos la naturaleza de la relación es pública. Debe tenerse presente que todos los empleados de una institución pública (salvo que se trate de empresas o servicios económicos del Estado, en los términos previstos en los artículos 111.3 y 112.2 de la Ley General de la Administración Pública, situación en la que no se encuentra el Colegio San Luis Gonzaga) están regidos por una relación de naturaleza pública, a la que le son aplicables los principios constitucionales que regulan ese tipo de relaciones.

Para asegurar la observancia de los principios constitucionales aplicables en materia de empleo público, la propia ley n.º 4471 citada, en su artículo 2, indica que el nombramiento del personal docente y administrativo del Colegio San Luis Gonzaga deberá llevarse a cabo “... con sujeción absoluta al Estatuto de Servicio Civil, el cual en lo demás regirá supletoriamente...”.

Lo anterior no implica que el nombramiento y la remoción del personal del Colegio deba hacerlo la Dirección General de Servicio Civil, ni que esa Dirección necesariamente deba intervenir en el proceso de reclutamiento, selección y remoción de ese personal, pero sí que para realizar esos procesos (tarea que corresponde al propio Colegio) debe seguirse el procedimiento previsto en el Estatuto de Servicio Civil.

A juicio de esta Procuraduría, el procedimiento utilizado hasta el momento para nombrar a la mayoría del personal del Colegio San Luis Gonzaga, y que ha consistido en que la Junta Directiva de esa institución haga propuestas de nombramientos de personas que deben estar dentro del registro de elegibles de la Dirección General de Servicio Civil, para posteriormente ser nombradas por el Ministerio de Educación, no es el correcto. El Colegio San Luis Gonzaga, como institución autónoma que es, debe ser quien directamente reclute, seleccione, nombre y remueva (cuando sea necesario) a su personal, siguiendo los principios constitucionales de empleo público y acatando lo dispuesto en el Estatuto de Servicio Civil. De lo contrario se producen incongruencias, como por ejemplo, que un órgano del Estado central como lo es el Ministerio de Educación, sea quien nombre al personal de una institución autónoma del Estado, sin que exista norma de rango legal que así lo ordene...” **Se suople nuevamente el subrayado.**

Con base en los argumentos vertidos en páginas precedentes, así como las citas normativas y jurisprudenciales de carácter administrativo y judicial invocadas, se da por evacuada la presente consulta, enfatizando el hecho de que la potestad de nombramiento y remoción del personal del Colegio San Luis Gonzaga, en tanto institución autónoma, le corresponde a su Junta Administrativa, quien deberá, en observancia y acatamiento de los procedimientos para la comprobación de idoneidad, equidad y mérito establecidos en el Estatuto de Servicio Civil, y bajo el principio de publicidad, resolver lo procedente en esta materia, que en el caso de la eventual remoción o

traslado de la señora Directora de dicho centro educativo, se convierte en una responsabilidad directa y exclusiva de la institución.

Atentamente,

Original firmado { Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
ASESORÍA JURÍDICA

III– Jurisprudencia de la Sala Constitucional

**RECURSOS DE AMPARO FALLADOS EN EL PRIMER SEMESTRE
DEL AÑO DOS MIL DOCE**

<u>RESULTADO Y ACTOR</u>	<u>ASUNTO</u>	<u>POSICIÓN DE LA SALA</u>
	SIN LUGAR	
SIN LUGAR Castro Rojas Rocío	No se le aceptó presentar documentación fuera	Si ingresó a la página web. El acceder a su petición, dejaría en

<p>AJ-027-2012</p>	<p>de los plazos para concurso y actualización docente.</p>	<p>estado de indefensión a los demás concursantes. No le corresponde a esa Sala determinar cuando el Ministerio de Educación Pública, debe presentar los pedimentos de personal a la Dirección General de Servicio Civil, ya que se trata de un asunto de discrecionalidad y de necesidad del servicio público.</p>
<p>SIN LUGAR. Salazar Ruiz Norma. AJ-028-2012</p>	<p>Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.</p>	<p>No fue excluida de forma previa por falta de idoneidad psicológica, pues si le fueron valorados su experiencia y formación académica, pero no obtuvo la nota mínima de un 70%.</p>
<p>SIN LUGAR Mora Chaves Rodolfo AJ-045-2012</p>	<p>La calificación obtenida en el Concurso Técnico Docente y Administrativo Docente TAD-001-2009, que estaba basada en la información suministrada se encuentra desactualizada, pues cuenta con mayores</p>	<p>Es improcedente que el recurrente pretenda presentar documentación fuera del plazo establecido por esta Dirección General.</p>

