Dirección General de Servicio Civil

"Contribuyendo a la Gobernabilidad Democrática de Costa Rica desde 1953"

Revista Jurisprudencia

Área de Asesoría Jurídica

I SEMESTRE 2016

REVISTA DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Número 30 I Semestre enero del 2016 a junio del 2016

ASESORÍA JURÍDICA

Director:

Lic. Roberto Piedra Láscarez

Profesionales:

Lic. Richard Fallas Arias

Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Granados Soto

Lic. Alvaro Garita Zuñiga

Lic. Marlon Barrelier Pérez

Licda. Karol Ramírez Brenes

Personal de Apoyo:

Sra. Alexandra María Rodriguez Ríos. Secretaria

Sr. Jorge Vargas Quirós. Notificador

Levantado de Texto: Sra. Alexandra María Rodriguez Ríos.

INDICE	PAGINA
I. Índice	3
II. Presentación	6
III. Criterios Jurídicos	7
ARTICULO 11 DEL ESTATUTO DE SERVICIO CIVIL • AJ-101-2016	8
ASCENSO • AJ-122-2016	9
• AJ-239-2016	12
DEDICACIÓN EXCLUSIVA • AJ-017-2016	14
• AJ-130-2016	16
• AJ-214-2016	22
• AJ-265-2016	26
• AJ-293-2016	31
EXCLUSIÓN DE CARGOS RESC: • AJ-131-2016 SENASA	34
EXPERIENCIA LABORAL • AJ-303-2016	39
• AJ-333-2016	42
FUNCIONES: • AJ-093-2016	47
Incorporación y pago de Colegiaturas: • AJ-039-2016	51
• AJ-049-2016	54
Instituciones cubiertas por el Régimen: • AJ-025-2016 Tribunal Administrativo de Transportes	56
• AJ-180-2016 INCOOPESCA	59
• AJ-198-2016 Dirección Nacional de Bienestar Social	61
LICENCIAS: • AJ-123-2016 POR MATERNIDAD	63
• AJ-141-2016 sin goce de salarios	67
• AJ-170-2016 servidor propietario en dos instituciones públicas	70
PATROCINIO LETRADO: • AJ-090-2016	76
PERMISOS: • AJ-073-2016	77
• AJ-100-2016	79

• AJ-128-2016 Funcionario DGSC labora como docente	85
PROHIBICIÓN: • AJ-038-2016	91
• AJ-076-2016	94
• AJ-118-2016	97
• AJ-189-2016	101
• AJ-222-2016	103
• AJ-227-2016	105
• AJ-256-2016	110
• AJ-278-2016	142
Pronunciamientos de la PGR: • AJ-037-2016	144
RAOS Ministerio de Educación Pública: • AJ-021-2016	147
REASIGNACIONES • AJ-212-2016 Título IV a Título I	151
• AJ-263-2016	153
RENUNCIA DE INTERINO Y PREAVISO: • AJ-117-2016	157
SUBSIDIO POR MATERNIDAD: • AJ-200-2016	160
• AJ-270-2016	163
TIEMPO EXTRAORDINARIO: • AJ-089-2016	166
• AJ-276-2016	168
Traslado y Reubicación • AJ-071-2016	173
• AJ-102-2016	177
Vacaciones • AJ-028-2016	186
• AJ-347-2016	189
• AJ-383-2016	193
IV. Jurisprudencia de la Sala Constitucional.	
• Recursos de Amparo Fallados en el I semestre del año 2016.	196

- I -
Presentación

PRESENTACIÓN

El documento que damos a conocer como Jurisprudencia Administrativa, es la recopilación de los criterios jurídicos emitidos por esta Asesoría Jurídica durante el primer semestre del 2016, los cuales ponemos a disposición de las instituciones administrativas que lo requieran, con el fin de que les coadyuve en las necesidades de la aplicación de la normativa del Régimen del Servicio Civil para la toma de sus decisiones.

Lic. Roberto Piedra Láscarez
DIRECTOR a.i. DE LA ASESORÍA JURÍDICA

- II –

Criterios Jurídicos

AJ-101-2016
19 de febrero de 2016

Asunto: Consulta sobre aplicación de artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil

Ref: Escrito del 18 de febrero de 2016

Señora
Lisseth Ramírez Jiménez
Cédula 1-607-660
lramirez@seguridadpublica.go.cr

Estimada señora:

A continuación se atiende el escrito del 18 de febrero de 2016, recibido el día 19 del mismo mes, mediante el cual, consulta sobre el artículo 11 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, modificado por el Decreto Ejecutivo número 39066-MP.

Al respecto, se le indica que esta Asesoría Jurídica ha emitido los oficios números AJ-347-2015 del 24 de julio de 2015, AJ-349-2015 del 27 de julio de 2015, AJ-528-2015 del 20 de octubre de 2015 y AJ-529-2015 del 20 de octubre de 2015, que se adjuntan a la presente y donde se estima que se encuentra suficientemente resuelta su consulta, donde se podrá apreciar la posición de este centro de trabajo. Adicionalmente, también se adjunta el procedimiento DGSC-GRH-GE-001-2015 emitido por el Área de Gestión de Recursos Humanos, donde se regula el funcionamiento operativo de dicha norma.

De la documentación aportada con su escrito, no se observa algún proceder desajustado del bloque de legalidad y de las directrices técnicas emanadas por la Dirección General de Servicio Civil, por parte de la Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos (OGEREH) para ejecutar los procedimientos que les corresponden.

Atentamente,

Original Firmado [Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
Director Asesoría Jurídica

RPL/AMRR

AJ-122-2016
25 de febrero del 2016

Asunto: Consulta sobre ascensos en propiedad.

Ref: Correo electrónico de fecha 16 de febrero de 2016.

Ph. D.
Javier Madrigal Bermúdez
Javier.madrigal.bermudez@mep.go.cr
madrijavier@gmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su atento correo electrónico de fecha 16 de febrero del año en curso, por medio del cual remite consulta a este despacho, en relación, fundamentalmente, con dos interrogantes que se transcriben a continuación:

1) *"…Luego de obtener un ascenso en propiedad, es obligatorio que **permanezca laborando durante seis meses específicamente en el puesto obtenido, para posteriormente poder optar por un nuevo ascenso**, o en realidad esa cantidad de meses se refiere al lapso o el período **que debe transcurrir entre un trámite de ascenso en propiedad y el siguiente.***
2) *Una vez obtenido el **ascenso en propiedad**, puedo aceptar **un nombramiento en otra clase de puesto, en calidad de ascenso interino** y después de transcurridos seis meses o más, solicitar un nuevo ascenso en propiedad…"* (Lo destacado en negrita y con el subrayado es del original)

Sobre el particular nos permitimos aclarar al consultante, que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos que se presentan en el ámbito particular, cuya resolución es competencia exclusiva de las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos respectiva, cuyos funcionarios, usualmente, tienen acceso a los expedientes personales y a las condiciones específicas de cada puesto o vacante que se pretenda ocupar en la búsqueda de la prestación del servicio público; razón suficiente por la cual los criterios vertidos a través de este despacho se orientan desde una perspectiva general, considerando

los fundamentos normativos y jurisprudenciales existentes, según sea el caso, que le pudieran ser aplicables a la situación en estudio, permitiéndole así a la persona que consulta, encontrar la respuesta más adecuada a sus interrogantes.

Volviendo al objeto central de la consulta planteada, y bajo el supuesto de que las vacantes ocupadas por el señor Madrigal Bermúdez se refieren a puestos cubiertos por el Título I del Estatuto de Servicio Civil, hemos de decir que los temas traídos a colación en su misiva, se encuentran normados en el ámbito del régimen de empleo público estatutario, mediante los artículos 33 del Estatuto de Servicio Civil y 20 de su reglamento, disposiciones que al intentar regular y promover la "carrera administrativa", señalan en el orden usual y en lo que interesa, lo siguiente:

> *"…Artículo 33.-Las promociones de un grado al inmediato superior las podrán hacer los Jefes tomando en cuenta en primer término las calificaciones periódicas de sus empleados; en segundo, la antigüedad y cualesquiera otros factores, siempre que a juicio de la Dirección General de Servicio Civil, los candidatos a la promoción llenen los requisitos de la clase a que van a ser promovidos.*
>
> *"…Artículo 20.- Los ascensos de una clase a la inmediata superior en la misma u otra serie, los podrán hacer los jefes, según las vías de carrera administrativa que al efecto dicte la Dirección General, tomando en cuenta, en primer término, la eficiencia de sus empleados, evidenciada por las calificaciones periódicas de sus servicios, y en segundo, la antigüedad y cualesquiera otros factores, siempre que, a juicio de la Dirección General, los candidatos a la promoción llenen los requisitos de la clase a que van a ser ascendidos, así como las demás condiciones previstas en el artículo 9° de este Reglamento.*
>
> *Se establecen las siguientes excepciones:*
>
> *a) No podrá acordarse ningún ascenso para el servidor que no haya cumplido el período de prueba;*
>
> *b) Sólo podrá acordarse un nuevo ascenso para el mismo servidor después de transcurrido, a partir de la fecha del anterior plazo mínimo de seis meses.*
>
> *Queda a salvo el derecho del servidor para ser nombrado en un puesto de grado superior mediante concurso externo.*
>
> *c) No podrá acordarse ningún ascenso para el servidor que se encuentre disfrutando de algún tipo de licencia…"*

De la norma supra transcrita se colige, con meridiana claridad, que, efectivamente, la excepción a que hace referencia el inciso b) del artículo 20 de la norma reglamentaria citada, corresponde al plazo o período de tiempo que debe transcurrir

entre un ascenso en propiedad debidamente otorgado y la solicitud de un movimiento de personal idéntico, es decir, un nuevo ascenso en calidad de propietario.

Ahora bien, y siempre en la misma línea de su consulta, la norma de comentario no establece, taxativamente, la prohibición para que un funcionario que ha sido promovido a un puesto de nivel salarial superior, pueda, eventualmente y con posterioridad a su nombramiento, aceptar un nuevo ascenso en calidad de interino. No obstante, y en el supuesto de que dicho funcionario desee aspirar nuevamente a un ascenso, esta vez como propietario de un nuevo puesto que se le ofrece, deberá, necesariamente, observar y acatar lo dispuesto en el aparte b) del numeral 20 antes mencionado, (respondiendo específicamente a su duda), sin perjuicio de lo regulado en los incisos a) y c) del mismo ordinal.

No omitimos manifestar que, en la aplicación de las regulaciones arriba indicadas, son las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos, las instancias técnicas competentes, por las razones ya expuestas, para analizar, exhaustivamente y de forma individualizada, cada caso concreto que le son sometidas a su escrutinio en este campo, de manera que podrá el consultante someter su caso particular ante la dependencia que corresponda en su institución, con el propósito de encontrar una solución adecuada a la situación que esboza en su misiva. Sobra recordar, que tales oficinas son en la materia técnica del empleo público estatutario, auxiliares de la Dirección General de Servicio Civil, muchas de las cuales han sido, incluso, facultadas para el cumplimiento de diversos procedimientos permitidos por ley.

Como corolario de lo apuntado con antelación, hemos de decir que, si bien es cierto las disposiciones señaladas se orientan, en el fondo, a la promoción de la carrera administrativa de los funcionarios cubiertos por el Régimen Estatutario, también es cierto, en criterio de esta Asesoría Jurídica, que tal posibilidad no puede estar por encima del interés público o general; de tal forma que, cualquier tipo de movimiento de personal permitido por la normativa vigente y aplicable, debe realizarse desde la óptica o prevalencia de las necesidades o requerimientos institucionales, en la búsqueda de calidad en la prestación del servicio público.

Sin otro particular, suscribe,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias
Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

AJ-239-2016
22 de abril del 2016

Asunto: Alcance del artículo 20 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Ref: Oficio número JMB-003-2016 de fecha 09 de abril de 2016, remitido mediante correo electrónico del día 12 del mismo mes y año.

Ph. D.
Javier Madrigal Bermúdez
Correo electrónico: Javier.madrigal.bermudez@mep.go.cr

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su atento oficio número JMB-003-2016, de fecha 09 de abril del año en curso, remitido a este centro de trabajo mediante correo electrónico del día 12, correspondiente al mismo mes y año, mediante el cual se consulta sobre los alcances del artículo 20 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, relacionado, específicamente, con el siguiente texto de la norma de comentario:

> *"…b) Solo podrá acordarse un nuevo ascenso para el mismo servidor* ***después de transcurrido, a partir de la fecha del anterior plazo mínimo de seis meses"***

Con base en el texto normativo arriba indicado, el consultante formula la siguiente interrogante:

> *"…La norma supra citada, estipula o establece* ***que sea indispensable*** *que un funcionario deba cumplir esos seis meses como servidor regular* ***en el puesto al cual fue promovido, para poder optar por un nuevo ascenso…"***

Con respecto al objeto central de su consulta, hemos de indicar, que el mismo fue abordado en el oficio AJ-122-2016, fechado 25 de febrero del presente año, (remitido a su persona), con el cual se dio respuesta a sus inquietudes, (incluida la que se consigna en su segunda misiva); por lo que esta Asesoría Jurídica considera, que el criterio jurídico vertido en dicha oportunidad, resulta suficiente y conforme a las competencias[1] legales de este despacho, y al principio de legalidad regulado en el artículo 11 de la Carta Magna y su homónimo de la Ley General de la Administración Pública.

Sin otro particular, suscribe,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

[1] Artículo 7, Nivel Asesor, inciso a) del Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo número 35573-MP del 16 de setiembre de 2009.

AJ-017-2016
13 de enero de 2016.

Asunto: Consulta sobre plazo de Contrato de Dedicación Exclusiva.

Ref.: MADC-EXT-002-2016 del 5 de enero del 2016.

Licenciada
Susana Cascante Díaz
Sub Directora
Museo Arte y Diseño Contemporáneo

Estimada señora:

Se atiende su consulta remitida a esta Asesoría Jurídica mediante oficio número MADC-EXT-002-2016 fechada al 5 de enero de 2016, recibida vía fax en misma fecha, mediante el cual expone la siguiente interrogante:

> *"Dicho funcionario, tiene 16 años de laborar para esta institución, tiene el contrato de dedicación exclusiva "abierto", ya que se encuentra en propiedad, con un 55%, hace unos días se le realizó una reclasificación al puesto y le cambiaron al régimen al artístico. (sic)*
>
> *Mi consulta va elevada en cómo se maneja el contrato de dedicación exclusiva, ya que se supone que para el régimen artístico no se reconoce dicho plus…"*

Sobre el particular, conviene aclarar que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a casos concretos que le son sometidos a su escrutinio técnico, por cuanto los mismos son resorte exclusivo de la Administración Activa, quien deberá resolver lo procedente, a la luz del análisis general que desde el ámbito estrictamente normativo y jurisprudencial 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.

Pese a lo anterior a manera de colaboración se le remite copia de los oficios AJ-610-2015 del 2 de diciembre de 2015, y el oficio AJ-331-2014 de fecha 19 de mayo del 2014, en relación al tema consultado.

Finalmente, reiteramos que por ser este un asunto de resorte netamente interno, se insta para que sea la Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura y Juventud la que analice los supuestos expuestos de manera puntual y emita el respectivo criterio.

Atentamente,

Original Firmado [Lic. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

Anexo: Oficios **AJ 331-2014** y **AJ-610-2015**

ABR/AMRR

AJ-130-2016
03 de marzo del 2016

Asunto: Consulta sobre Pago de la dedicación exclusiva y reconocimiento de anualidades.

Ref.: Consulta vía fax recibido el día 26 de febrero del 2016.

Señora
Nuria Chavarría Mora.
nuriachavarriamora@gmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, me refiero a continuación a su fax recibido el día 26 de febrero del 2016, mediante el cual, plantea la siguiente consulta:

"Por este medio quisiera que me aclaran (SIC) unas inquietudes con respecto al proceder del pago de la dedicación exclusiva y reconocimiento de anualidades.

Actualmente me encuentre (SIC) cubriendo una licencia por maternidad, en un puesto de Profesional 1 A, del Servicio Civil, en una institución del estado.

Ingreso 4/1/2016. Hasta 11/4/2016.

- *El 5 de enero presento la solicitud para el reconocimiento de las anualidades, después me piden que haga una corrección y toman la última fecha del documento entonces, el departamento de Recursos Humanos emite una resolución del reconocimiento de las mismas hasta el 11 de enero, es entonces a partir de esa fecha que me reconocen las anualidades, es correcto esto, se supone que simplemente estoy pasando de una institución a otra hay continuidad laboral.*
- *El 6 de enero solicito a mi jefe inmediato Jorge Sánchez, Jefe de la Proveeduría el reconocimiento de la dedicación exclusiva, del 20%, Bachillerato en Contaduría atinente al puesto (Oficio adjunto).*
  Cuando consulto al departamento de Recursos Humanos, por el contrato me dicen hace falta un oficio de mi jefe (pero a él no se lo habían

comunicado) él lo elabora se lo reciben el 1 febrero, y ahí ellos tienen que elaborar el contrato, pero hasta el final se firma este contrato el 10/2/2016. Pero en el contrato ponen que rige a partir del momento que se firma, pero si todos los atrasos son de parte del Dep.de Recursos Humanos, es correcto que al final yo tenga que aceptar que me empiecen a pagar la dedicación exclusiva a partir del 10/02/2016. Si yo estoy en el puesto desde el 4/1/2016.

Esta institución hasta ahora se está acogiendo al Servicio Civil.

Agradeciendo la atención que se le de mis consultas, si se pueden contestar mis consultas por correo sería preferible se despide…"

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. 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.

Ahora bien, y siempre sobre el tema principal de su consulta **con relación al reconocimiento de la dedicación exclusiva**, del 20%, Bachillerato en Contaduría, atinente al puesto, hemos de indicarle, que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en otras oportunidades, mediante los oficios AJ-490-2009 del 7 de setiembre de 2009, AJ-628-2009 del 9 de noviembre de 2009, AJ-105-2010 del 9 de febrero de 2010, AJ-578-2011 del 9 de agosto de 2011 y AJ-369-2012 del 30 de mayo de 2012, entre otros. En los criterios emitidos desde entonces, se ha mantenido un análisis congruente con lo que establece la normativa estatutaria al respecto, por lo que al día de hoy, tienen plena vigencia en cuanto a sus efectos y alcance.

En los términos supra citados, ha dicho esta Asesoría Jurídica en relación con el tema que nos ocupa lo siguiente:

"…se presenta la interrogante en relación con la determinación del plazo en los contratos de dedicación exclusiva En este sentido, la Resolución DG-254-2009, resuelve en forma clara esta situación al señalar, en lo que interesa, lo siguiente:

*"…**Artículo 2.-** La Dedicación Exclusiva bajo el Régimen de Servicio Civil, por su carácter contractual, requiere que sea pactada por un plazo determinado (…) El Régimen de Dedicación Exclusiva*

permite una retribución económica a favor del servidor, convenida y en acuerdo con la Administración, por lo que ésta deberá procurar que se cuente con la disponibilidad presupuestaria que le da sustento, por el plazo expresamente previsto dentro del contrato o prórroga respectiva. (Lo subrayado no corresponde al original)

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

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

Ambas partes serán las responsables de vigilar el término de los contratos suscritos y previo a su vencimiento, la Oficina de Recursos Humanos deberá efectuar la comprobación de que persisten las causas que motivaron a la Administración a la contratación exclusiva de la profesión comprometida en ese acto y si dicha condición se mantiene, así como el interés de que el ocupante continúe afecto al Régimen de Dedicación Exclusiva, deberá tramitar la prórroga del mismo estableciendo un nuevo plazo, o en su defecto, una vez vencido el término, efectuar el trámite correspondiente para eliminar el porcentaje por dicho concepto, o bien, la firma de un nuevo contrato, (…)

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

Los numerales supra transcritos, evidencian la clara intencionalidad de que los contratos, addendum o cualquier tipo de prórroga que se suscriba para estos efectos, se realice por un plazo determinado o fijo, de manera que la Administración pueda no sólo planificar los recursos presupuestarios que le permita hacerle frente a dicha obligación, sino que además posibilite, una vez vencido el término del contrato, revisar las condiciones originales que le dieron origen, y constatar de esta forma, sí aún prevalecen, y justifican la suscripción de un nuevo acuerdo, en aras del interés público.[2]

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

> *Note la consultante que la norma menciona un plazo determinado pero en forma genérica, con lo cual se deja claro que en cada situación o caso particular, la propia institución responsable, a través de la dependencia técnica correspondiente, deberá analizar las condiciones por medio de las cuales fue nombrado el servidor, a fin de que el contrato de dedicación exclusiva, addendum o prórroga, según se trate, se ajusten, (por su condición de accesorio), a los requerimientos de la relación de servicio, pactada entre el funcionario y la Administración…"* (Oficio AJ-490-2009 del 7/9/2009)

En igual sentido, este Despacho ha indicado en otro de sus pronunciamientos que:

> *"…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).*
>
> *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 contrato[3]…"* [4] (Oficio AJ-369-2012, del 30/05/2012)

Los anteriores textos son contestes con la posición asumida históricamente por este centro de trabajo sobre el tema traído a estudio a través de su misiva, y que consideramos, responde adecuadamente a su interrogante, en conclusión a esta parte de su consulta el contrato ***tiene vigencia a partir del día en que es aceptado y firmado por las partes y durante el plazo pactado.***

Ahora bien, **para el reconocimiento de la anualidades,** en relación con su consulta, nos permitimos indicarle que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en

[3] Artículo 6 de la Resolución de ya repetida cita.
[4] La numeración que aparecen en las citas de pie de página anteriores, correspondientes a los textos transcritos, no corresponden a las de los documentos fuente, debido a que al momento de la transcripción, el procesador de texto asigna una nueva numeración.

reiteradas ocasiones[5] sobre el tema del reconocimiento de anualidades dentro del Régimen Estatutario, criterios que pueden ser revisados por la consultante, si así lo considera conveniente, en el Centro de Documentación Institucional de esta Dirección General, a efectos de que puedan ser utilizados como insumos en la resolución de la situación planteada supra.

No obstante lo anterior, conviene hacer de conocimiento de quien consulta, (debido a la pertinencia con el asunto en estudio), algunos aspectos considerados centrales, los cuales fueron enunciados por esta Asesoría Jurídica en el Oficio AJ-176-2009 fechado 2 de abril de 2009, al señalar que:

> "…*Como puede extraerse de las normas, es de fundamental interés conocer la naturaleza jurídica de las instituciones a modo de situar las mismas dentro del Sector Público y/ o bien excluirlas de este, a fin de designar los parámetros para el beneficio del reconocimiento de los años de servicio prestados, a los servidores de las instituciones que se encuentran dentro de este ámbito.*
>
> *Sobre este tema ha emitido criterio la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia diciendo:*
>
> *" El reconocimiento de la antigüedad en el sector público, para efectos del pago de aumentos anuales por los servicios prestados en cualquiera de sus instituciones, estén o no cubiertas por regímenes de naturaleza no estatutaria, encuentran fundamento en los artículos 4 y 12, inciso d), de la Ley de Salarios de la Administración Pública, reformados por la Ley Nº 6835, de 22 de diciembre de 1992.(…) Según se ha entendido estás disposiciones vienen a ser una culminación de la aplicación en la Administración Pública de la teoría " del Estado PATRONO ÚNICO"(…)* [6]

> *Y manifiestan además:*
>
> *"La ley de Salarios de la Administración Pública, Nº 2166, promulgada el 9 de octubre de 1957, con el propósito de uniformar la materia salarial en el Sector Público, reconoció, en su artículo 5, el derecho a disfrutar, por cada año laborado, de un paso o aumento, hasta un total*

[5] *Véase al respecto, entre otros, los siguientes oficios: AJ-700-2009, AJ-518-2010, AJ-303-2010, AJ-119-2010, AJ-086-2010, AJ-319-2011 y AJ-344-2011, de fechas 2/12/2009, 14/7/2010, 10/5/2010, 10/2/2010, 2/2/2010, 21/3/2011 y 12/3/2011, en el orden usual.*
[6] *Sala Segunda, Corte Suprema de Justicia. Resolución 181 de las 10:10 horas del 02 de octubre de 1991.*

de treinta, de conformidad con la escala de sueldos fijada en el numeral 4. Este derecho a las anualidades se previó, exclusivamente, a favor de todas las personas que ostente la condición de servidores públicos, sin que resulte trascendente para tener o no la obligación de otorgarlo, el carácter temporal o permanente de la relación estatutaria de servicio (…)"[7]

Dicha peculiaridad ya ha sido estudiada en anteriores ocasiones por esta Asesoría Jurídica, la cual indicó en su oficio AJ-216-2003 que:

"…De lo indicado se establece claramente el reconocimiento de la antigüedad a los servidores que laboran para el sector público -sea el Estado y sus instituciones- independientemente de si se trata de instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil o no (…) lo fundamental para determinar si procede el pago de aumentos anuales, es establecer si la institución es parte del Sector Público y para ello, debe examinarse la naturaleza jurídica de las instituciones mencionadas en la consulta…"

Así las cosas, considera este centro de trabajo, que el Departamento o Dirección Jurídica de su representada, es la instancia técnica competente para determinar la procedencia o no, en el eventual reconocimiento de anualidades por el tiempo laborado, es la Institución para la cual labora actualmente, a la luz de los argumentos y consideraciones normativas tantas veces expuestas por esta Asesoría Jurídica, la propia Procuraduría General de la República y diversos Tribunales de la República.

Sin más acotaciones que agregar, se emite así el criterio solicitado, en espera de haber aclarado en forma suficiente,

Atentamente,

Original firmado {Licenciado Álvaro Garita Zúñiga

Lic. Álvaro Garita Zúñiga.
Asesoría Jurídica

AGZ/AMRR

[7] *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 194 de las 15:10 horas de 25 de abril de 2002*

AJ-214-2016
15 de abril de 2016

Asunto: Consulta sobre pago de dedicación exclusiva.

Ref.: Correo electrónico de fecha 12 de abril 2016.

Señora
Yuliana Castro Herrera
yulianacastroherrera@gmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a su consulta, efectuada por medio del escrito de fecha 04 de febrero de 2016, recibida el día 7 de marzo del mismo año, mediante el cual solicitó criterio jurídico respecto al siguiente tema :

"***Actualmente trabajo en el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad y fui contratada por emergencia(contrato temporal por 06 meses hasta el 07 de setiembre) como profesional 1 A (Clase de puesto profesional de Servicio Civil 1ª), la clase del puesto corresponde a grado de bachillerato, sin embargo yo poseo grado académico de licenciatura***

En principio se indicó que el pago de dedicación exclusiva regiría con base a un 55% sobre el salario base, sin embargo, posterior a la contratación me señalaron que sería de un 20% dado que el requisito del puesto es ser bachiller.

No obstante leyendo el reglamento, el artículo 05 inciso B señala que se pagará un "55%, a aquellos otros que ostentando el grado académico de licenciatura. Ocupen un puesto para el que se requiere como mínimo el grado académico de bachillerato universitario y además cumplen los literales c) . d) e), f) y g) del artículo señalado anteriormente
Ante esto la oficina de Recursos Humanos interpreta que no corresponde el pago del 55% por motivo del inciso de dicta "d. Que la naturaleza del trabajo en que se desempeñen los servidores, esté acorde con la especialidad o énfasis del grado universitario ostentado

Esto me genera dudas, porque conozco profesionales contratados por el servicio civil que teniendo grado de licenciatura y ocupando puesto de bachiller les pagan el 55% por concepto de dedicación exclusiva
Además yo interpreto que "naturaleza del trabajo" no corresponde a la "clase de puesto profesional" (bachiller) sino más bien a la profesión, es decir, si yo fuera bachiller en Trabajo Social no esperaría que me paguen el 55% de dedicación exclusiva por tener licenciatura en contabilidad, sabiendo que mi empleo se relaciona únicamente con profesionales atinentes a Trabajo Social y/o Ciencias Sociales.
Muchas gracias por su atención, les agradezco que me ayuden a identificar si me corresponde el pago del 20% o 55% por concepto de dedicación exclusiva.
"

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. 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.

Debe hacerse hincapié que la creación del Consejo Nacional de personas con discapacidad de conformidad con el artículo 1 de la supra indicada Ley N° 9303, queda establecido con toda claridad la naturaleza jurídica del CONAPDIS como órgano de desconcentración máxima y personalidad jurídica instrumental, está adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), por lo que, a todas luces, y según criterio de esta Dirección General, lo incorpora, en tanto mandato legal, al Poder Ejecutivo, junto a las demás instituciones y órganos públicos cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, amparados a la Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953, las diversas reformas posteriores y su reglamento.

Ahora bien, y siempre sobre el tema principal de su consulta **con relación al reconocimiento de la dedicación exclusiva**, atinente al puesto, hemos de indicarle, que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en otras oportunidades, mediante los oficios AJ-490-2009 del 7 de setiembre de 2009, AJ-628-2009 del 9 de noviembre de 2009, AJ-105-2010 del 9 de febrero de 2010, AJ-578-2011 del 9 de agosto de 2011 y AJ-369-2012 del 30 de mayo de 2012, entre otros. Así mismo la resolución DG-254-2009 con relación para la aplicación del Régimen de Dedicación Exclusiva. En los criterios emitidos desde entonces, se ha mantenido un análisis congruente con lo que establece la normativa estatutaria al respecto, por lo que al día de hoy, tienen plena vigencia en cuanto a sus efectos y alcance.

En los términos supra citados, ha dicho esta Asesoría Jurídica en relación con el tema que nos ocupa lo siguiente:

*"…**Artículo 2.-** La Dedicación Exclusiva bajo el Régimen de Servicio Civil, por su carácter contractual, requiere que sea pactada por un plazo determinado (…) El Régimen de Dedicación Exclusiva permite una retribución económica a favor del servidor, convenida y en acuerdo con la Administración, por lo que ésta deberá procurar que se cuente con la disponibilidad presupuestaria que le da sustento, por el plazo expresamente previsto dentro del contrato o prórroga respectiva. (Lo subrayado no corresponde al original)*

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

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

Ambas partes serán las responsables de vigilar el término de los contratos suscritos y previo a su vencimiento, la Oficina de Recursos Humanos deberá efectuar la comprobación de que persisten las causas que motivaron a la Administración a la contratación exclusiva de la profesión comprometida en ese acto y si dicha condición se mantiene, así como el interés de que el ocupante continúe afecto al Régimen de Dedicación Exclusiva, deberá tramitar la prórroga del mismo estableciendo un nuevo plazo, o en su defecto, una vez vencido el término, efectuar el trámite correspondiente para eliminar el porcentaje por dicho concepto, o bien, la firma de un nuevo contrato, (…)

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

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

Se le hace saber al consultante que al tratarse de casos particulares que no le corresponden a esta Dirección, y por tratarse de instancias asesoras y ante la

cantidad de criterios emitidos, la decisión para resolver el caso en concreto, es un asunto de resorte interno del respectivo Instituto, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos, d), y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública.

De lo anterior concluimos que en el caso en concreto le corresponde al Jerarca de la Institución dar respuesta a sus interrogantes planteadas ante este despacho.

Atentamente,

Original firmado {Lic. Álvaro Garita Zúñiga

Lic. Álvaro Garita Zúñiga.
Asesoría Jurídica

AGZ/AMRR

AJ-265-2016
4 de mayo del 2016

Asunto: Consulta sobre las excepciones contempladas en los regímenes de dedicación exclusiva y prohibición.

Ref: Correo electrónico de fecha 21 de abril de 2016.

Máster
Karla Vásquez Quesada
Unidad de Planificación Institucional
Área de Desarrollo Estratégico

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su correo electrónico del día 21 de abril del año en curso, por medio del cual remite consulta a este centro de trabajo, en relación con el tema de las excepciones contempladas dentro de los regímenes de dedicación exclusiva y prohibición, particularmente, en lo referente al ejercicio de la docencia y su posible relación con la investigación, de manera que quienes perciban incentivos correspondientes a uno u otro de los regímenes indicados, puedan, eventualmente, liderar procesos investigativos tendentes al mejoramiento de la administración pública.

Al detenernos en el objeto central de su consulta, consideramos conveniente hacer de su conocimiento, que no está dentro de las competencias legales de este despacho el pronunciarse sobre situaciones particulares o específicas como las planteadas, en virtud de que son las oficinas de gestión institucional de recursos humanos las responsables de analizar cada caso concreto, y resolver lo procedente conforme a Derecho. No obstante, en aras de contribuir con la búsqueda de una respuesta adecuada a sus interrogantes, abordaremos el tema desde una óptica

general, trayendo a colación las normas vigentes que le son aplicables, y cualquier otra información adicional que pudiera servir con tal propósito.

Efectivamente, y como usted bien lo señala en su misiva, el marco normativo que regula el régimen de dedicación exclusiva en el ámbito estatutario, es, fundamentalmente, la resolución N° DG-254-2009 de las 13:00 horas del 12 de agosto del 2009; por su parte, la prohibición tiene su génesis en la Ley de Compensación por pago de Prohibición, N° 5867 del 15 de diciembre de 1975[8] y su reglamento, Decreto Ejecutivo N° 22614 del 22 de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 209 del 02 de noviembre de ese mismo año.

De tales normas se puede extraer, con meridiana claridad, que existen algunas excepciones a las limitaciones establecidas en el ejercicio liberal de la profesión, respecto a aquellos funcionarios que perciben las remuneraciones establecidas en las normas de comentario. Así las cosas, y siempre dentro del ámbito estrictamente de su consulta, hemos de decir, que en el caso de la dedicación exclusiva, tales prerrogativas se encuentran consignadas en el numeral 12 de la resolución DG-254-2009, supra citada, que a la letra indica:

> **"..***El servidor que se acoja al Régimen de Dedicación Exclusiva podrá ejercer excepcionalmente su profesión comprometida en el respectivo contrato, en los siguientes casos:*
>
> *a) Cuando se trate del ejercicio de la docencia, en 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…"*

En esta misma línea, pero en el tema de la prohibición, la referida Ley N° 5867 dispone en su artículo 2, en lo que interesa, lo siguiente:

> *"…Aquellos funcionarios a quienes se les otorgue el beneficio indicado anteriormente, no podrán ejercer de manera particular, a excepción de la docencia, actividades relativas al ejercicio de su profesión..."* (El subrayado no pertenece al original)

[8] Se entiende que la compensación económica por concepto de prohibición resulta posible, solo en el tanto exista una ley que prohíba a determinados funcionarios el ejercicio privado o liberal de su profesión, así como una norma de igual rango que autorice , de forma expresa, el pago de dicho incentivo al servidor que ocupa el puesto afecto a dicho régimen.

De forma similar, y como complemento a dicha regla, el ordinal 19 del Decreto Ejecutivo N° 22614, antes mencionado, señala que:

> *"…El servidor que goce del beneficio de la prohibición está facultado para ejercer excepcionalmente su profesión, en los siguientes casos:*
>
> *(…);*
>
> *b) Cuando se trate de impartir cursos de capacitación en instituciones públicas siempre que sean auspiciadas y organizadas por dichas instituciones,…"*

Las mismas excepciones traídas a colación, son recogidas en el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 del 06 de octubre de 2004, y el numeral 28 de su reglamento, emitido el 12 de abril del 2005, mediante Decreto Ejecutivo N° 32333; en circunstancias similares lo deja establecido el artículo 9, numeral 3, y el ordinal 244, ambos de la Reforma Integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 7333 del 05 de mayo de 1993.

Como se podrá percatar la consultante, en las normas citadas con antelación, no se detalla excepción alguna que haga referencia a la investigación propiamente dicha, lo cual podría variar, en la medida que la misma se encuentre contemplada como una actividad o componente propio, inherente, al ejercicio de la docencia, según sea el método de enseñanza seleccionado, o en su defecto, que se pudiera encontrar alguna relación entre ellas desde la órbita de la semántica lingüística, propiamente dicha.

El Diccionario de la Lengua Española[9] define a la "docencia" como la "*práctica y el ejercicio del docente*", quien es, precisamente, aquella persona o individuo "*que enseña*"[10]. Por otra parte, el mismo glosario hace referencia al vocablo "investigación", definiéndolo como la "*acción y efecto de investigar",* entendido este último como el "*indagar para descubrir algo",* es decir, la posibilidad de *"realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia".*

A partir de estos elementos doctrinarios, se podría inferir que ambos términos, considerados en su acepción estrictamente individual, no se constituyen en sinónimos, por lo tanto, al no estar contemplada, taxativamente, la investigación dentro de las excepciones que contemplan los institutos de la dedicación exclusiva y

[9] Tomado de http://dle.rae.es/

[10] Independientemente de las tendencias modernas y .los paradigmas más recientes, que consideran a la enseñanza como un proceso de construcción dialéctico, que supera la tradicional relación docente – alumno de las conocidas clases magistrales.

la prohibición, resultaría apresurado, a juicio de esta Asesoría Jurídica, el considerarla dentro de las mismas, por carecer de respaldo jurídico, según se ha dicho.