	atestados en la actualidad y requiere ponerla al día.	
SIN LUGAR Espinoza Mendoza Ana Patricia AJ-047-2012	La calificación obtenida en el Concurso Técnico Docente y Administrativo Docente TAD-001-2009, que estaba basada en la información suministrada se encuentra desactualizada, pues cuenta con mayores atestados en la actualidad y requiere ponerla al día.	Es improcedente que el recurrente pretenda presentar documentación fuera del plazo establecido por esta Dirección General.
SIN LUGAR Marín Vargas Rubén Alfredo AJ-097-2012	Se encontraba interino, para dar cumplimiento al Decreto Ejecutivo número 36320-MP-MTSS del 10 de diciembre del 2010, fue citado a realizar las pruebas, pero no pudo asistir por estar enfermo.	Fue convocado en dos ocasiones y no justificó las ausencias a realizar las pruebas.
SIN LUGAR Hernández Mairena Zeneida AJ-098-2012	Solicitó se corrigieran unos resultados obtenidos en concursos docentes pero no se hizo.	Tenía dos números de cédula que luego corrigió y se le indicó que debía hacer todos los trámites y no lo hizo.
SIN LUGAR	Homologación de puesto del Tribunal	Descarta la lesión al derecho a la igualdad,

Duarte Flores Wilber AJ-136-2012	Fiscal Administrativo con el Poder Judicial.	ya que no existe discriminación con su ingreso debido a que se encuentra en igualdad de condiciones con sus compañeros abogados del Tribunal Fiscal Administrativo.
SIN LUGAR Morales Chacón Flor Vianney AJ-137-2012	Se cometió un error por parte de Carrera Docente en el proceso de reclutamiento y que solicitó se le corrigiera y no se ha hecho.	Esa Sala no es competente para determinar grupos profesionales.
SIN LUGAR Peña Peña Eufemia AJ-162-2012	Cese de nombramiento interino debido a un procedimiento administrativo en su contra y la exclusión del Registro de Elegibles.	La conducta cuestionada no resulta ilegítima ya que se fundamenta en el artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.
SIN LUGAR Castro Casanova Meybelen Roxana AJ-179-2012	Participó en el concurso docente para actualizar datos, pero eso no se hizo, limitándose sus opciones laborales.	Los datos de la recurrente fueron debidamente actualizados.
SIN LUGAR Corella Solís Eilyn AJ-180-2012	Se realizó una actualización de datos en el concurso técnico docente y no quedó elegible.	Los datos de la recurrente fueron debidamente actualizados.
SIN LUGAR Umaña Sandoval	Participó en el concurso docente para actualizar datos,	Está en la lista de elegibles, no así para los nombramientos

<p>Sigrid de Jesús</p> <p>AJ-182-2012</p>	<p>pero eso no se hizo, limitándose sus opciones laborales.</p>	<p>interinos, dado que no lo solicitó. Es improcedente que pretenda presentar documentación fuera de los plazos establecidos.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Gutiérrez Campos Marcela</p> <p>AJ-212-2012</p>	<p>Nombraron a otro funcionario en su lugar a pesar de que ella prestó sus servicios en ese lugar.</p>	<p>Si el nombramiento interino no fue prorrogado, fue porque en la plaza vacante se trasladó en propiedad a otra persona, lo cual es válido.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Pérez Ramírez Margoth de los Ángeles</p> <p>AJ-213-2012</p>	<p>Se le asignó un grupo profesional docente diferente al que ella consideraba.</p>	<p>No corresponde determinar cuando el Ministerio de Educación Pública debe solicitar los pedimentos de plazas ante la Dirección General de Servicio Civil, es un asunto discrecional. Si lo que quiere es que se abra un nuevo procedimiento de actualización de atestados, debe discutirlo en la vía de legalidad ordinaria.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Schmith Fonseca Jessica María</p> <p>AJ-226-2012</p>	<p>Solicitó actualización categoría docente.</p>	<p>Es improcedente que pretenda presentar documentación fuera de los plazos establecidos.</p>