Nótese que por más encomiable y de beneficio indiscutible que pueda ser, en apariencia, la actividad que desee realizar en aras del bien común, el funcionario cubierto por el régimen de dedicación exclusiva o prohibición, lo cierto es que se debe, necesariamente, estudiar a fondo las características, condiciones y factores que rodean la misma, de manera que se elimine, completamente, cualquier posibilidad de incurrir en un conflicto de intereses, que pudiera, eventualmente, acarrear consecuencias de orden administrativo para quien la realice. Esta posición ha sido sostenida por la propia Procuraduría General de la República, que en su dictamen C-179-2007 de fecha 11 de junio del 2007[11], ha dicho citando pronunciamientos de los tribunales ordinarios de la República, lo siguiente:

> *"…El desempeño de los cargos públicos conlleva el cumplimiento de diversos principios éticos que obligan al funcionario a abstenerse de realizar conductas que pueden resultar perjudiciales al interés público, independientemente de que se encuentren cubiertos por el régimen de prohibición.*
>
> *(…);*
>
> *"Así las cosas, si el funcionario está llamado a actuar con rectitud en todo momento, así como a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, frente a la cual debe guardar una absoluta lealtad y transparencia, sus ocupaciones profesionales a nivel privado, aún cuando las desempeñe fuera de horas de trabajo, no pueden entrañar una situación incompatible en relación con los asuntos que se atienden en la institución, ni tampoco pueden ser obtenidas o desarrolladas prevaleciéndose indebidamente de las potestades y de la posición que le confiere el cargo público que ocupa.*
> *Valga mencionar que el dictamen de esta Procuraduría General N° C-245-2005 de fecha 4 de julio del 2005 señaló ciertas consideraciones generales sobre el tema, que resulta pertinente retomarlas como sigue:*
>
> *"La Sala Constitucional se ha referido a la necesidad de establecer disposiciones que tiendan a evitar los conflictos de interés en la Administración, ya que ello afecta el funcionamiento administrativo y los principios éticos en que debe fundarse la gestión administrativa: "Al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir al menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad de los*

[11] Oficio AJ-227-2016 del 20 de abril del 2016.

funcionarios, del principio-deber de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública.…

"En primer lugar, el ejercicio de la función pública está regentada por un conjunto de valores, principios y normas de un alto contenido ético y moral, con el propósito de garantizar la imparcialidad, la objetividad (véanse, entre otros, los votos números 1749-2001 y 5549-99 del Tribunal Constitucional, los cuales, aunque referidos a las incompatibilidades, tienen un alcance general), la independencia y evitar el nepotismo en el ejercicio de la función pública. Desde esta perspectiva, se busca "(…) dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal." (Véase el voto n.° 3932-95). En esta materia, evidentemente, el interés público prevalece sobre el interés particular (véanse el voto n.° 5549-95)."

Bajo este orden de ideas, es necesario indicar que la imparcialidad que debe regir la actuación de todo funcionario público, constituye un principio constitucional de la función pública, que es fundamental para lograr la satisfacción de las necesidades públicas a través de conductas objetivas que permitan la prestación del servicio de manera eficaz y continua para la colectividad. .." (Dictamen C-391-2006 del 4 de octubre del 2006, el subrayado no es del original.)…"

Conviene hacer hincapié en que, como ya se dijo, son las oficinas de gestión institucional de recursos humanos, las encargadas, responsables, de analizar cada caso en particular que presenten sus funcionarios, de forma tal, que del estudio de los diferentes expedientes que pueda resultar, se tome la decisión correcta a la luz de las disposiciones normativas y jurisprudenciales vigentes invocadas.

Con estos argumentos finales, damos por evacuada su consulta.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

AJ-293-2016
17 de mayo de 2016

Asunto: Solicitud de aclaración de la Resolución DG-254-2009

Ref: Oficio número AU-O-72-2016 del 05 de mayo del 2016.

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

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su oficio número AU-O-72-2016 del 5 de mayo del presente año, por medio del cual solicita interpretación del Artículo 4. Inciso b) de la Resolución DG-254-2009 dictada por esta Dirección General el 12 de agosto de 2009.

Sobre el particular, se le indica que en relación al artículo 4 inciso b) de la resolución de supra cita, al que hace referencia su consulta, esta menciona:

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

Aunado a lo anterior, conviene transcribir el artículo 5. de la misma normativa que cita:

> ***"PROCEDIMIENTO PARA ACOGERSE AL RÉGIMEN DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA"***
>
> ***Artículo 5.-*** *El servidor que desee acogerse al Régimen de Dedicación Exclusiva y que cumpla con lo que señala el artículo 4° de esta*

Resolución, deberá solicitarlo por escrito a la correspondiente Oficina de Recursos Humanos, quien comprobará el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho numeral y tramitará la suscripción del contrato entre el servidor y la respectiva institución."

Siempre ha sido un mandato expreso por imperio constitucional que la Administración Pública, deba ser eficaz y eficiente, conducta que para muchos resulta una utopía por la burocracia con la que a su criterio se desempeña la Administración, no obstante, en el tema en estudio el entrabamiento que pueda presentarse obedece a múltiples y necesarios trámites que deben cumplirse para la obtención del fin público.

Todo contrato de la Administración está siempre sujeto al Principio de Legalidad, por lo cual deberá cumplir además de las prescripciones legales, reglamentarias o de otra índole, con los elementos que componen la relación contractual administrativa sean estos sujeto y fin, motivo y contenido alternativamente para su eficacia según lo ha visto el jurista costarricense Eduardo Ortíz Ortíz[12].

Es importante previo a la suscripción del mismo, tener claro y presente la existencia de contenido presupuestario, pues de esto depende la suscripción del contrato, toda vez que el mismo no refiere a una obligación de la Administración sino a una forma de contar con servicio de eficiencia y calidad.

Siendo esto así, y bajo la comprensión de que el contrato de dedicación exclusiva se trata de un beneficio de naturaleza contractual, que por ende entre sus requerimientos para contar con validez y eficacia, debe consignar una fecha cierta para su rige, misma que lo será a partir de cuándo se suscribe el contrato entre Administración y servidor, e inician los derechos y obligaciones entre ambos.

Tenemos que en el caso específico de los servidores propuestos que menciona la norma de análisis se debe tomar en consideración que si una persona ha sido seleccionada de una nómina y es propuesto para ocupar un determinado cargo y puesto en la Administración, ésta podrá previa solicitud acogerse al beneficio de pago de dedicación exclusiva. No se debe omitir en el entendido que por su parte corresponde a la Administración realizar el estudio respectivo para acreditar que ese servidor propuesto reúna los requisitos necesarios, además de verificar si se cuenta con contenido presupuestario para suscribir dicho contrato.

En virtud de la duración que le pueda requerir a la Administración la realización de ese estudio, siendo que para contar con el servicio de eficiencia y calidad mencionado, no se podría pensar en formalizar un contrato de dedicación exclusiva

[12] Ortíz Ortíz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Tomo III, Editorial Stradtmann, Edición 2002, San José Costa Rica

en forma retroactiva, pues sería contrario a la naturaleza contractual fijar un fecha de rige anterior al rige del mismo.

Ahora bien al tenor de resolución de supra cita podemos tener total claridad en indicar que hay dos momentos en que el servidor pueda acogerse al beneficio de contrato de dedicación exclusiva, siendo que lo puede hacer ya estando nombrado o propuesto, según sea el caso particular de que se trate.

Atentamente,

Original firmado {Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

ABR/AMRR

AJ-131-2016
4 de marzo del 2016

Asunto: Consulta sobre la exclusión de cargos del Régimen de Servicio Civil, a la luz de lo indicado en los numerales 9, 27 y 100 de la Ley General del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA), N° 8495.

Ref: Oficio SI-O-063-2016 de fecha 19 de febrero del 2016.

Máster
Francisco Chang Vargas
Director
Área de Salarios e Incentivos

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su atento oficio SI-O-063-2016 de fecha 19 de febrero del año en curso, por medio del cual remite consulta a este centro de trabajo, en relación a los cargos mencionados en los artículos 9, 27 y 100 de la Ley General del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA), N° 8495, del 6 de abril del 2006, que se publicara en el Diario Oficial La Gaceta N° 93 del 16 de mayo de ese mismo año.

De su misiva se extrae la interrogante en el sentido de si los cargos de Director y Subdirector General, así como de los miembros propietarios y suplentes del Tribunal de Procedimiento Administrativo Sancionador del SENASA, se encuentran o no excluidos del Régimen de Servicio Civil.

Sobre el tema en particular, resulta conveniente advertir al señor Chang Vargas, que dentro de las competencias legales de esta Asesoría Jurídica, no se encuentran aquellas actuaciones orientadas a determinar, en qué casos concretos, los cargos o puestos de la Administración Pública se ubican en una condición jurídica que derive en su eventual inclusión o exclusión del Régimen Estatutario, dado que se requeriría para ello el análisis exhaustivo de cada puesto institucional y el desarrollo de todo un procedimiento, que por su naturaleza estrictamente técnica, deviene en competencia exclusiva de otras dependencias tanto de la Dirección General de Servicio Civil, como de las instituciones pertenecientes al Régimen de Méritos.

No obstante lo anterior, este despacho considera oportuno externar algunas consideraciones importantes sobre la temática traída a estudio, a efectos de dar una orientación general a la posible respuesta que pueda encontrar a sus dudas el señor Director del Área de Salarios e Incentivos de esta Dirección General.

Sobre la exclusión de puestos del Régimen de Servicio Civil.

Esta Asesoría Jurídica en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre el tema de la inclusión y exclusión de puestos del régimen de empleo público estatutario, a través de diversos criterios técnicos jurídicos[13], solicitados por funcionarios de esta Dirección General y de las instituciones públicas amparadas al mencionado régimen.

En términos generales, los argumentos vertidos en tales documentos y que se han sostenido en el tiempo, versan sobre la idea aceptada de que los puestos en la administración pública se incluyen o excluyen del Régimen de Servicio Civil, única y exclusivamente, por medio de una disposición normativa de rango legal, que en el caso particular del Régimen de Méritos, corresponde a la Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953 y reformas subsiguientes, o en su defecto, por cualquier legislación especial que así lo estipule[14].

En esta línea encontramos fallos de nuestro máximo tribunal de la República[15], que al abordar en sus resoluciones el tema que nos ocupa, ha señalado:

> *"…se admiten como puestos excluidos del Régimen de Servicio Civil los que disponen los artículos 3, 4 y 5 del Estatuto de Servicio Civil y a los que excluyan otras leyes ordinarias. En este sentido, también se tiene que en relación con los puestos de confianza, de no estarse en los presupuestos de los incisos a) a e) del artículo 4 del Estatuto de Servicio Civil, para que los puestos de los servidores subordinados a Ministros y Viceministros sean declarados de confianza y por tanto excluidos del Régimen de Servicio Civil, debe mediar una resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil, en relación con una cantidad de funcionarios que no puede ser mayor de diez (artículo 4, inciso f) del Estatuto de Servicio Civil). También se indica que en caso de puestos creados mediante una la ley de presupuesto, que no hayan sido incluidos en el Régimen de Servicio Civil, deben comunicarse a la Dirección General de Servicio Civil para que ésta decida si los asigna o los excluye del Régimen…"* (**El subrayado es propio**)

[13] A modo de ejemplo, véase, entre otros, los oficios AJ-196-2009, AJ-340-2009 y AJ-345-2009, fechados 13/04/2009, 24/06/2009 y 29/06/2009, respectivamente.
[14] Verbigracia, la Ley de Presupuesto General de la República.
[15] Sentencia N° 7598-94 de las 11:18 horas del 23 de diciembre de 1994.

En el mismo sentido, la Procuraduría General de la República ha dicho que:

> *"…los artículos 3, 4 y 5 del referido Estatuto, indican expresamente los servidores excluidos de este régimen. En relación con éstos, en su Dictamen C-102-91 del 18 de junio de 1991, este Órgano Consultor estableció lo siguiente:*
>
> *"a) La exclusión de un puesto o de un servidor del Régimen de Servicio Civil debe ser expresa, ya que es una excepción al principio constitucional contenido en los artículos 191, 192 y 140 de la Carta Política.*
>
> *b) Esa exclusión concierne el ámbito de aplicación del Régimen de Servicio Civil, por lo que debe derivar de la Ley de Servicio Civil o de sus leyes modificativas...."*
>
> *En relación con el mismo tema, mediante Dictamen de esta Procuraduría C-146-2003 de 26 de mayo de 2003, se dispuso:*
>
> *"De lo anterior queda establecido, con todo claridad, los puestos que corresponde admitir como exceptuados del Régimen de Servicio Civil, sea, los que indican los artículos 3, 4 y 5 del Estatuto, así como los que excluyen otras leyes ordinarias…"*[16]

Sobre el fondo de lo consultado.

Con la aclaración que antecede, podríamos abordar el objeto central de la consulta a partir del contenido normativo de los ordinales 3, 4 y 5 del Estatuto de Servicio Civil, que a la letra, y en lo que interesa, señalan:

> *"…Artículo 3º.- No se considerarán incluidos en este Estatuto:*
>
> *(…);*
>
> *c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros.*
>
> *(…);*
>
> *Artículo 4º.- Se considerará que sirven cargos de confianza:*
>
> *(…);*

[16] Dictamen N° C-295-2005 del 18 de agosto del 2005.

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

(…);

g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico.

Transitorio al inciso g)

Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen en propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza.

(…);

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

(…);

d) Los servidores pagados por servicios o fondos especiales de la relación de puestos de la Ley de Presupuesto, contratados para obra determinada.

(…);

e) Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial.

f) Los que reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación…"

A partir de las disposiciones estatutarias precitadas, se entendería que los cargos de Director y Subdirector General del SENASA (en el caso de éste último en

sustitución del Director General[17]), se erigen en tanto puestos institucionales de confianza, directamente subordinados al Ministro y Viceministro de Agricultura y Ganadería (artículo 9 de la Ley N° 8495), lo que como consecuencia, cumpliría los supuestos establecidos en el numeral 4 inciso g) del texto estatutario antes citado, sin perjuicio de lo ordenado en el Transitorio que afecta a dicha disposición normativa.

Por otra parte, en el caso de los cargos o puestos ocupados por los miembros propietarios y suplentes del Tribunal de Procedimiento Administrativo Sancionador del SENASA, todo parece indicar que se tratan de nombramientos temporales, a plazo fijo o determinado, en apariencia, sin posibilidad de reelección, que por su naturaleza jurídica y condiciones especiales de temporalidad cierta, encontrarían, a criterio de esta Asesoría Jurídica, el cobijo del texto normativo consignado en el artículo 5 del Estatuto indicado supra.

No omitimos reiterar, que la declaratoria de puestos de confianza o la determinación final de que tales puestos se encuentran o no excluidos del Régimen de Méritos, es responsabilidad directa de las instancias técnicas competentes de esta Dirección General, que en coordinación con la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos respectiva, deberán abocarse al levantamiento de un estudio específico de los cargos mencionados, y la realización de los procedimientos que en derecho correspondan para el dictado del acto administrativo.

Con estos argumentos finales, damos por evacuada su consulta.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias
Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

[17] Nótese que los requisitos para acceder al cargo de Subdirector General del SENASA, son idénticos a los establecidos para el cargo de Director General, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley N° 8495.

AJ-303-2016
26 de mayo de 2016.

Asunto: Solicitud de criterio sobre experiencia.

Ref.: Escrito sin número de fecha 18 de mayo del 2016.

MSc.
Mainor Eduardo Villegas Barrantes
Presente

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se atiende su consulta formulada a este Despacho mediante escrito recibido via email el día 18 de mayo del año en curso.

De previo a que esta Asesoría Jurídica emita algunas consideraciones en torno a la situación expuesta en su misiva, resulta conveniente aclarar, que en aras de respetar las competencias legales de este centro de trabajo, no es procedente desde el punto de vista jurídico, la emisión de pronunciamiento alguno respecto a casos concretos o particulares que le son sometidos a su consideración y análisis, cuya resolución es responsabilidad exclusiva de la Administración Activa; razón por la cual, abordaremos su inquietud desde una perspectiva general, analizando aquellas normas y alcances jurisprudenciales que le pudieran ser aplicables.

Por lo anterior procedemos a orientarle dentro del marco de legalidad aplicable, al respecto se transcribe su consulta en específico:

> *"Concretamente a partir de cuándo se considera experiencia profesional. A partir del momento en el que el ciudadano concluye sus estudios profesionales a nivel de pregrado (bachiller Universitario) o a partir de su debida incorporación al Colegio correspondiente y ejercer la profesión legalmente."*

Conviene recalcar que este Despacho se ha referido a una trama similar a la consultada mediante oficio número AJ-638-2015 del 17 de diciembre de 2015 del cual extraemos los siguientes enunciados:

"Al respecto, conviene destacar que el concepto de experiencia parte del conocimiento o habilidad que se adquiere con la práctica prolongada en el desempeño de un cargo. Delimita también al grado suficiente, de ese conocimiento o habilidad, para desempeñar satisfactoriamente las actividades de un puesto y que resume en el sentido de que, en el actual sistema clasificado de puestos, este concepto alude al tiempo necesario para adquirir familiaridad con los problemas de trabajo y situaciones que se presenten en el respectivo campo de actividad, de manera que el trabajador pueda ejecutar, eficaz y eficientemente, las labores encomendadas sin la instrucción constante de superiores, colegas o compañeros para lo cual conceptúa distintos grados, según el tipo de puesto.

Tenemos entonces que la experiencia es un concepto indivisible en relación a una jornada de trabajo, pero sí es comprensible la adquisición del conocimiento y la habilidad en la práctica prolongada o en el tiempo necesario para adquirir la familiaridad necesaria con los problemas de trabajo y situaciones que se presenten en el respectivo campo de actividad que, según de la que se trate, puede darse en diferentes grados como alguna experiencia, considerable y amplia, es decir, no es lo mismo el concepto de alguna para puestos operativos que para puestos técnicos o profesionales.

Es así que con lo dicho … se debe tener claridad que, cualquier profesional que ejerza libremente su profesión debe estar debidamente incorporado al Colegio respectivo, pues si realiza actividades vinculadas a la profesión en el sector privado o público sin dicha incorporación, estaría cometiendo el delito de ejercicio ilegal de la profesión."

Ahora bien bajo el concepto de grado, uno de los requisitos del Manual de Puestos de la Dirección General de Servicio Civil es la obtención del grado académico de bachiller universitario para la contabilización de la experiencia profesional, la cual según Oficios Circulares DG-005-2002, DG-008-203 y DG-003-2010, se contabiliza a partir del momento en que el servidor obtiene el grado académico de Bachillerato Universitario.