<p>SIN LUGAR</p> <p>Gómez Juárez Christian</p> <p>AJ-260-2012</p>	<p>Cese de nombramiento interino por parte del Ministro de Educación Pública y exclusión del Registro de Elegibles. No se le ha dado trámite a un recurso de reconsideración.</p>	<p>Hacia más de cuatro meses, esta Dirección General le había comunicado al recurrente su inhabilitación y hace un año y medio que se tuvo acreditada la comisión de la falta.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Rodríguez Arley Ana Lorena</p> <p>AJ-261-2012</p>	<p>Perdió las pruebas y solicitó devolución de dichas pruebas, no teniendo respuesta a su solicitud.</p>	<p>No tuvo respuesta por cuanto existe imposibilidad de entregar las pruebas psicométricas a los participantes. Este actuar se ha respaldado en diversos fallos de la Sala Constitucional.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Varela Rojas Marlen Giselle</p> <p>AJ-290-2012</p>	<p>Ella no está ingresada al sistema docente, ya que se tomó en consideración el concurso docente del 2007, en el cual aparecía con un grupo profesional, y no se le está tomando en cuenta la actualización de sus atestados.</p>	<p>Es improcedente que pretenda presentar documentación fuera de los plazos establecidos.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Fernández Chacón María de los Ángeles</p> <p>AJ-314-2012</p>	<p>Se le hizo una investigación que sirvió de base para hacerle gestión de despido, de la cual no se le puso en</p>	<p>El procedimiento estuvo correcto, se le permitió ver el expediente, sacar las pruebas que considerara, se le</p>

	conocimiento todos los documentos.	hizo una correcta imputación de cargos. No todo vicio en los procedimientos administrativos son causa de amparo, sino aquellos que enervan el derecho de defensa en forma directa. El presente caso trata de asuntos de legalidad.
SIN LUGAR Chaves Sequeira Gabriela AJ-380-2012	No pudo participar en el concurso docente.	El plazo para registrar los datos era del 5 al 23 de marzo del 2012 y la recurrente intentó hacerlo el último día en horas de la noche.
SIN LUGAR Carmona Araya Viviana AJ-398-2012	En el concurso docente, el sistema no le generó la cita.	No realizó los trámites como debía, no los concluyó, ese error no puede ser imputable a esta Dirección General.
SIN LUGAR Medina Acevedo Carlos AJ-400-2012	Un descenso que afectó la clasificación del amparado de nivel profesional a técnico, alegando que no se le brindó ningún procedimiento ni se le concedió plazo alguno para cumplir con los requisitos que el puesto exige.	Los contratos de cualquier índole, incluso los laborales no son competencia de la Sala. El ius variandi debe ser conocido por el órgano jurisdiccional competente. (caso de INCOPECA, institución excluida del Régimen de Servicio Civil)
SIN LUGAR	En el concurso	No realizó los trámites

<p>Fernández Jiménez Olman Alonso</p> <p>AJ-416-2012</p>	<p>docente, el sistema no le generó la cita.</p>	<p>como debía, no los concluyó, ese error no puede ser imputable a esta Dirección General.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Salazar Villareal Jeremy Stevens</p> <p>AJ-426-2012</p>	<p>En el concurso docente, el sistema no le generó la cita.</p>	<p>No realizó los trámites como debía, no los concluyó, ese error no puede ser imputable a esta Dirección General.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Arroyo Saprissa María del Rocío</p> <p>AJ-427-2012</p>	<p>En el concurso docente, el sistema no le generó la cita.</p>	<p>No realizó los trámites como debía, no los concluyó, ese error no puede ser imputable a esta Dirección General.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Pereira Meneses Karen Rebeca</p> <p>AJ-428-2012</p>	<p>En el concurso docente, el sistema no le generó la cita.</p>	<p>No realizó los trámites como debía, no los concluyó, ese error no puede ser imputable a esta Dirección General.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Herrera Hurtado Patricia Elena</p> <p>AJ-437-2012</p>	<p>En el concurso docente, el sistema no le generó la cita.</p>	<p>No realizó los trámites como debía, no los concluyó, ese error no puede ser imputable a esta Dirección General.</p>
<p>SIN LUGAR</p> <p>Cisneros Cascante Rosa Luz</p> <p>AJ-443-2012</p>	<p>Que no ha podido ganar las pruebas pese a que las ha hecho tres veces, pues no sabe leer ni escribir.</p>	<p>No ha realizado concursos en esta Dirección General ni en el Ministerio de Salud. Al no ser cierto que no sabe leer ni escribir, ni sufra algún tipo de</p>