Ahora bien la experiencia en labores profesionales, solo puede ser asignada teniendo la capacidad profesional mínima, que en este caso seria, como mínimo, de Bachiller Universitario, y no, desde la emisión del grado de Diplomado Universitario. Con estas consideraciones finales, damos por evacuada su consulta, sin omitir que adjuntamos los documentos mencionados supra con el fin de que pueda ampliar la información.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

Anexo:

- Oficio N° AJ-638-2015
- Oficio Circular DG-005-2002, de fecha 21 de octubre de 2002.
- Oficio Circular DG-008-2003, de fecha 29 de agosto de 2003.
- Oficio Circular DG-003-2010, de fecha 24 de mayo de 2010

ABR/AMRR

AJ-333-2016
6 de junio del 2016

Asunto: Consulta sobre reconocimiento de experiencia profesional, por períodos de tiempo laborados en otras instituciones públicas, menores a un año.

Ref: Escrito sin número, con fecha de recibido 30 de mayo de 2016.

Licenciada
María Teresa Ortega Alvarado
Correo electrónico: mortega@mideplan.go.cr

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su escrito sin número, recibido en este centro de trabajo el día 30 de mayo del año en curso, por medio del cual se consulta acerca del reconocimiento de experiencia profesional referente a períodos de tiempo menor a un año, laborado en otras instituciones públicas.

Sobre el particular nos permitimos aclarar previamente a la consultante, que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a casos o situaciones concretas como la expuesta supra, en virtud de que su resolución es responsabilidad exclusiva de la Administración Activa.

No obstante lo anterior, abordaremos sus interrogantes desde una perspectiva general, al amparo del principio de legalidad consagrado en el numeral 11 constitucional y su homónimo de la Ley General de la Administración Pública, invocando la normativa vigentes de aplicación al tema en estudio, haciendo hincapié en que son, precisamente, las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos, las encargadas directas de analizar asuntos particulares de sus funcionarios, al custodiar y administrar los expedientes personales de uso en el ámbito institucional.

Regresando al objeto central de su consulta, hemos de indicarle que, efectivamente, la normativa general que regula lo referente a carrera profesional en el ámbito del

Régimen Estatutario, se encuentra contenida en la resolución número DG-064-2008, emitida por la Dirección General de Servicio Civil a las doce horas del 28 de febrero del año 2008, misma que ha sido modificada parcialmente en varias ocasiones, y que son reseñadas en la matriz que a continuación se presenta:

NÚMERO DE RESOLUCIÓN	FECHA DE EMISIÓN
DG-518-2008	30/07/2008
DG-124-2009	21/04/2009
DG-310-2009	27/10/2009
DG-379-2010	04/11/2010
DG-110-2012	25/04/2012
DG-167-2014	04/09/2014

No omitimos manifestar, que tales resoluciones se pueden consultar en el sitio web oficial del Centro de Información Documental de la Dirección General de Servicio Civil, ruta electrónica http://cidseci.dgsc.go.cr/.

En relación con el reconocimiento de experiencia profesional obtenida por el funcionario (a), como producto del tiempo laborado en otras instituciones públicas, para efectos de carrera profesional y siempre dentro del Régimen de Méritos, se deberá atender, como ya se dijo, a lo regulado en la citada resolución número DG-064-2008, que en sus capítulo III y lV, numerales 4 y 5, señala en lo que interesa lo siguiente:

> *"…**PONDERACION DE LOS FACTORES DE LA CARRERA PROFESIONAL***
>
> *Artículo **4:** Para su reconocimiento, los factores de la Carrera Profesional indicados en el artículo 1º de esta Resolución, se ponderarán de la siguiente manera:*
>
> *(…);*
>
> ***e) EXPERIENCIA LABORAL DE NIVEL PROFESIONAL EN INSTITUCIONES PÚBLICAS NACIONALES:***
>
> *Un punto por cada año de este tipo de experiencia, hasta cumplir los 5 años.*
>
> *Un punto y medio por cada año adicional a partir del sexto año de experiencia.*
>
> *(…);*
>
> ***INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS FACTORES***

e) EXPERIENCIA LABORAL DE CARÁCTER PROFESIONAL EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS NACIONALES:

Artículo 11: *La experiencia laboral de carácter profesional, adquirida en instituciones públicas nacionales, se reconocerá por parte de la respectiva Oficina de Recursos Humanos, siempre que:*

a) Haya sido obtenida en puestos de nivel profesional que exijan como requisito mínimo el grado de Bachiller universitario.

b) Haya sido obtenida en la ejecución de labores de nivel profesional.

c) El servidor hubiese sido calificado en los períodos correspondientes, con nota igual o superior a ***Muy Bueno*** *o su equivalente. Se eximirá de este requisito únicamente a los servidores que desempeñen puestos excluidos del Régimen de*
Servicio Civil que, de conformidad con la ley, no requieren de evaluación del desempeño, así como aquellos que por circunstancias justificadas no fueron evaluados. En sustitución de los formularios de evaluación se podrá aceptar la documentación que certifique las calificaciones correspondientes, emitida por la respectiva Oficina de Recursos Humanos.

Artículo 12: *La experiencia de carácter profesional obtenida en la institución donde labora el servidor se reconocerá de oficio por la respectiva Oficina de Recursos Humanos. La experiencia profesional acumulada en otras instituciones del Estado no adscritas al Régimen de Servicio Civil, se reconocerá con base en la certificación emitida por la Oficina de Recursos Humanos correspondiente, siempre que se cumplan con las condiciones de los literales a), b) y c), del artículo 11° de este cuerpo normativo.*

Artículo 13: *Las incapacidades de cualquier tipo y permisos con o sin goce de sueldo para realizar estudios relacionados con la actividad del puesto desempeñado, no interrumpen el período de un año requerido para el cálculo de la experiencia…"* (El destacado pertenece al original)

Como podrá notar la consultante, en las disposiciones supra transcritas, se incluyen los factores y requisitos que se deben cumplir, estrictamente, para el reconocimiento de experiencia profesional obtenida en otras instituciones del sector público costarricense, estableciendo adicionalmente, algunos elementos de interpretación de las mismas, así como el órgano técnico competente[18] de aplicar, en el ámbito institucional, las normas correspondientes y dirimir cualquier controversia generada en torno a ellas, al analizar cada caso particular sometido a su escrutinio.
En este contexto, resulta de capital importancia mencionar, que en una de las modificaciones parciales de la citada resolución DG-064-2008, se señala como parte de los principales cambios introducidos los siguientes:

[18] A saber, las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos (OGEREH).

> ***"...Artículo 2º.-*** *Modificar el artículo 25 de "CARRERA PROFESIONAL NORMAS PARA SU APLICACIÓN", contenido en la Resolución DG-064-2008 de las doce horas del veintiocho de febrero de dos mil ocho, cuyo texto dirá:*
>
> *"**Artículo 25:** Contra las decisiones adoptadas por la Oficina de Recursos Humanos en materia de Carrera Profesional, en que el servidor no esté conforme con el resultado o los resultados, cabrán los recursos ordinarios de revocatoria y apelación. Ambos recursos podrán interponerse por el recurrente ante la Oficina de Recursos Humanos respectiva, dentro de los tres días hábiles siguientes, contados a partir del día siguiente de la notificación de la decisión. Corresponde a la Oficina de Recursos Humanos respectiva el conocimiento del recurso de revocatoria, quien deberá resolverlo en un plazo máximo de ocho días hábiles a partir de la interposición y deberá notificar la resolución dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su emisión.*
>
> ***Artículo 3º.-*** *Modificar el artículo 26 de "CARRERA PROFESIONAL NORMAS PARA SU APLICACIÓN", contenido en la Resolución DG-064-2008 de las doce horas del veintiocho de febrero de dos mil ocho, que fuera modificado por la Resolución DG-310-2009 de las trece horas del veintisiete de octubre de dos mil nueve, cuyo texto dirá:*
>
> ***Artículo 26:*** *Si el recurso de revocatoria fuere declarado sin lugar y también se hubiere interpuesto el recurso de apelación, la Oficina de Recursos Humanos deberá remitir el expediente a la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil dentro de los tres días hábiles siguientes, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución del recurso de revocatoria. Corresponde al Director General de Servicio Civil el conocimiento del recurso de apelación, quien deberá resolverlo en un plazo máximo de ocho días hábiles a partir de la recepción del expediente completo, deberá notificar la resolución dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su emisión y en caso de haberse solicitado por el recurrente, le corresponde dar por agotada la vía administrativa. Si se interpusieran recursos extraordinarios, corresponderá al Director General de Servicio Civil su conocimiento y para su trámite se aplicarán las reglas de la Ley General de la Administración Pública. La Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil preparará el proyecto de resolución de los recursos de apelación y extraordinarios, para lo cual, puede requerir informes técnicos a las instancias competentes del SIGEREH..."* (Resolución N° DG-167-2014 de las 08:00 horas del 04 de setiembre de 2014)

Así las cosas, vemos que de lo resuelto por la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), cabe los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, con los que se agotan la vía administrativa como en derecho corresponde, dejando incluso abierta la posibilidad de la presentación de cualquier otro recurso extraordinario en dicha sede, o en su defecto, la interposición de un reclamo administrativo para ante

el Tribunal de Servicio Civil, de conformidad con lo estipulado en el ordinal 88 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Finalmente, conviene informar a la consultante Ortega Alvarado, que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre el tema de reconocimiento de fracciones de tiempo laborado, para efecto de anualidades, mediante los oficios AJ-651-2005 del 01 de agosto del 2005, y AJ-752-2010 fechado 20 de setiembre del 2010, de los cuales se adjunta copia electrónica a este documento, con el propósito de que, si lo considera necesario y oportuno, sean revisados por su persona, y le permita orientar de una manera más apropiada, la respuesta a sus interrogantes y las gestiones ulteriores que pueda realizar.

Sin otro particular, suscribe,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

AJ-093-2016
15 de febrero del 2016

Asunto: Consulta sobre obligación de hacer funciones.

Ref: OFICIO 004-2015-D/AL de fecha 3 de febrero de 2016.

Licenciado
Juan Herrera Morales
Abogado
Profesional 1 B Derecho
juherrera@seguridadpublica.go.cr
juherrera@abogados.or.cr

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de la Asesoría Jurídica, se da respuesta a su OFICIO 004-2015-D/AL de fecha 3 de febrero de 2016, por medio del cual remite consulta respecto a la obligación de hacer funciones, en apariencia, no ligadas a su clase profesional.

Previo a cualquier consideración jurídica, resulta conveniente, hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, de ahí que no resulte procedente atender los casos hipotéticos o concretos planteados.

En este estado de cosas y siendo que las preguntas son puntuales respecto a una situación que le atañe a usted de manera personal solo se hará un análisis respecto a la totalidad del caso, no así la precisión del mismo.

Dentro de lo que corresponde a esta Dirección aclarar, está lo relacionado al deber de obediencia, el cual se encuentra inherente a la misma función pública, entendida como los servicios, que por voluntad propia, un individuo presta al Estado. Se entiende de lo anterior, que dentro de la administración pública se deben contemplar los servidores públicos, y el sometimiento en que se encuentra por esta investidura y que va de acuerdo con el desempeño de las funciones, el acatamiento de las

órdenes emanadas por una jerarquía legitimada y el buen ejercicio de la administración dentro de estos parámetros.

En lo tocante al deber de obediencia, la Ley General de Administración Pública, nos previene en qué consiste la relación jerárquica, al señalar lo siguiente:

> *"**Articulo 101:** Habrá relación jerárquica entre superior e inferior cuando ambos desempeñen funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo en razón del territorio y de la materia.".*

Al mismo tiempo nos indica respecto a las potestades en esa relación jerárquica, de esta manera:

> *"**Artículo 102:** El superior jerárquico tendrá las siguientes potestades:*
>
> *a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente;*
> *b) (…)*
> *c) Ejercer la potestad disciplinaria…*
> *d) Ajustar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración,…"*

Siendo esto así, en concordancia con el deber de obediencia, nos ilustra la norma de esta forma:

> *"**Artículo 107**:*
> *1. Todo servidor estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior…".*
>
> ***"Artículo 109:***
> *1. …el servidor deberá obedecer aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento por cualquier otro concepto, pero en este último caso deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibido.*
> *2. El envió de las objeciones escritas salvara la responsabilidad del inferior, pero éste quedara sujeto a inmediata ejecución de lo ordenado.*
> *(…)".*

Como se puede entender, la Ley General en mención establece el procedimiento a seguir en cuanto a las órdenes jerárquicas y el acatamiento a disposiciones emanadas de un superior.

Como se debe de observar dentro de la normativa respecto al deber de obediencia, encontramos varios factores en particular:

a) Existe una norma superior que desemboca en normas inferiores con respecto a la jerarquía y el deber de obediencia en la Administración Pública;
b) Que de estas normas se deduce quién es un jerarca y quién el subordinado y cuál es el fin último de esta división (la máxima eficiencia de la Administración Pública);
c) Que el jerarca tiene la potestad de dar órdenes a sus colaboradores y de sancionarlos si no son acatadas dichas disposiciones (principio de obediencia);
d) Que los colaboradores tienen la potestad de oponerse a realizar dichas órdenes mediante los procedimientos establecidos, pero que de igual manera deben de ser cumplidas, de lo contrario serán acreedores a una eventual sanción (deber de obedecer, artículos 108 y 109 de la Ley General de la Administración Pública).

En este estado de cosas podemos destacar que el Principio de Obediencia enmarcado en las normas constitucionales no es facultativo de los funcionarios, sino mandatorio de la Administración y del orden jerárquico, con lo cual se instruye que el no acatamiento de una orden superior desembocará en una sanción administrativa para el servidor incumplidor, sin perjuicio de de responsabilidad judicial (artículo 108 LGAP), en cuyo caso se le puede imputar por parte de los interesados los procesos debidos, en abierto razonamiento del articulado 41, 42 y 43 del Estatuto de Servicio Civil.

Por otra parte el funcionario discrepante puede salvaguardar su responsabilidad aparente, mediante los procedimientos descritos supra, sin que con ello sea facultativo o le autorice el no acatar el mandamiento de su disconformidad.
Dicho esto debemos destacar que es potestad del administrado o funcionario en este caso, plantear las solicitudes y aclaraciones que considere necesarias ante el órgano consultivo apropiado, siendo en esta situación el Departamento de Recursos Humanos del Ministerio al que sirve.

Por lo cual, es nuestro criterio que se trata de un asunto de resorte interno del respectivo Ministerio, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos a), d), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, que señalan:

"Artículo 28.-
1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.
2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:
a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;
...

d) Agotar la vía administrativa, resolviendo recursos pertinentes, salvo ley que desconcentre dicha potestad;
e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;
…
j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes.“

Además, consideramos prudente recordar que, luego de que la Administración resuelva lo que corresponda sobre el caso concreto, si un servidor o grupo de servidores no obtiene respuesta satisfactoria a sus pretensiones dentro del centro de trabajo para el cual presta sus servicios, puede si a bien lo tiene, acudir al Tribunal de Servicio Civil, observando el procedimiento de reclamo que establece el artículo 88, incisos a) y b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, o a las instancias que considere pertinentes.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Marlon F. Barrelier Pérez.

Lic. Marlon Barrelier Pérez
Asesoría Jurídica

MBP/AMRR

AJ-039-2016
25 de Enero del 2016

Asunto: Criterio Jurídico en relación a la imposibilidad material, que poseen las personas, bachilleres en Psicología u otras profesiones, cuando el Colegio Profesional no tiene la posibilidad jurídica de incorporarlos.

Ref.: escrito por fax de fecha 14 de enero 2016.

Licenciado
José Pablo Badilla Villanueva.
Abogado Lex Forum Abogados.
notificaciones@lexforumabogados.com

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su consulta recibida mediante fax de fecha 14 de enero del 2016, en el cual, y en lo que interesa, se señala lo siguiente:

> **"(…)…***criterio jurídico de esa Dirección en relación la imposibilidad material, que poseen las personas, bachilleres en Psicología u otras profesiones, cuando el Colegio Profesional no tiene posibilidad jurídica de incorporarlos o cuando no existe Colegio Profesional y las instancias de Recursos Humanos se lo solicitan como requisito de ingreso o de carrera administrativa en la función pública. ¿Pueden ejercer su profesión o están imposibilitados a hacerlo?***…"**

De previo a que este Despacho emita algunas consideraciones en torno a la situación expuesta en su escrito, resulta conveniente aclarar, que en aras de respetar las competencias legales de este centro de trabajo, no es procedente desde el punto de vista jurídico, la emisión de pronunciamiento alguno respecto a casos concretos o particulares que le son sometidos a su consideración y análisis, cuya resolución es responsabilidad exclusiva de la Administración Activa; razón por la cual, abordaremos su inquietud desde una perspectiva general, analizando aquellas normas y alcances jurisprudenciales que le pudieran ser aplicables, de

manera tal, que el consultante pueda contar con argumentos técnicos suficientes, que le permitan encontrar una solución apropiada a la interrogante planteada.

Es importante para contestar sus interrogantes tener claro que para el ingreso, reclutamiento y selección para un puesto público sometido al Régimen de Servicio Civil, se exponen los requisitos propios para cada clase, no siendo factible obviar ningún requisito por cuanto los mismos, no son objeto de interpretación. **Si las particularidades y características del puesto determinan la necesidad de contar con la incorporación al respectiva colegio profesional, sea porque el ejercicio legal de la profesión exige la colegiatura, es menester apegarse a ese requisito ya que los funcionarios públicos, nos encontramos sometidos al imperio de la Ley**, por así disponerlo el Artículo 11 de la Constitución Pública y su homólogo artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, y por lo tanto toda su actuación estará sometida al ordenamiento jurídico.

De no tener dicho requisito obligatorio, en el momento del ingreso o de lo que denomina en su pregunta como la carrera administrativa, en caso de ingresar o solicitar el reclutamiento por ser esta una expectativa, se puede recibir su oferta con la indicación que debe presentarlo en el momento que lo obtenga y hasta tanto sea escogido de una nómina para el ejercicio de un puesto, debiendo estar presente dicho requisito de previo. Con lo anterior damos respuesta al cuestionamiento con relación a que la incorporación es un requisito que exigen las instancias de Recursos Humanos por estar establecido así por ley y de igual forma para ir realizando carrera administrativa durante su puesto en la administración pública.