		discapacidad considera la Sala que no hay vulneración alguna a derechos fundamentales.
SIN LUGAR Aguilar Vargas AJ-451-2012	Fue en terna y se nombró a otro funcionario en propiedad peso a que tiene cinco años de ocupar ese puesto en forma interina.	No hay razón de constituionalidad que justifique tener por automáticamente incluida a una persona interina, si ella no se ha interesado en concursar para el cargo. Si no tiene mérito suficiente para ser incluido en la terna, implicaría otorgar una prerrogativa indebida a favor de una persona por su sola condición de interino.
	CON LUGAR	
CON LUGAR Solórzano Martínez Xinia Victoria AJ-038-2012	Le cesan en su nombramiento interino sin seguir por parte del Ministerio de Educación Pública, un procedimiento previo.	Se ordena al Ministerio de Educación Pública anular una Resolución dictada por ellos, debiendo restituirse a la amparada a su puesto.
CON LUGAR Van Der Lucht Leal	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y	Se violentan los derechos fundamentales al

Antonio AJ-043-2012	formación académica.	trabajo y acceso a la función pública.
CON LUGAR Rojas Varela Freddy Antonio AJ-064-2012	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.
CON LUGAR Enríquez Enríquez Juan Gabriel y Prendas Ruiz Olivier AJ-065-2012	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.
CON LUGAR Elizondo Chinchilla Eduardo AJ-116-2012	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.
CON LUGAR García Iterian Manuel AJ-119-2012	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.
CON LUGAR Mc Lean Matamoros Catherine AJ-121-2012	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.
CON LUGAR Ureña Hernández Pablo	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la

AJ-126-2012		función pública.
CON LUGAR (parcialmente) Aguilar Aguilar Adriana Irene. AJ-129-2012	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica. Pidió además respuesta verbal y escrita para revisar el expediente pero fue denegado.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública. Se le debe permitir revisar los exámenes realizados, previa discriminación de la información privada y confidencial que se debe salvaguardar.
CON LUGAR (parcialmente) Arguedas Salazar Grettel AJ-131-2012	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.
CON LUGAR Castrillo Granados Jorge AJ-139-2012	Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.
CON LUGAR Morales Ulate Carlos, Solís Hernández Nuria, Zúñiga Villareal José Rodolfo, Elizondo Cruz Rosibel. AJ-151-2012	Reprobaron las pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.	Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.

<p>CON LUGAR (solo para efectos indemnizatorios)</p> <p>Bonilla Bonilla Wilberth</p> <p>AJ-159-2012</p>	<p>Exclusión de la propuesta de nombramientos docentes.</p>	<p>La administración nombró candidatos con menor calificación que el amparado.</p>
<p>CON LUGAR (parcialmente)</p> <p>Ricardo Harbottle Chinchilla</p> <p>AJ-168-2012</p>	<p>Acción de Inconstitucionalidad artículo 9 inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.</p>	<p>Se ordena subsanar el primer párrafo en lo que respecta a la omisión, con la finalidad de que se establezca los límites al plazo que se debe aplicar la administración para autorizar el reingreso al Servicio Civil de aquellos funcionarios que hayan sido destituidos de algún puesto incluido en el Régimen de Méritos.</p>
<p>CON LUGAR</p> <p>Rosales Ruiz Ademar</p> <p>AJ-171-2012</p>	<p>Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.</p>	<p>Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.</p>
<p>CON LUGAR</p> <p>Cárdenas Flores José Armando</p> <p>AJ-225-2012</p>	<p>Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.</p>	<p>Se violentan los derechos fundamentales al trabajo y acceso a la función pública.</p>
<p>CON LUGAR (parcialmente)</p>	<p>Carrera Docente rectifica su</p>	<p>Se considera que negar el cambio de</p>

<p>Machuca Díaz Grettel</p> <p>AJ-318-2012</p>	<p>especialidad, pues de había dado otra por error.</p> <p>Reprobó pruebas psicométricas sin valorar experiencia y formación académica.</p>	<p>especialidad es una decisión arbitraria o ilegítima, ya que eso le impide participar en concursos. Se rechaza la lesión a los derechos fundamentales con respecto al Ministerio de Educación Pública, pues la modificación en los registros dispuestos por esta Dirección General, deben ser realizados por este órgano.</p>
<p>CON LUGAR (parcialmente)</p> <p>Crespo Campos Cinthya</p> <p>AJ-340-2012</p>	<p>Conservatorio Castella. No han podido ser nombrados en propiedad, por la falta del Manual de Especialidades Docentes (artísticas)</p>	<p>Se otorga un mes para que se haga dicho Manual</p>