En cuanto a la imposibilidad material que se cuestiona en la consulta, cuando el Colegio Profesional no tiene la posibilidad jurídica o éste no existe, esta Asesoría Jurídica siempre ha sostenido que las instituciones y organismos públicos deben atender lo procedente en términos de incorporación, conforme a lo indicado en las leyes especiales de creación de los referidos Colegios Profesionales, de manera que al existir dudas o discrepancias en cuanto a la organización profesional a que deben incorporarse los posibles candidatos como requisito de ingreso, **han de dilucidarse por medio de esas mismas organizaciones, a quienes deberá consultárseles lo procedente, o en su defecto, elevar las consultas a la Procuraduría General de la República, como Ente Asesor del Estado, para que se pronuncie al respecto.**

Continuando con la última parte de su pregunta, la cual indica lo siguiente: **"¿Pueden ejercer su profesión o están imposibilitados a hacerlo?"**

Por así disponerlo el Artículo 11 de la Constitución Pública y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, y por lo tanto toda su actuación estará sometida al ordenamiento jurídico y si para el ingreso de un puesto a la función pública, o posteriormente el reconocimiento en la carrera administrativa del

funcionario, es requisito indispensable estar incorporado al Colegio respectivo si las particularidades y características del puesto exigen dicha incorporación, por lo tanto de no contar con este requisito, no podrán ejercer su profesión y están imposibilitados de hacerlo.

Con estas consideraciones, damos por evacuadas sus consultas.

Atentamente,

Original Firmado {Licenciado Álvaro Garita Zúñiga

Lic. Álvaro Garita Zúñiga.
Asesoría Jurídica.

AGZ/AMRR

AJ-049-2016
29 de enero de 2016

Asunto: Solicitud de criterio sobre obligatoriedad de pago de Colegiatura al Colegio de Periodistas de Costa Rica.

Ref: consulta de fecha 7 de enero del 2016.

Mag.
Carlos Eduardo Hidalgo Flores
Periodista

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su escrito sin número de fecha 7 de enero del presente año, mediante el cual se consulta a este centro de trabajo, en lo que interesa, lo siguiente:

> *"…deseo **consultarle** si estoy obligado o no a pagar la cuota mensual de incorporación al Colegio de Periodistas de Costa Rica"*

Sobre el particular, y previa solicitud de este Despacho al Colegio de Periodistas de Costa Rica sobre el criterio al respecto de su interrogante, se recibió oficio número JD-OF 43 de fecha 27 de enero del 2016 del cual nos permitimos adjuntarle copia para sus intereses.

En razón de lo anterior esta Asesoría Jurídica asiente con el criterio expuesto por la Junta Directiva del Colegio de Periodistas en el oficio de supra cita, con fundamento en la Ley N° 4420 Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica.

Teniendo en consideración lo externado por este Órgano al respecto, se debe adicionar la colegiatura respectiva como requisito para el pago de los componentes salariales de carrera profesional y dedicación exclusiva, siendo que las normas que regulan el pago de dichos estipendios interponen como requisito necesario la colegiación en los casos en los que la misma proceda, así para el caso de la dedicación exclusiva el numeral 4, inciso d) de la Resolución DG-254-2009, emitida por la Dirección General de Servicio Civil a las trece horas del doce de agosto de dos mil nueve, marca:

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

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

La misma regla aplica para lo correspondiente a la carrera profesional según resolución DG-064-2008 de las 12 horas del 28 de febrero del 2008; entonces bajo esta línea se puede entender que cuando las normas establecen como requisito necesario para el pago de los incentivos en ellas reguladas el estar incorporado al colegio profesional respectivo, en aquellos casos en que exista esta entidad, éste se convierte en un acto de indispensable e insoslayable cumplimiento en el tanto sea requerido, es decir, cuando el profesional cuyas demás condiciones se ajustan a las requeridas por las Resoluciones de recién cita está obligado a colegiarse.

Con las consideraciones finales damos por evacuada su consulta.

Atentamente,

Original firmado [Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

ABR/AMRR

AJ-025-2016
19 de Enero del 2016

Asunto: Solicitud de Información o normativa con el objetivo de conocer si el Tribunal Administrativo de Transportes está cubierto por el Régimen de Servicio Civil.

Ref.: Correo electrónico de fecha 8 de Enero 2016.

Licenciada
Mariana Chacón Morales
Área de Reclutamiento y Selección de Personal
Dirección General de Servicio Civil

Estimada señora:

Con la autorización de la encargada de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico, fechado el día 8 de enero del año en curso, mediante el cual consulta lo siguiente:

> "…*Le solicito su colaboración para que me facilite información o normativa con el objetivo de conocer si el Tribunal Administrativo de Transportes está cubierto por el Régimen de Servicio Civil…*"

Al respecto le indicamos que este Despacho ya se pronunció sobre el tema, y por lo tanto es del oficio AJ-212-2005 del 16 de marzo del 2005 del cual conviene transcribir lo que prosigue a continuación:

> ***"****(…) El Tribunal Administrativo de Transporte fue creado mediante la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la Modalidad de Taxi, N° 7969 del 22 de diciembre de 1999, publicada en La Gaceta N° 20 del 28 de enero del 2000. El artículo 16 de dicha ley determina lo siguiente*:
>
> ***"Créase el Tribunal Administrativo de Transporte, con sede en San José y competencia en todo el territorio nacional, como órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de***

> ***<u>Obras Públicas y Transportes</u>. Sus atribuciones serán exclusivas y contará con independencia funcional, administrativa y financiera. Sus fallos agotarán la vía administrativa y sus resoluciones serán de acatamiento estricto y obligatorio.***

(El subrayado no pertenece al original)

Continúa citando el oficio de supra cita:

> *"… La Procuraduría General de la República, en su dictamen C-255-2000, del 12 de octubre del 2000, ha establecido claramente que los integrantes del Tribunal Administrativo de Transporte no forman parte del Régimen de Méritos:*
>
> ***"En el caso de las personas físicas que lleguen a integrar el Tribunal Administrativo de Transporte, <u>si bien no quedan cubiertos por el régimen de servicio civil</u> - debido a la especialidad de sus funciones y, particularmente, por tratarse de nombramientos a plazo fijo-, no cabe la menor duda de que son funcionarios públicos y, por consiguiente, su nombramiento debe regirse por las reglas y principios constitucionales que regulan el acceso a los cargos públicos".*** *(El subrayado es nuestro).*
>
> *No ocurre lo mismo, sin embargo, con el personal administrativo del Tribunal, el cual sí forma parte del Régimen de Servicio Civil, por cuanto no hay norma legal alguna que lo excluya, si bien su remuneración deberá ser igual a la de los cargos de los tribunales superiores u otros órganos del Poder Judicial, por establecerlo así la ley*.
>
> (…)
>
> Por su parte, el artículo 6 del mismo cuerpo normativo define la naturaleza jurídica del Consejo de la siguiente manera:
>
> ***"La naturaleza jurídica del Consejo será de órgano desconcentrado, especializado en materia de transporte público y adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes."***

Con fundamento en lo anterior es que finaliza el criterio de este Despacho exponiendo que:

> *"… Con base en todo lo anterior, esta Asesoría Jurídica considera que, tanto el Tribunal Administrativo de Transporte como el Consejo Técnico de Transporte Público, forman parte de la estructura orgánica del Ministerio de obras Públicas y Transportes y se hallan cubiertos por el*

Régimen de Méritos, con excepción de los integrantes del Tribunal, que se hallan excluidos..”

Esperamos que con lo aportado se haya aclarado su interrogante al respecto.

Atentamente,

Original Firmado {Licenciado Álvaro Garita Zúñiga

Lic. Álvaro Garita Zúñiga.
ASESORÍA JURÍDICA.

AGZ

AJ-180-2016
29 de marzo de 2016

Asunto: Consulta sobre si INCOPESCA está adscrito al Régimen de Servicio Civil.

Ref.: Escrito de fecha 7 de marzo 2016.

Señores
Inspectores y Técnicos de Pesca de INCOPESCA.

Estimados señores:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a su consulta, efectuada por medio del escrito de fecha 04 de febrero de 2016, recibida el día 7 de marzo del mismo año, mediante el cual solicitó criterio jurídico respecto al siguiente tema :

“Sirva la presente para consultar a tan distinguido y honorable Servicio Civil lo siguiente:

Nosotros Inspectores y Técnicos de Pesca de INCOPESCA, sabedores de que la Dirección General del Servicio Civil y el Tribunal de Servicio y el Tribuna de Servicio Civil no tienen competencia alguna, respecto al personal del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPESCA) , ya que la misma asumió los derechos y obligaciones patronales con dichos servidores, quisiéramos con todo respeto y deferencia hacerle tres preguntas para despejar algunas dudas que nos vienen ocasionando la utilización de parte de INCOPESCA, del Manual Descriptivo de Puestos y Funciones del Servicio Civil, como un Manual Supletorio

1- ¿Estamos adscritos los funcionarios de INCOPESCA bajo el régimen del Servicio Civil?
2- ¿Puede y está facultada la señora licenciada Giselle Salazar Carvajal , jefa de Recursos Humanos de INCOPESCA para utilizar el Manual Descriptivo de Puestos y Funciones del servicio Civil como un Manual Supletorio , para efectos de establecer y enumerar de forma supuesta y ficticia, algunas funciones de los Inspectores y Técnicos de pesca de INCOPESCA, para adaptarlas y adecuarlas a su gusto y conveniencia en el Manual del Servicio Civil como un manual supletorio para INCOPESCA?.
   Queremos aclarar al respecto que, las funciones exactas y fidedignas de los Inspectores y Técnicos de pesca son operativas, técnicas y de campo, y además dichas funciones son muy específicas, meramente únicas y exclusivas de pesca y acuicultura, las cuales no están establecidas en ningún documento Técnico, Razón por la cual estamos solicitando un Manual Descriptivo de Puestos y Funciones propio de INCOPESCA, para que las funciones de los Inspectores y

Técnicos de Pesca se ajusten a la realidad y consecuentemente que los salarios sean proporcionales con las funciones que realizamos.
3-¿Puede la licenciada Gisselle Salazar Carvajal, Jefa de Recursos Humanos de INCOPESCA, hacer uso del manual supletorio ya mencionado arriba, para realizar y aplicar las promociones de personal de INCOPESCA (Reasignaciones, recalificaciones , ascensos, etc.?)…(…)"

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. 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 responder a sus preguntas, estas serán abordadas de la siguiente manera: con respecto a la primera consulta supra citada, esta Asesoría no se puede pronunciar en relación con lo consultado, esto por falta de competencia por no pertenecer el Instituto al Régimen de Méritos y según lo establecido en las competencias que son otorgadas a esta Sede por los artículos 13 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil (Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953) y 7 inciso A del Decreto Ejecutivo Nº 25813-MP de fecha 14 de enero de 1996, Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil.

Sobre las preguntas 2) y 3) de su escrito, se le hace saber que se trata de casos particulares que no le corresponden a esta Dirección, y por tratarse de instancias asesoras y ante la cantidad de criterios emitidos, la decisión para resolver el caso en concreto, es un asunto de resorte interno del respectivo Instituto, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos, d), y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública,

De lo anterior concluimos que en el caso en concreto le corresponde al Jerarca de la Institución dar respuesta a sus interrogantes planteadas ante este despacho.

Atentamente,

Original firmado {Lic. Álvaro Garita Zúñiga

Lic. Álvaro Garita Zúñiga.
Asesoría Jurídica

AGZ/AMRR

AJ-198-2016
6 de abril del 2016

Asunto: Consulta referida al régimen de empleo que cubre a los servidores de la Dirección Nacional de Bienestar Social.

Licenciado
Berni Vargas Mejía
Director Jurídico
Instituto Mixto de Ayuda Social
IMAS

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, y en virtud de una consulta remitida a este Despacho, por medio de la presente nos permitimos solicitarle criterio jurídico sobre el Régimen de empleo que cubre a los funcionarios de la Dirección Nacional de Bienestar Social.

Dicha consulta surge en virtud del traspaso de la Dirección citada al IMAS, mismo que se dispuso por el artículo 26 de la Ley de creación de este ente N°4760, a cuyo tenor indica:

> *"ARTICULO 26.- Adscríbase al IMAS y para los efectos legales tendrá el carácter de dependencia administrativa de aquél, la Dirección Nacional de Bienestar Social del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social a la que se refiere el Capítulo V del Decreto Ejecutivo Nº 1508-TBS del 16 de febrero de 1971.*
>
> *La anterior disposición implica que la citada Dirección Nacional, con su personal, medios de trabajo y recursos presupuestarios que le corresponden, formarán parte del IMAS durante todo el tiempo que sea necesario mantener el plan nacional de lucha contra la pobreza. Una vez concluido dicho plan, esa Dirección se reintegrará al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social.*

Aunado a lo anterior, el artículo 35 de la citada ley dispone:

> ***"ARTICULO 35**: Los funcionarios y empleados de la Dirección Nacional de Bienestar Social, **mientras** ésta se mantenga adscrita al I.M.A.S. continuarán protegidos por el Régimen del Servicio Civil y conservarán todos sus derechos laborales"*

Es por todo lo expuesto, la intención de este Despacho de obtener su criterio al respecto, y así contar con suficientes elementos para emitir la respectiva respuesta al consultante, agradeceríamos que en la medida de sus posibilidades pudiera remitirse dentro de los siguientes cinco días hábiles.

Atentamente,

Original Firmado {Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

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

ABR/AMRR

AJ-123-2016
26 de febrero de 2016

Asunto: Consulta sobre subsidio por licencia de maternidad

Ref: consulta remitida mediante formulario institucional el día 17 de febrero del 2016.

Señora
Erica Villegas Montero
villegaseri@hotmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su consulta remitida mediante Formulario Institucional de Consultas de esta Dirección General recibido el día 17 de febrero del presente año, en el cual consulta sobre el pago de su subsidio por concepto de licencia de maternidad.

Sobre el particular, y previo a los argumentos que se dirán, conviene aclarar que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a casos concretos que le son sometidos a su escrutinio técnico, por cuanto los mismos son resorte exclusivo de la Administración Activa, quien deberá resolver lo procedente, a la luz del análisis general que desde el ámbito estrictamente normativo y jurisprudencial 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 atención de lo anterior y a manera de colaboración conviene citar que el concepto de subsidio viene dado porque las incapacidades, por cualquier causa, tiene como efecto jurídico suspender el contrato de trabajo inter partes y el efecto económico es que no se pague salario, por lo que el salario es típicamente la retribución por el servicio prestado.

El monto que corresponda al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, el patrono y la trabajadora deberán aportar a esta Caja sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia.

Como se dejó evidenciado, existe una clara distinción entre los conceptos de salario y subsidio. El primero, se entiende como la remuneración que recibe el trabajador por el servicio prestado. Es, pues, el salario, en palabras de Guillermo Cabanellas:

> *"… la retribución que recibe el trabajador a cambio de un servicio que con su actividad ha realizado y, más concretamente aún dentro del Derecho de Trabajo, se considera como todo beneficio obtenido por el trabajador mediante un servicio cumplido por cuenta de otra persona*[19]*."*

Ahora bien, conforme a nuestro Código de Trabajo, artículo 162, salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud de un contrato de trabajo.

En cambio, el subsidio es el aporte económico que recibe el trabajador por motivo de incapacidad o de licencia, en los casos de enfermedad y maternidad, lo que sucede es que se da una suspensión de los efectos del contrato de trabajo, es decir, *"… la paralización, durante cierto lapso, del principal efecto del contrato de trabajo: la prestación de los servicios*[20]*."* Cuando la suspensión de los efectos del contrato de trabajo ocurre por las causas apuntadas, la consecuencia es que el trabajador no recibe su salario o solo percibe una parte, ya que no se da una prestación efectiva del servicio. Es así como nace entonces el subsidio, cuya finalidad es sustituir la pérdida de ingresos que sufre el asalariado a causa de la incapacidad por enfermedad o de la licencia por maternidad.

Al tenor de lo expuesto tenemos que el artículo 34 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil cita en su extracto:

> *"…1) Todas las servidoras del Poder Ejecutivo en estado de gravidez tendrán derecho a licencia por cuatro meses, con goce de sueldo completo…"*

De igual forma la Ley 7621, que modificó el artículo 95 del Código de Trabajo que, en lo que interesa, indica lo siguiente:

> *"Artículo 95.- La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto y los tres posteriores a él. Estos tres meses también se considerarán como período mínimo de lactancia, el cual, por*

[19] (3) CABANELLAS (Guillermo) Tratado de Derecho Laboral Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., Tomo II, Volumen, 3° edición, 146.

[20] (5) CABANELLAS (Guillermo) op. cit. página 512

prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior.
Durante la licencia, el sistema de remuneración se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social para el "Riesgo de Maternidad". Esta remuneración deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. ***El monto que corresponda al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora*** *y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, el patrono y la trabajadora deberán aportar a esta Caja sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia.*
Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley a cargo del patrono, deberán ser cancelados por él en su totalidad…"

(Destacado no corresponde al original)

Es hasta este momento dicho que se debe tener total claridad que de conformidad con la normativa vigente una servidora que goza de licencia por maternidad debe recibir un subsidio correspondiente al 100% correspondiente al momento del salario que recibía antes de acogerse a su licencia.

Siendo así las cosas y entendidos del análisis realizado, llaman la atención las estipulaciones contenidas en el "*Reglamento para el Reconocimiento de Disponibilidad para los Funcionarios de la CNE* (La Gaceta No. 218 de la 12 de noviembre de 2013)", específicamente en su artículo 16 donde manifiesta:

Capítulo IV
Eliminación y suspensión del pago:
Artículo. 16.- Suspensión del pago. *El pago de la compensación por concepto de Disponibilidad se podrá suspender por:*

"(…)

c) Cuando el trabajador se encuentre en el disfrute de sus vacaciones, permiso con y sin goce de salario, incapacidad por enfermedad, licencia por maternidad, disfrute de becas a tiempo completo u otra situación que suspenda la prestación continua de sus servicios, la Unidad de Desarrollo Humano procederá de oficio a suspender el pago de Disponibilidad durante el tiempo respectivo. No obstante, el reconocimiento del pago de Disponibilidad se hará a favor del funcionario que realice la respetiva suplencia o sustitución."

Es criterio de este centro de trabajo que esa norma reglamentaria podría resultar de dudosa constitucionalidad, por el fuero de protección de los derechos humanos de los servidores que gozan de licencia ya sea por maternidad o por enfermedad.

No obstante lo anterior, escapa a la competencia de esta Asesoría Jurídica enervar la actuación de la Administración Activa amparada en esa norma, siendo un asunto de resorte interno.

Atentamente,

Original firmado [Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

cc Licenciado Fabián Ulate Azofeifa, Jefatura Unidad de Gestión Institucional de Recursos Humanos CNE
Máster Francisco Chang Vargas, Director del Área de Salarios DGSC

ABR/AMRR

AJ-141-2016
7 de marzo del 2016

Asunto: Consulta sobre licencia sin goce de salario.

Ref: Correo electrónico de fecha 02 de marzo de 2016

Señora:
Giannina Lavagni Bolaños
Correo electrónico: glavagni@meic.co.cr

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su atento correo electrónico de fecha 02 de marzo del año en curso, por medio del cual remite consulta a este despacho, en relación con las interrogantes que se transcriben a continuación:

1) *"…¿Cuál es el procedimiento que debo seguir para gestionar un permiso sin goce de salario?*
2) *Cuál es el máximo del período de tiempo que reglamentariamente podría aplicar?*
3) *En el supuesto de que al finalizar el período de tiempo del permiso, aún debamos permanecer fuera del país, qué trámite debo realizar, especialmente porque me gustaría no perder la oportunidad de volver a regresar (sic) a trabajar para la Administración Pública?*
4) *En el caso de que deba presentar mi renuncia, qué procedimiento debo realizar para reingresar a trabajar en el sector público en un futuro? Máxime, que mi renuncia sería por un motivo ajeno a mi voluntad.*

Sobre el particular nos permitimos aclarar a la consultante, que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, cuya resolución es competencia exclusiva de la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos respectiva, quien debe conocer y analizar cada situación específica de sus funcionarios y resolver conforme a derecho. Así las cosas, los argumentos que a continuación se dirán, están orientados desde una perspectiva general, de forma tal que la consultante pueda encontrar elementos adicionales y complementarios a una posible respuesta a sus interrogantes.

Volviendo al objeto central de la consulta planteada, hemos de decir que el mismo se encuentra regulado, fundamentalmente, en el artículo 33 inciso c), numerales 1 y 6 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, las cuales indican, en lo que interesa, lo siguiente:

> *"… 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:*
>
> *1) Seis meses para asuntos personales del servidor. Esta licencia podrá ser prorrogada hasta por seis meses más en casos muy especiales a juicio del Ministro o máximo jerarca de la Institución.*
>
> *(…);*
>
> *6) No podrán concederse licencias continuas argumentando motivos iguales o diferentes, hasta después de haber transcurrido por lo menos seis meses del reintegro del servidor al trabajo, excepto casos muy calificados a juicio del Ministro o máximo jerarca de la institución sin que se perjudiquen los fines de la administración.*
>
> *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.*
>
> *Quedan a salvo las circunstancias comprobadas de extrema limitación de tiempo para estos trámites en que, por tal razón el servidor se vea obligado a ausentarse antes de completar debidamente el trámite; en cuyo caso el servidor quedará sujeto a las soluciones administrativas que más convengan a la Administración a fin de que esta pueda resarcirse de los gastos y pagos salariales en que haya incurrido por esta causa…" (***El subrayado no es del original)**

Como podrá usted corroborar a través de la lectura de las normas transcritas con anterioridad, los funcionarios cubiertos por el Régimen de Méritos, que se encuentren en situaciones similares a las descritas en su misiva, podrían, eventualmente, gozar de una licencia sin goce de salario para atender asuntos personales por un período de hasta seis meses, prorrogables, a juicio de la administración, por un período similar.

No obstante lo anterior, debe quedar completamente claro, que el otorgamiento de la licencia respectiva es potestativo de la administración, la que valorará para el dictado del acto correspondiente, la conveniencia institucional en la prestación del servicio, conforme al área de trabajo que se afectará. Asimismo, y como requisito indispensable para el otorgamiento o no de la licencia al funcionario o funcionaria, debe, previamente el interesado o interesada, presentar la solicitud respectiva a la instancia correspondiente de su institución, y esperar a que la misma se pronuncie al respecto, notificando la decisión final al solicitante.

En relación con el vencimiento de la licencia otorgada (con prórroga o sin ella), no omitimos manifestarle, que acaecido lo anterior, el funcionario o funcionaria deberá reintegrarse a las labores habituales de su puesto, de manera tal que, ante el supuesto de que no pueda hacerlo definitivamente, al persistir las razones personales que dieron origen a la licencia concedida, deberá la persona valorar la posibilidad de presentar su renuncia, a efectos de que no se vea expuesta a un eventual proceso de gestión de despido por no presentarse a laborar.

De acuerdo a lo anterior, si la persona que gozó de la licencia, posteriormente renuncia a su puesto, y finalmente desea volver a laborar en el sector público, en el caso del Régimen Estatutario lo podrá hacer, siempre y cuando se encuentre dentro del registro de elegibles existente en la Dirección General de Servicio Civil, en otras clases para las cuales hubiese participado en concurso público, y pueda de esta manera ser sujeto, eventualmente, de la integración de nóminas para nombramiento en propiedad. De no encontrarse bajo esta última condición, el o la funcionaria podrá optar por un puesto del Régimen de Méritos, sometiéndose a todos los procedimientos y requisitos técnicos establecidos en el Capítulo IV y V del Estatuto de Servicio Civil y ordinales 9, 14 y siguientes aplicables de su reglamento.

Finalmente, y para no obviar parte de su consulta, nos permitimos agregar que la determinación del procedimiento a seguir para la solicitud y el eventual otorgamiento de una licencia sin goce de salario, es responsabilidad exclusiva de la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos respectiva, por lo que le sugerimos acercarse a dicha dependencia para lo procedente.

Sin otro particular, suscribe,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias
Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

AJ-170-2017
28 de marzo del 2016

Asunto: Consulta sobre el nombramiento de un mismo servidor propietario en dos instituciones públicas, el cual ostenta una licencia sin goce de salario en una de ellas.

Ref: Oficio MTSS-GCH-462-2016 de fecha 9 de marzo de 2016

Señora:
Ingrid A. Obando Campos
Directora a.i.
Departamento de Gestión del Capital Humano
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su atento oficio N° MTSS-GCH-462-2016 de fecha 09 de marzo del año en curso, por medio del cual remite consulta a este despacho, en relación con la siguiente interrogante:

> *"…es procedente que una persona ostente dos nombramientos en propiedad en dos instituciones públicas al mismo tiempo, teniendo en la primera que fue nombrada (que forma parte de la Organización del Estado pero no está bajo el Régimen de Servicio Civil, específicamente el Tribunal Supremo de Elecciones), un permiso sin goce de salario, para laborar en la segunda (que si está cubierta por ese Régimen, propiamente Ministerio de Trabajo y Seguridad Social)…"*

Sobre el particular, y previo a las consideraciones que se dirán, nos permitimos aclarar a la consultante, que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos, cuya tramitación y posterior resolución es competencia exclusiva de la administración activa y no de este centro de trabajo.

No obstante lo anterior, atenderemos su consulta desde una perspectiva general, en relación con las disposiciones normativas vigentes y los pronunciamientos que al respecto hayan sido formulados por otros entes administrativos y jurisprudenciales, que pudieran ser de aplicación a la situación en examen, con el propósito de que su

representada pueda encontrar una respuesta adecuada a las interrogantes planteadas.

Al abordar el tema de su consulta, resulta necesario remitir al contenido del artículo 17 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 del 06 de octubre del 2004, al señalar, en lo que interesa, que:

> *"…Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente.*
>
> *(…);*
>
> *(La Sala Constitucional mediante resolución N° 13431-08 del 02 de setiembre del 2008, interpretó de este artículo el término "simultáneamente", en el sentido de que este implica una superposición horaria o una jornada superior al tiempo completo de trabajo, en el desempeño de dos cargos públicos)…"*

En esa misma línea, La Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166, del 09 de octubre de 1957, a pesar de haberse promulgado mucho tiempo antes que la citada Ley N° 8422, experimenta una modificación parcial en el mes de setiembre del 2007, específicamente relacionada con el texto normativo del ordinal 15, que de alguna manera, podríamos decir, modifica tácitamente el primer párrafo del numeral 17 mencionado con antelación, al señalar en lo pertinente, que:

> *"…Ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos, salvo que correspondan a distintos puestos, no exista superposición horaria y entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria…"*

Con base en los textos anteriormente reproducidos, resulta dable inferir, que el espíritu de ambas normas se orienta al establecimiento de una prohibición, expresa, de que un mismo funcionario o servidor público perciba doble remuneración, bajo la circunstancia de estar nombrado, a la vez, en dos instituciones públicas, dadas las eventuales implicaciones negativas que esto podría ocasionar al erario público y a la calidad de los servicios prestados por ambas entidades.

Ahora bien, estas condiciones completamente valederas e incuestionables, parecieran no ser idénticas a las existentes en el caso o situación traída a estudio, en razón de que, según el cuadro fáctico expuesto, a la persona a la que se hace referencia, le fue otorgado o concedido un permiso sin goce de salario en una de las instituciones en que ostenta nombramiento en propiedad, por lo que, en la práctica y en buena teoría, no percibe más que un salario por las funciones que realiza en el otro organismo oficial, en el cual se encuentra activo laboralmente hablando.

Este escenario ha sido abordado, como bien lo señala la Dirección de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio, por la propia Procuraduría General de la República en el año 2006 (entre otros pronunciamientos), al indicar, en lo necesario, lo siguiente:

> *"…no creemos que cuando haya de por medio un permiso o licencia sin goce de salario legítimamente otorgado, exista una incompatibilidad de ocupar un segundo puesto de trabajo remunerado en la Administración, ni que, por ende, los servidores deban renunciar a su cargo en propiedad cuando se presenta esa situación. Nuestra posición tiene fundamento en una serie de argumentos que procedemos a explicar.*
>
> *La incompatibilidad por desempeño simultáneo de cargos públicos salarialmente retribuidos, está referida al "ejercicio" o "desempeño" efectivo de otro cargo público salarialmente retribuido, no al hecho de ostentar una plaza en propiedad en otra institución; cargo que en todo caso no estaría siendo desempeñado ni remunerado, ya que se goza de un permiso o licencia no retribuido. En otras palabras, en el supuesto que estamos comentando no creemos que exista ninguna incompatibilidad, por la sencilla razón de que el funcionario no está "desempeñando" simultáneamente los dos cargos, ni está percibiendo dos salarios a la vez y, por consiguiente, no existe ningún conflicto de intereses.*
>
> *Ya en otra oportunidad hemos admitido que el otorgamiento de un permiso sin goce de salario, suspende la obligación del funcionario de prestar los servicios y a su vez deja de recibir ordinariamente su salario; situación que propicia legalmente el desempeño de otro cargo público, que incluso es una de las causales previstas en la normativa estatutaria del Servicio Civil (aparte c.5 del citado artículo 33), que faculta este tipo de licencias por un plazo de cuatro años, prorrogable hasta por un período igual. Incluso aceptamos que aun cuando el permiso no fuera concedido invocando esta causal específica, el servidor público que se separa temporalmente de su puesto por varios meses o años, y sin retribución salarial, igualmente está facultado para desarrollar otras actividades laborales o profesionales, pues no está desempeñando simultáneamente ambos cargos, ni incurriendo en superposición horaria, ya que durante ese lapso el servidor está separado de la institución en la que ostenta su plaza (Dictamen C-396-2005 op.cit.).*
>
> *En este contexto, admitir lo contrario nos llevaría al absurdo de afirmar que no podrían entonces concederse permisos sin goce de salario para laborar en otras instituciones públicas, porque bastaría el solo hecho de ocupar en esas condiciones aquél otro cargo, para incurrir en la incompatibilidad y, consecuentemente, en una eventual causal de despido o remoción.*
>
> *Recuérdese que la incompatibilidad no es un hecho que se da en abstracto; para que tal ocurra es necesario que exista un potencial o real conflicto de intereses o que se esté afectando efectivamente el ejercicio de la función del puesto que se está desempeñado. Si ello no acontece porque no se está desempeñando el otro puesto, en el cual se tiene la propiedad, la*

incompatibilidad sería más ficticia que real y, por consiguiente, sin ningún asidero en el ordenamiento jurídico (Dictamen C-290-2004 de 13 de octubre del 2004).

Una interpretación contraria a la que estamos asumiendo en este estudio, atentaría también contra la carrera administrativa, y contra un principio fundamental de ésta, el cual ha sido recogido en el Derecho laboral administrativo, como es el de la estabilidad en el empleo. En efecto, si por el hecho ser nombrado en otro cargo público, teniendo una licencia o permiso no retribuido en la institución en la que originariamente presta sus servicios, el funcionario tuviera que renunciar a éste último, indudablemente se estaría afectando aquel principio.
Adicionalmente, el sostener la tesis de la incompatibilidad, significaría que todos los servidores públicos tendrían un impedimento, una valla casi infranqueable, para optar por otros puestos dentro de la Administración Pública, lo que evidentemente podría lesionar su derecho fundamental de acceso a los cargos públicos en condiciones de igual.

Así las cosas, consideramos que, salvo excepciones calificadas y legalmente establecidas, los servidores públicos tienen derecho de acceder a otros cargos públicos, sin tener que renunciar al cargo en propiedad que desempeñan en la institución en que originariamente prestan sus servicios, ya que si ello no fuera así, se les estaría limitando este derecho fundamental. Y casualmente para estas situaciones excepcionales es que el ordenamiento jurídico prevé el otorgamiento de licencias y permisos no retribuidos.

Por último, desde el punto de vista del interés público, podría en algunos casos resultar conveniente que servidores públicos, que a lo largo de su carrera administrativa han adquirido una serie de conocimientos, destrezas y experiencias, los pongan al servicio de otras instituciones públicas. Amén de que, en el eventual caso de que vuelvan a sus cargos administrativos originarios cuando concluyan el permiso respectivo, los conocimientos, las destrezas y las experiencias aquilatadas en aquellos otros puestos también conllevarán un posible mejor desempeño de la función administrativa…"[21]

De forma similar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:[22]

"…cuando ambas normas utilizan el término "simultáneamente" para definir los empleos públicos cuyo ejercicio no es autorizado, se debe entender que ese concepto implica una superposición horaria, o a lo sumo de una jornada superior a tiempo completo. En su intención de evitar un abuso en el manejo de fondos públicos, el legislador (y posteriormente el Poder Reglamentario) determinaron la imposibilidad de desempeñar dos cargos públicos en forma

[21] Dictamen C-446-2006 del 08 de noviembre del 2006.
[22] Sentencia N° 13431 de las 09:38 horas del 02 de setiembre del 2008.

> *simultánea, salvo casos de excepción expresamente previstos. Una situación como en la que se encontraba la amparada al formular este recurso no se corresponde con dichos supuestos, pues las dos plazas que ha venido ocupando una en la Junta de Protección Social en horario diurno y la otra en un colegio con horario nocturno, no conllevan una transposición horaria. De ahí que la interpretación dada por las autoridades recurridas a dichas normas resulta excesiva, en detrimento del derecho fundamental de la amparada al trabajo. La señora recurrente no desempeña dos cargos en forma "simultánea", en el sentido en que debe ser comprendido el concepto en el contexto de las normas dichas, por lo que el inicio del procedimiento disciplinario incoado en su contra con la finalidad de cesarla en el puesto que ocupa en propiedad en la Junta de Protección Social de San José consiste en una amenaza a sus derechos, lo que debe llevar a la declaración estimatoria de este recurso, y a la consecuente anulación de los actos basados en dicha errónea interpretación, como en efecto se hace…"*

Nótese que en el caso analizado por el Tribunal Constitucional, incluso, no existe de por medio el otorgamiento de un permiso o licencia sin goce de salario, sino que la recurrente ejerce los dos puestos, solo que sin superposición horaria, situación que los señores y señoras magistradas encuentran ajustada a derecho, en un claro "espaldarazo" a los derechos fundamentales de la persona.

No obstante lo anterior, conviene hacer hincapié en que la misma Sala, en el año 2006[23], resolvió una contienda presentada a su escrutinio, similar al caso expuesto en su oficio, con la diferencia de que, en dicha oportunidad, el órgano colegiado jurisdiccional, consideró que la posición asumida por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, al solicitarle a uno de sus funcionarios de carrera del servicio exterior, la escogencia de un régimen de empleo público[24], por habérsele nombrado a la vez en dos puestos de diferentes instituciones[25], no violentaba los derechos del servidor en cuanto al elemento de estabilidad, por cuanto al tomar el servidor una decisión en tal sentido, cualesquiera de los cargos o puestos en que decidiera permanecer, le garantizaba ese importante factor en la relación de servicio establecida con la administración.

Sin embargo, al margen de lo dicho por el máximo tribunal de la República en el año 2006, tendríamos que decir, que en el ámbito del Régimen de Servicio Civil, la norma que habilita o hace posible el otorgamiento de licencias con o sin goce de salario a los servidores, es el ordinal 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil[26], en donde se expresa la voluntad potestativa y discrecional de la administración, para conceder el beneficio a los funcionarios, valorando la conveniencia o el interés institucional, así como la calidad y continuidad en la

[23] Sentencia N° 14382 de las 15:55 horas del 27 de setiembre del 2006.
[24] Por así permitirlo el Estatuto del Servicio Exterior y su reglamento.
[25] Ostentando una licencia sin goce salarial en una de ellas.
[26] Decreto Ejecutivo N° 21 del 14 de diciembre de 1954 y sus modificaciones parciales.

prestación del servicio, por encima de cualquier otra consideración de carácter particular que pudiera invocarse; en el entendido que es la administración activa, la única responsable de las derivaciones o consecuencias del acto oficial que emita, al otorgar cualesquier permiso o licencia permitido por norma expresa como se indicó con antelación.

Para finalizar el aporte de este despacho sobre el presente asunto, es menester aclarar, que la potestad de nombramiento, legal y constitucionalmente[27], le corresponde al jerarca institucional, que en el caso del Poder Ejecutivo, se realiza conjuntamente con el Presidente de la República, razón suficiente para que este centro de trabajo se inhiba de conocer y pronunciarse sobre el caso particular expuesto supra, lo cual corresponde por competencia al órgano público el poder resolverlo.

Así las cosas, y al igual que se apuntara al inicio de éste documento, se sugiere atender los argumentos vertidos con anterioridad, a efectos de que orienten una posible respuesta a las interrogantes planteadas en su misiva.

Sin otro particular, suscribe;

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias
Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

[27] Artículo 140, numerales 1) y 2) de la Constitución Política de la República de Costa Rica, en concordancia con los ordinales 25.1, 27.1, 28.1 y 104.1 de la Ley General de la Administración Pública.

AJ-090-2016
16 de febrero de 2016

Asunto: Consulta sobre patrocinio letrado

Ref: Escrito número CO-UDO-FP-02-089-2016 del 15 de febrero de 2016.