*IV– Jurisprudencia del
Tribunal de Servicio Civil*

a) SENTENCIAS DE ELEVACIÓN DE TERNAS AL TRIBUNAL DE SERVICIO CIVIL

<u>RESULTADO</u>	<u>ASUNTO</u>	<u>POSICIÓN DEL TRIBUNAL</u>
<p>Se ordena a la Directora de Cultura del Ministerio de Cultura y Juventud, resolver la terna.</p> <p>AJ-048-2012</p>	<p>Sostenían las autoridades del Ministerio que los candidatos entrevistados carecen de características fundamentales para el puesto.</p>	<p>De aceptar la posición del Ministerio, se estaría admitiendo un procedimiento diferente al establecido por esta Dirección General. No es por medio de una entrevista que el jefe pueda determinar si el candidato tiene capacidad para desarrollarse en el puesto, pues eso solo puede comprobarse en el desempeño efectivo de las funciones, deberes y responsabilidades asignadas.</p>
<p>Se ordena al Director General de la Policía de Control de Drogas del Ministerio de Seguridad Pública resolver la terna.</p> <p>AJ-117-2012</p>	<p>Sostenían que se requiere que los candidatos posean experiencia en las ramas del derecho penal, disciplinario, administrativo y contratación administrativa,</p>	<p>Ese requisito no está estipulado en el Pedimento de Personal ni en el Manual de Clases del Régimen de Servicio Civil. El candidato es idóneo en tanto ha concursado y haber</p>

	además de que se puedan desempeñar en un ambiente propio de una policía especializada, y contar con disponibilidad amplia de horario y traslado.	superado el procedimiento de reclutamiento, ni es correcto devolver la nómina para proteger la permanencia de un servidor interino.
Se ordena al Jefe de la Unidad de Recursos Humanos y Jefe del Departamento de Mercadeo del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal, resolver la terna.	No son suficientes las razones expuestas por las autoridades	Debe escogerse al candidato integrante de la terna.
Se ordena al Director de Edificaciones Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y Transportes resolver la terna.	Fue una nómina ampliada con 16 candidatos, 6 se presentaron y aceptaron escogiéndose al sexto.	El ministro tiene la potestad de escoger al nuevo empleado entre los tres primeros, pero la persona escogida no aceptó el nombramiento. Debe por ende escoger a uno de los candidatos que asistieron a la entrevista.
Se ordena al Director General de la Policía de Control de Drogas del Ministerio de Seguridad Pública resolver la terna. AJ-178-2012	Sostenían que ninguno de los candidatos tenían experiencia en la elaboración y control de presupuestos, contratación administrativa y control y manejo de	Ese requisito no está estipulado en el Pedimento de Personal. No solo en la entrevista se puede determinar si el funcionario servirá, y para ello está el período de prueba.

	bienes e inventarios así como conocimiento y uso de la caja chica. Que los candidatos aceptaron el puesto para no ser excluidos del registro de elegibles.	Ya superó el procedimiento de reclutamiento y selección de personal. No es correcto el devolver la terna para proteger la permanencia de un funcionario interino.
--	--	---

b) SENTENCIAS DE RECLAMOS ADMINISTRATIVOS DEL TRIBUNAL DE SERVICIO CIVIL

<u>RESULTADO</u>	<u>ASUNTO</u>	<u>POSICIÓN DEL TRIBUNAL</u>
SIN LUGAR Bolaños Ramírez Mario AJ-086-2012	Clasificación de su puesto.	Se mantiene la clasificación dada por la Dirección General de Servicio Civil y por ende se rechaza la reasignación solicitada.
SIN LUGAR Castro Montes Adriana AJ-096-2012	Clasificación de su puesto.	Se mantiene la clasificación dada por la Dirección General de Servicio Civil y por ende se rechaza la reasignación solicitada.
SIN LUGAR Calvo Coto Carlos AJ-120-2012	Clasificación de su puesto.	Se mantiene la clasificación dada por la Dirección General de Servicio Civil y por ende se rechaza la reasignación solicitada.