Señor
Mainor Anchía Angulo
Directivo Nacional de ANEP
Representante Sindical

Estimado señor:

Me refiero a continuación al escrito número CO-UDO-FP-02-089-2016 del 15 de febrero de 2016, recibido el día 16 del mismo mes, mediante el cual, solicita información sobre el patrocinio letrado de personas funcionarias públicas.

Sobre lo requerido a esta Asesoría Jurídica, se le remite copia del oficio DG-672-2014 del 15 de octubre de 2014, suscrito por el señor Director General de Servicio Civil ante una consulta de similar naturaleza, donde se estima que se encuentra atendida su solicitud.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
DIRECTOR

RPL/AMRR

AJ-073-2016
10 de febrero del 2016

Asunto: Consulta sobre uso de recursos y tiempo laboral para Reclamos Administrativos.

Ref: Correo electrónico de fecha 04 de febrero de 2016.

Máster
Gabriel Alonso Castro González
gacastrog86@gmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de la Asesoría Jurídica, se da respuesta a su correo electrónico de fecha 04 de febrero de 2016, por medio del cual remite consulta sobre uso de recursos y tiempo laboral para Reclamos Administrativos.

Previo a cualquier consideración jurídica, resulta conveniente, hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, de ahí que no resulte procedente atender los casos hipotéticos o concretos planteados.

Dentro del análisis en cuestión es de importancia destacar varias consideraciones, como lo son las diferencias entre los procesos institucionales y los personales.

Dentro de los primeros, entendidos los mismos como los que la delegación de la administración recae en ciertos funcionarios y siendo que la representación es dentro de la defensa institucional, y que en esta investidura funcional, se hace necesario que el aparato administrativo preste toda la colaboración a los mismos, esto en protección a los principios de interés público, de eficiencia y eficacia, resguardados en el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública y diversos fallos de la Sala Constitucional.

Ahora bien en el caso de reclamos o actuaciones personalísimas de funcionarios, que sería el segundo caso, es necesario destacar que se tiene que establecer por la

administración activa, cuáles de estos casos son como consecuencia de la actuación del funcionario bajo el alero de la administración, a los que ya nos referimos, y cuales corresponden a necesidades o intereses claramente personales, dado que en cada caso actuara en consecuencia.

Si se tratase de estos últimos pues estaríamos ante la posibilidad de un delito de prevaricato y de obvias consecuencias administrativas, ya que utilizar recursos o solventar necesidades personales con instrumentos o fondos públicos componen el cuadro que enmarca la tipicidad antedicha.

Ante esta disyuntiva tenemos que hacer invocación al Principio de Legalidad contemplado en los artículos 11, tanto, de la Constitución Política como de la Ley General de la Administración Pública. Así mismo el deber de probidad estipulado en el artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en clara concordancia con el articulo1 de esa misma ley.

Así las cosas es que se tiene que la disposición de los recursos públicos son utilizables única y exclusivamente cuando el reclamo o acción responde a intereses institucionales o de la administración, no así cuando son intereses personales sin relación con los principios descritos de previo.

Sin otro particular,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Marlon F. Barrelier Pérez.

Lic. Marlon Barrelier Pérez
Asesoría Jurídica

MBP/AMRR

AJ-100-2016
19 de febrero del 2016

Asunto: Permiso sin goce de salario.

Ref.: Consulta Edgar Villareal Ruiz, consulta Web del día 9 de febrero del 2016.

Ingeniero
Edgar Gerardo Villareal Ruiz.
evillarreal.japdeva@gmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, me refiero a continuación a su correo electrónico de fecha 10 de febrero del 2016, mediante el cual, plantea la siguiente consulta:

> ***"Consulta: Solicitud de permiso SIN GOCE de salario para ocupar puestos de elección popular Cuál es la normativa aplicable a una solicitud de permiso sin goce de salario si el solicitante es empleado público?"***

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. 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 el particular, esta Asesoría Jurídica debe indicar para que para el análisis, de la pregunta es necesario transcribir lo que indica el artículo 3 del Estatuto de Servicio Civil, el cual define lo siguiente:

> *"Artículo 3°No se considerarán incluidos en este Estatuto:*
>
> ***a) Los funcionarios de elección popular;***
>
> *b) Los miembros de la fuerza, o sea aquellos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten , excepto el personal de los Departamentos de*

Extranjeros y Cédulas de Residencia y de Migración y Pasaportes y el Personal de la Bandas Militares; y

c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal o de los Ministros." (El resaltado no es propio)

Aclarado lo anterior, y en atención a su consulta para responder, conviene transcribir el artículo 3 del Estatuto de Servicio Civil, el en su redacción actual indica lo siguiente:

"Artículo 3.- No se consideran incluidos en este Estatuto:

a) Los funcionarios de elección popular;"

Ahora bien estos puestos por estar excluidos del Régimen de Servicio civil no les asiste ningún derecho respecto del Estatuto de Servicio Civil, ni su reglamentación, lo anterior coincide con lo expuesto por la Procuraduría General de la República en su dictamen C-333-2002 de fecha 10 diciembre del 2002, respecto de los funcionarios nombrados por elección popular los cuales no resultan tutelados por la legislación laboral, sobre el particular véase al respecto:

"…aquellos funcionarios que cumplen cargos de elección popular, o que tienen el carácter de servidores públicos "gobernantes", tal como los denomina la doctrina, por estar investidos en funciones de índole esencialmente político con respecto al órgano que los nombra, precisamente en el ejercicio también de potestades políticas, ***no son considerados trabajadores, puesto que su relación jurídica con el Estado no es de naturaleza laboral, ni estatutaria, y, en consecuencia, no resultan tutelados por la legislación laboral****…(…)." (El destacado no es del original).*

Es oportuno señalar que **con relación a los permisos sin goce de salario sobre el particular esta Asesoría Jurídica debe indicar que la normativa en el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil en su artículo 33**, define lo siguiente:

"Artículo 33°.- *Podrán disfrutar de licencia ocasional de excepción, de conformidad con los requisitos y formalidades que en cada dependencia establezca el Reglamento Autónomo de Servicio, y sujetos a los siguientes procedimientos y condiciones: ...*

c. Las licencias sin goce de salario hasta por un mes podrán concederse mediante resolución interna firmada por el Ministro,

Viceministro, o el máximo jerarca de la institución respectiva, mientras que las licencias mayores de un mes podrán concederse con apego estricto a las disposiciones siguientes:

1) Seis meses para asuntos personales del servidor. Esta licencia podrá ser prorrogada hasta por seis meses más en casos muy especiales a juicio del Ministro o máximo jerarca de la Institución.

2) Un año para: i) asuntos graves de familia, tales como enfermedad, convalecencia , tratamiento médico cuando así lo requiera la salud del servidor, ii) la realización de estudios académicos a nivel superior de pregrado, grado o postgrado o a nivel técnico que requieran de la dedicación completa durante la jornada de trabajo del servidor y iii) que el servidor se desligue de la institución en la que labora con la finalidad de participar en la ejecución de proyectos experimentales dentro de un programa de traspaso de actividades del sector público, hacia el sector privado, que haya sido aprobado previamente por la autoridad superior de su institución

3) Dos años-prorrogables por períodos iguales-cuando se trate de funcionarios nombrados en cargos de elección en sindicatos debidamente reconocidos y que además, requieran de dedicación exclusiva durante el tiempo de la jornada laboral; todo ello previa la demostración y comprobación respectivas

4) Dos años a instancia de un gobierno extranjero o de un organismo internacional o regional debidamente acreditado en el país, o de fundaciones cuyos fines beneficien directamente al Estado, o cuando se trate del conyugue de un becario, que deba acompañarlo en su viaje al exterior. A juicio del máximo jerarca respectivo, estas licencias podrán prorrogarse hasta por un periodo igual siempre y cuando prevalezcan las condiciones que la originaron.

5) Cuatro años, a instancia de cualquier institución del Estado, o de otra Dependencia del Poder Ejecutivo, o cuando se trate del cónyuge de un funcionario nombrado en el Servicio Exterior; o en los casos de los funcionarios nombrados en otros cargos públicos. El plazo anterior podrá ampliarse hasta por un período igual, cuando subsistan las causas que motivaron la licencia original.

6) No podrán concederse licencias continuas argumentando motivos iguales o diferentes, hasta después de haber transcurrido por lo menos seis meses del reintegro del servidor al trabajo, excepto casos

muy calificados a juicio del Ministro o máximo jerarca de la institución sin que se perjudiquen los fines de la administración.

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.

Quedan a salvo las circunstancias comprobadas de extrema limitación de tiempo para estos trámites en que, por tal razón el servidor se vea obligado a ausentarse antes de completar debidamente el trámite; en cuyo caso el servidor quedará sujeto a las soluciones administrativas que más convengan a la Administración a fin de que esta pueda resarcirse de los gastos y pagos salariales en que haya incurrido por esta causa."

Siendo lo anteriormente comentado del artículo 33 una facultad discrecional del jerarca, de conceder o no la aprobación de un permiso sin goce de salario, apegada al bloque de legalidad.

Valga la ocasión para señalar con relación a su consulta lo que establece el Código Municipal de los puestos de elección popular y ante la consulta determinar que procedimiento aplica en estos casos, para mejor comprensión se transcribe los artículos que indican lo siguiente:

"Artículo 12. - El gobierno municipal estará compuesto por un cuerpo deliberativo denominado Concejo e integrado por los regidores que determine la ley, además, por un alcalde y su respectivo suplente, todos de elección popular.
Artículo 148. - Está prohibido a los servidores municipales:
"… c) Tener obligaciones laborales en otras entidades, públicas o privadas, o adquirir compromisos con evidente superposición horaria a su contrato laboral con la municipalidad…)"

En el caso en concreto, efectivamente la única alternativa sería la gestión de una licencia, en los términos del artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil como se explico anteriormente. **El otorgamiento de licencias corresponde con una facultad unilateral de la Administración, la que debe valorar cada caso concreto, teniendo siempre como rumbo orientador la eficiencia en la prestación del servicio público**.

Adicionalmente, cabe agregar que si una persona adquiere otro puesto en propiedad durante el disfrute de una licencia sin goce de salario de su puesto en propiedad, deberá escoger el régimen de empleo público al que decida pertenecer, sea al momento de su nombramiento en el segundo puesto, mediante la comunicación oportuna a la institución a la que pertenece, o al momento del vencimiento de la licencia concedida. Resulta ilustrativo lo señalado por la Sala Constitucional en la resolución número 14382-2006 de las quince horas y cincuenta y cinco minutos del veintisiete de septiembre del dos mil seis, que al respecto señala:

> "*... Del cuadro fáctico descrito estima la Sala que en este asunto en nada se afecta el principio de estabilidad en el puesto como acusa el recurrente, pues el que deba elegir entre uno u otro régimen no le elimina su derecho a permanecer dentro de un régimen estatutario específico, en el que goce de estabilidad, sino que al contrario se le da la opción de elegir entre quedarse en el del Poder Judicial (en el que cuenta con un cargo en propiedad) u optar por el de carrera diplomática, con la estabilidad que caracteriza a ese régimen especial y para el que ha demostrado la debida idoneidad ...* "

El Código Electoral Ley n°.8765, al respecto establece que para ocupar puestos de elección popular, se presentan las siguientes prohibiciones:

> **"**ARTÍCULO 7.- Impedimentos para ser integrante No podrán ser integrantes de los organismos electorales las siguientes personas:
> a) Los funcionarios y los empleados a que se refiere el segundo párrafo del artículo 146 de este Código, salvo los funcionarios del Registro Civil, los funcionarios del TSE y los magistrados del TSE. b) En un mismo órgano electoral, en un mismo momento, el cónyuge, los hermanos, los padres e hijos, además de la unión de hecho. c) En el TSE, el cónyuge, los hermanos, los ascendientes o descendientes hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad, de los candidatos cuya declaratoria de elección debe efectuar dicho Tribunal. No obstante, si estando ya integrado el Tribunal surge alguna candidatura que produzca la incompatibilidad apuntada, desde ese mismo momento el miembro en funciones afectado deberá excusarse de intervenir en el proceso electoral, sin perjuicio del derecho a su sueldo. Cuando se trate de los magistrados titulares del Tribunal, el impedimento cesará a partir de la declaratoria de elección**."**

Para concluir, a partir de la revisión normativa se aclara lo relacionado a la aplicación de la ley en el caso de los permisos sin goce de salario, así como lo relacionado a los puestos de elección popular.

Sin más acotaciones que agregar, se emite así el criterio solicitado, en espera de haber aclarado en forma suficiente,

Atentamente,

Original firmado {Lic. Álvaro Garita Zúñiga

Lic. Álvaro Garita Zúñiga.
Asesoría Jurídica

AGZ/AMRR

AJ-128-2016
03 de marzo del 2016

Asunto: Consulta sobre el período de tiempo que como máximo puede laborar en docencia un funcionario de la DGSC.

Ref: Oficio RH-096-2016 de fecha 18 de febrero del 2016.

Máster
Luis Enrique Gutiérrez Cortés
Coordinador
Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos
Área de Administración de Servicios Institucionales

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su atento oficio RH-096-2016 de fecha 18 de febrero del año en curso, por medio del cual remite consulta a este despacho, misma que en su oportunidad hiciera efectiva ante su oficina la señora Karla Carranza López, Contralora de Servicios de ésta Dirección General, en relación con el período de tiempo que como máximo puede laborar en docencia un funcionario de la institución.

Sobre el particular nos permitimos indicarle, que ésta Asesoría Jurídica, usualmente, no resuelve consultas sobre casos concretos, que al no ser estrictamente de índole jurídico, resultan responsabilidad de esa oficina el poder dirimir bajo un estudio exhaustivo y particularizado de cada solicitud que en ese sentido se presente a su consideración. No obstante, y en aras de coadyuvar en una posible respuesta en la materia referida, realizaremos un análisis general invocando las normas y los pronunciamientos más recientes que se han hecho al respecto, de manera que quien consulta pueda orientar adecuadamente la solución a sus interrogantes.

Hecha la aclaración anterior, podríamos decir que el tema en discusión ha sido abordado a lo largo del tiempo, en diversos cuerpos normativos, que a su vez han experimentado importantes reformas, con el propósito de aclarar, y en otros casos complementar, una regulación adecuada sobre el particular. En esta línea, el artículo 123 inciso b) de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 del 18 de setiembre del año 2001 y vigente a partir del 16 de octubre del mismo año, señala, en lo que interesa lo siguiente:

> ***"…*** *Los jerarcas de los subsistemas de la Administración Financiera y los demás funcionarios pertenecientes a ellos no podrán:*
>
> ***(…);***
>
> ***b)*** *Desempeñar otro cargo público, salvo ley especial en contrario. De esta prohibición se exceptúa el ejercicio de la docencia…"*

Por su parte, el artículo 17 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 del 06 de octubre del 2004 y vigente a partir del día 29 de ese mismo mes y año, establece en lo pertinente que:

> *"…Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente. De esta disposición quedan a salvo los docentes de instituciones de educación superior,*
>
> *(…);*
>
> *(La Sala Constitucional mediante resolución N° 13431-08 del 02 de setiembre del 2008, interpretó de este artículo el término "simultáneamente", en el sentido de que este implica una superposición horaria o una jornada superior al tiempo completo de trabajo, en el desempeño de dos cargos públicos)…"*

Ésta misma disposición es recogida y ampliada en el reglamento[28] de la citada ley, que además, y siempre sobre el mismo tema, indica en el ordinal 29:

> *"… En aquellos órganos y entes del Sector Público que, con base en su reglamentación interna se le autoriza a los funcionarios públicos a ejercer la docencia en centros de enseñanza superior en horas que coinciden con el horario de trabajo de la institución o de la empresa pública, el respectivo jerarca deberá establecer los mecanismos idóneos que permitan determinar que ese servidor cumplirá el tiempo correspondiente a la jornada ordinaria…"*

No obstante lo anterior, se debe recordar que en una reforma de setiembre del 2007 al artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 del 09 de octubre de 1957, se produce lo que se podría llamar una modificación tácita del primer párrafo del numeral 17 de la Ley N° 8422[29], antes citada, al señalar en lo que interesa, que:

[28] Numeral 33 del Decreto Ejecutivo N° 32333 del 12 de abril del 2005, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 82 del día 29 del mismo mes y año.

[29] Posición que es avalada por la órgano asesor del Estado, en su Dictamen C-217-2010 de fecha 3 de octubre del 2010

"…Ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos, salvo que correspondan a distintos puestos, no exista superposición horaria y entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria…"

Conviene hacer hincapié en el hecho de que el artículo 39 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, consigna la posibilidad de ejercer la docencia en instituciones de educación superior, no obstante, prohíbe que los funcionarios laboren menos horas de la jornada ordinaria, salvo en las condiciones de excepción que el mismo numeral establece en forma taxativa.

Asimismo, la Ley General de Control Interno, N° 8292 del 31 de julio del 2002, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 169 del 4 de setiembre del mismo año, contempla como excepción a una serie de prohibiciones para auditores, subauditores, y en general para el personal de tales dependencias, el ejercicio de la docencia en instituciones de educación superior, siempre y cuando dichas labores sean realizadas fuera de la jornada laboral.

En otro orden de cosas, la misma Procuraduría General de la República (PGR) se ha abocado al estudio de la temática que nos ocupa, en un intento de interpretación de una parte de la normativa citada supra, llegando a diversas conclusiones, entre ellas las siguientes:

"…Cabe advertir que en razón del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, éste Órgano Técnico Consultivo ya había advertido la derogatoria tácita operada sobre el inciso b) del artículo 123 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

En efecto, mediante dictamen C-196-2006 del 17 de mayo de 2006, esta Procuraduría señaló que el inciso b) del artículo 123 había sido derogado por el artículo 17 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, y que por lo tanto, se debía interpretar que la excepción del ejercicio de la docencia a efectos de que un servidor público no pudiera desempeñar dos cargos remunerados simultáneamente, se refería únicamente a la docencia en instituciones de educación superior, incluyendo a las instituciones parauniversitarias y no en los términos amplios señalados por el artículo 123 antes citado. Al respecto, se indicó:

"En el asunto que aquí nos ocupa, ya hemos determinado que los funcionarios cubiertos por el artículo 123 de la Ley N° 8131 en la actualidad se encuentran sometidos a los mandatos de la Ley N° 8422, dado el amplio ámbito de aplicación definido por esta última legislación.

Bajo ese orden de ideas, tenemos que la norma anterior, luego de establecer una limitación para el desempeño simultáneo de cargos públicos, establecía como una de sus excepciones la docencia, entendida ésta en términos generales, de ahí que podían incluirse las funciones docentes de cualquier

nivel, incluyendo las de primaria y secundaria a cargo del Ministerio de Educación Pública.

Ahora bien, el numeral 17 de la Ley N° 8422, que vino a regular la misma situación, sea el ejercicio de la docencia como una salvedad a la prohibición para el desempeño simultáneo de cargos públicos retribuidos salarialmente, contempla dicha excepción pero en términos más restrictivos, toda vez que se trata únicamente de "los docentes de instituciones de educación superior".

Así, en cuanto a la aplicación de esta salvedad, debemos señalar que su alcance quedó circunscrito con la nueva norma a los casos de educación superior universitaria y parauniversitaria..."[30]

Sobre la existencia de una posible antinomia ya señalada páginas atrás, y las eventuales derogatorias surgidas entre los contenidos del artículo 17 de la Ley N° 8422 y el ordinal 15 de la Ley N° 2166, de repetida cita, el Ente Procurador, en el mismo dictamen mencionado, resuelve lo procedente, al indicar que:

"…No obstante la antinomia normativa que existía al momento de promulgarse la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, tal y como lo indica el Dr. Castillo, la derogatoria tácita parcial del artículo 15 no fue declarada por esta Procuraduría General de la República, por lo que la norma se reputaba como vigente.
Ahora bien, en el año 2007, se produce un nuevo cambio normativo en el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, cambio que en nuestro criterio implica la derogatoria parcial en forma tácita del artículo 17 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública…"

Este conjunto de consideraciones formuladas por la PGR, la llevan a concluir en el dictamen de cita lo siguiente sobre el tema en estudio:

"… 1. Con la reforma operada en el artículo 15 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, se ha producido una derogatoria tácita en forma parcial del artículo 17 de la Ley 8422, en la frase que señala: "Ninguna persona podrá desempeñar, simultáneamente, en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente." , siendo que la fórmula general que debe considerarse vigente en este momento es la establecida en el artículo 15 y que dispone: "Ningún servidor podrá devengar dos o más sueldos, salvo que correspondan a distintos puestos, no exista superposición horaria y entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria."

2. *La docencia en centros de educación superior constituye una excepción a la prohibición anterior, siendo que es posible la superposición horaria en estos,*

[30] Dictamen C-217-2010 del 03 de noviembre del 2010.

siempre y cuando el funcionario público labore en forma completa la jornada de trabajo en la Administración Pública, es decir, siempre que reponga el tiempo que destina a dar clases dentro del horario de trabajo.

3. *Las normas que regulan los casos de excepción a la prohibición general de percibir dos o más salarios en la Administración Pública, no establecen un tiempo máximo para el desempeño simultáneo de los cargos, por lo que debe interpretarse que estamos ante un caso de excepción de la aplicación de la jornada máxima de trabajo…"* (El subrayado no es del original)

Para mayor abundamiento acerca del tema, se puede consultar el dictamen C-207-2011 del 2 de setiembre del 2011 emitido por la PGR, en donde se consigna una serie de argumentos complementarios y aclaratorios a la evacuación de la consulta planteada en el dictamen C-217-2010, tantas veces citado, y que tiene relación con la interrogante presentada ante este despacho. Dentro de los principales elementos conclusivos y determinantes a que llega el ente asesor del Estado sobre la temática en estudio, se encuentran los siguientes:

- "…***Existe como regla de principio, una prohibición para que los servidores públicos se desempeñen simultáneamente en más de un cargo remunerado, salvo que se trate de distintos cargos, no exista superposición horaria y entre todos no sobrepasen la jornada ordinaria.***

- ***El desempeño simultáneo de los cargos, hace referencia a la existencia de una superposición horaria en los distintos puestos, es decir, la prohibición no incluye aquellos supuestos en que los puestos ocupados no se traslapen en el tiempo.***

- ***La docencia en centros de educación constituye una excepción a la prohibición anterior, siendo que es posible la superposición horaria en estos, siempre y cuando el funcionario público labore en forma completa la jornada de trabajo.***

(…);

…en razón de que no existe un impedimento para que un servidor labore como docente universitario después de la jornada ordinaria de trabajo, es claro que de darse este supuesto, al funcionario le debe ser reconocida la totalidad del tiempo que labore como docente, pues insistimos, no existe un límite máximo para desempeñar esa labor (…). Cabe advertir que corresponderá a la Administración Activa determinar en cada caso concreto si el pago resulta procedente o no, atendiendo a las características propias de la situación que se analice…" (El resaltado es del original)

Finalmente hemos de indicar que, si bien es cierto, y como ha quedado ampliamente demostrado, no existe un límite máximo para que un funcionario se desempeñe en labores de docencia en centros de enseñanza superior, también es dable agregar que la normativa laboral, concretamente el Código de Trabajo[31], establece una jornada ordinaria diurna no mayor de ocho horas y una jornada ordinaria nocturna no mayor de seis horas, de manera que según sea el caso, no superen las cuarenta y ocho horas semanales de trabajo, sin perjuicio que el trabajador pueda optar por una jornada ordinaria mixta de hasta ocho horas, siempre dentro del límite semanal apuntado, o incluso de una jornada "extraordinaria" que no puede superar las doce horas diarias.[32]

Con base en lo expuesto con anterioridad, debe quedar suficientemente claro, que al incluir los dos numerales supra transcritos, se busca, por una parte, impedir los abusos patronales en relación con el establecimiento de jornadas laborales extenuantes y, asimismo, garantizar que el trabajador, en nuestro caso los funcionarios públicos, se vean compelidos a laborar solo aquellas horas que respeten los períodos de tiempo dedicados al descanso diario, necesarios para garantizar la recuperación adecuada de las fuerzas de trabajo, que deben poner nuevamente al servicio de su patrono, como contraprestación del salario recibido.

No omitimos manifestar que, en relación con el objeto central de la consulta planteada a esta Asesoría Jurídica por el señor Gutiérrez Cortés, será en última instancia la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos, la responsable directa de analizar en cada caso concreto, (como bien ha dicho la propia PGR en los dictámenes citados), las solicitudes que presenten funcionarios que deseen dedicarse a la docencia en centros de enseñanza a nivel superior, resolviendo lo procedente a la luz del ordenamiento jurídico aplicable, arto señalado, y los pronunciamientos del ente asesor del Estado, según se considere adecuado.

Sin otro particular, suscribe,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

[31] Artículo 136.
[32] Artículo 140 del mismo cuerpo normativo.

AJ-038-2016
25 de enero del 2016

Asunto: Consulta sobre procedencia de pago de prohibición a la Contralora de Servicios.

Ref: Oficios DGAC-URH-OF-1537-2015 de fecha 30 de noviembre de 2015 y DGAC-UALG-OF-0020-2016 de fecha 7 de enero de 2016.

Señora
Flory Ortiz Vargas
Jefa de Recursos Humanos
Dirección General de Aviación Civil

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de la Asesoría Jurídica, se da respuesta a su oficio N° DGAC-URH-OF-1537-2015 de fecha 30 de noviembre de 2015 y el oficio N° DGAC-UALG-OF-0020-2016 de fecha 7 de enero del presente año, por medio de los cuales remite consulta respecto a la procedencia del pago de Prohibición a la Contralora de Servicios de esa institución.

Previo a cualquier consideración jurídica, resulta conveniente, hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, de ahí que no resulte procedente atender los casos hipotéticos o concretos planteados.

Siendo que las prevenciones hechas con anterioridad por este despacho han sido solventadas se procede a emitir el criterio correspondiente.
Para la conformación de las Contralorías de Servicios institucionales se emitió la Ley Reguladora del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios, número 9158, del 10 de setiembre de 2013, que en su artículo 1 nos establece el objeto de las mismas, y nos aventuramos a transcribir:

"ARTÍCULO 1.- Objeto de la ley

La presente ley tiene como objeto regular la creación, la organización y el funcionamiento del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios, en adelante Sistema, como un mecanismo para garantizar los derechos de las personas usuarias de los servicios que brindan organizaciones públicas y empresas privadas que brindan servicios públicos, que estén inscritas en el Sistema de conformidad con esta ley, coadyuvando con ello en la efectividad, mejora continua e innovación en la prestación de los servicios."

En esta misma línea de ideas se contempla la figura del Contralor y Sub Contralor de servicios en el artículo 27 de la ley supra citada, que indica:

"ARTÍCULO 27.- Limitaciones en el ejercicio de las funciones de la persona Contralora y subcontralora de servicios
Las personas contralora y subcontralora de servicios no podrán:
***1)** Desempeñar otro cargo público, si es que ejerce en el sector público el de contralor o subcontralor de servicios, salvo ley especial que establezca lo contrario. Se exceptúa de esta **prohibición** el ejercicio de la docencia, de acuerdo con lo que se estipule en el reglamento de esta ley, así como en los reglamentos autónomos de servicios o normas de cada una de las organizaciones.*
***2)** Conocer, participar, intervenir, de forma directa o indirecta, en la tramitación o resolución de asuntos sometidos a su competencia por materia, cuando tenga, directa o indirectamente, interés personal o cuando las personas interesadas sean sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea directa o colateral, hasta el tercer grado inclusive o en los que estos tengan interés directo o indirecto.*
A la persona contralora y subcontralora de servicios se le reconocerán los incentivos salariales profesionales respectivos, de acuerdo con las normas establecidas en cada organización y conforme a las leyes que apliquen, según sea procedente." (La negrita es nuestra)

Como se puede observar de lo transcrito existe una serie de limitaciones laborales y profesionales, bajo el nombre de prohibición, para lo cual se le concederán los incentivos adecuados.

Ahora bien la Procuraduría General de la República, se ha manifestado claramente respecto a la pertinencia del pago de prohibición de los Contralores y Sub Contralores de Servicios Institucionales, específicamente en su Dictamen N° C-168-2013 del 26 de agosto del 2013, que en lo que interesa nos señala:

"Por otra parte, y en atención concreta a la segunda interrogante planteada, respecto a si le alcanza el régimen de prohibición al Contralor de Servicios, concordamos con el criterio externado por el Departamento de Auditoría al indicar que sí le alcanza la prohibición ordenada en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. // (…) Adviértase de lo anterior, que específicamente la norma de interés prescribe, aunque sea en forma genérica, que los cargos de contralor y subcontralor interno quedan sujetos al régimen de

prohibición expresa que dispone la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Ya la norma había hecho referencia a los puestos del contralor y el subcontralor general, razón por la cual se deduce sin mayor complejidad, que al indicar posteriormente al contralor y subcontralor interno se está haciendo alusión a cualquier tipo de funcionario que ejerza en forma específica ese tipo de funciones, dentro de los cuales estarían contemplados obviamente los contralores o subcontralores de servicios."

Como se puede observar, existe un exégesis genérica que permite la aplicación del pago de prohibición a los Contralores y Sub Contralores institucionales, esto siempre que se efectúen los requerimientos tal cual lo exigen los numerales 20 y 21 de la Ley Reguladora del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios, que entre otros exhorta a que: dicho puesto no se efectué como recargo, que se ejecute por un funcionario regular y no de confianza, que sea nombrado de acuerdo a lo exigido en el Régimen de Servicio Civil, y los demás requisitos que estas normas demandan. A esto se debe agregar que la persona en el cargo tenga una profesión denominada liberal, y que por lo tanto sea susceptible a dicha prohibición.

Con respecto al oficio DGAC-UALG-OF-0020-2016, se tiene que señalar que en el mismo se omiten las consideraciones reseñadas supra, o sea no hace mención a la Ley 9158, que es el cuerpo legal que da sustento al asunto en cuestión, por lo que no es de recibo para este despacho las argumentaciones ahí planteadas, por un asunto de seguridad jurídica y legalidad.

Por lo tanto y toda vez que el pago de este rubro es reserva de ley, derivado de un pronunciamiento del órgano consultivo del Estado, en este estado de cosas y siempre que se cumpla con lo ya descrito y derivado, este Despacho asiente que es procedente la cobertura del Régimen de Prohibición a la persona que ocupe el cargo de Contralor de Servicios Institucional, cuando ésta cumpla con todos los requisitos.

Sin otro particular,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Marlon F. Barrelier Pérez.

Lic. Marlon Barrelier Pérez
Asesoría Jurídica

MBP/AMRR

AJ-076-2016
11 de febrero del 2016

Asunto: Consulta sobre procedencia de pago de prohibición a la Contralora y Subcontralor de Servicios.

Ref: Oficios GRI-43-2016 de fecha 28 de enero de 2016 y AJ-075-2015 de fecha 28 de setiembre de 2015.

Mba.
Marta Porras Vega
Encargada
Gestión Institucional de Recursos Humanos
Imprenta nacional

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de la Asesoría Jurídica, se da respuesta a su oficio N° GRI-43-2016 de fecha 28 de enero de 2016 y el oficio N° AJ-075-2015 de fecha 28 de setiembre del 2015, por medio de los cuales remite consulta respecto a la procedencia del pago de Prohibición a la Contralora y Subcontralor de Servicios de esa institución.

Previo a cualquier consideración jurídica, resulta conveniente, hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, de ahí que no resulte procedente atender los casos hipotéticos o concretos planteados.

Siendo que las prevenciones hechas con anterioridad por este despacho han sido solventadas se procede a emitir el criterio correspondiente.
Para la conformación de las Contralorías de Servicios institucionales se emitió la Ley Reguladora del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios, número 9158, del 10 de setiembre de 2013, que en su artículo 1 nos establece el objeto de las mismas, y nos aventuramos a transcribir:

"ARTÍCULO 1.- Objeto de la ley

La presente ley tiene como objeto regular la creación, la organización y el funcionamiento del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios, en adelante Sistema, como un mecanismo para garantizar los derechos de las personas usuarias de los servicios que brindan organizaciones públicas y empresas privadas que brindan servicios públicos, que estén inscritas en el Sistema de conformidad con esta ley, coadyuvando con ello en la efectividad, mejora continua e innovación en la prestación de los servicios."

En esta misma línea de ideas se contempla la figura del Contralor y Sub Contralor de servicios en el artículo 27 de la ley supra citada, que indica:

"ARTÍCULO 27.- Limitaciones en el ejercicio de las funciones de la persona Contralora y subcontralora de servicios
Las personas contralora y subcontralora de servicios no podrán:
***1)** Desempeñar otro cargo público, si es que ejerce en el sector público el de contralor o subcontralor de servicios, salvo ley especial que establezca lo contrario. Se exceptúa de esta **prohibición** el ejercicio de la docencia, de acuerdo con lo que se estipule en el reglamento de esta ley, así como en los reglamentos autónomos de servicios o normas de cada una de las organizaciones.*
***2)** Conocer, participar, intervenir, de forma directa o indirecta, en la tramitación o resolución de asuntos sometidos a su competencia por materia, cuando tenga, directa o indirectamente, interés personal o cuando las personas interesadas sean sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea directa o colateral, hasta el tercer grado inclusive o en los que estos tengan interés directo o indirecto.*
A la persona contralora y subcontralora de servicios se le reconocerán los incentivos salariales profesionales respectivos, de acuerdo con las normas establecidas en cada organización y conforme a las leyes que apliquen, según sea procedente." (La negrita es nuestra)

Como se puede observar de lo transcrito existe una serie de limitaciones laborales y profesionales, bajo el nombre de prohibición, para lo cual se le concederán los incentivos adecuados.

Ahora bien la Procuraduría General de la República, se ha manifestado claramente respecto a la pertinencia del pago de prohibición de los Contralores y Sub Contralores de Servicios Institucionales, específicamente en su Dictamen N° C-168-2013 del 26 de agosto del 2013, que en lo que interesa nos señala:

"Por otra parte, y en atención concreta a la segunda interrogante planteada, respecto a si le alcanza el régimen de prohibición al Contralor de Servicios, concordamos con el criterio externado por el Departamento de Auditoría al indicar que sí le alcanza la prohibición ordenada en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. // (…) Adviértase de lo anterior, que específicamente la norma de interés prescribe, aunque sea en forma genérica, que los cargos de contralor y subcontralor interno quedan sujetos al régimen de

prohibición expresa que dispone la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Ya la norma había hecho referencia a los puestos del contralor y el subcontralor general, razón por la cual se deduce sin mayor complejidad, que al indicar posteriormente al contralor y subcontralor interno se está haciendo alusión a cualquier tipo de funcionario que ejerza en forma específica ese tipo de funciones, dentro de los cuales estarían contemplados obviamente los contralores o subcontralores de servicios."

Como se puede observar existe un exégesis genérica que permite la aplicación del pago de prohibición a los Contralores y Sub Contralores institucionales, esto siempre que se efectúen los requerimientos tal cual lo exigen los numerales 20 y 21 de la Ley Reguladora del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios, que entre otros exhorta a que: dicho puesto no se efectúe como recargo, que se ejecute por un funcionario regular y no de confianza, que sea nombrado de acuerdo a lo exigido en el Régimen de Servicio Civil, y los demás requisitos que estas normas demandan. A esto se debe agregar que la persona en el cargo tenga una profesión denominada liberal, y que por lo tanto sea susceptible a dicha prohibición.

Con respecto al oficio AJ-075-2016, se tiene que señalar que en el mismo se omiten las consideraciones reseñadas supra, o sea no hace un análisis a profundidad y detallado, relacionado a la Ley 9158, que es el cuerpo legal que da sustento al asunto en cuestión, siendo que se hace un análisis desde la óptica de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, olvidándose del asunto medular, la pertinencia intrínseca del pago emanado de la ley en mención.

Por lo tanto y toda vez que el pago de este rubro es reserva de ley y no un acto administrativo, aunque sea derivado de un decreto o un pronunciamiento del órgano consultivo del Estado o de una ley conexa, máxime si la ley y su relación directa con el tema es obviada, es que no se entrara en consideraciones del oficio en marras.

En este estado de cosas y siempre que se cumpla con lo ya descrito y procedente, este Despacho asiente que puede ser procedente el pago del rubro de Prohibición a las personas que ocupen los cargos de Contralor y Subcontralor de Servicios Institucional.

Sin otro particular,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Marlon F. Barrelier Pérez.

Lic. Marlon Barrelier Pérez

Asesoría Jurídica

MBP/AMRR

AJ-118-2016
25 de febrero de 2016

Asunto: Solicitud de criterio legal respecto al reconocimiento del 25% de prohibición del laudo arbitral N°251 del Tribunal Superior de Trabajo.

Ref: Oficio número DGIRH-89-2016 de 29 de enero de 2016.

Licenciado
José Claudio Fallas Cortés
Jefe a.i.
Gestión Institucional de Recursos Humanos
Ministerio de Agricultura y Ganadería.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se atiende su consulta remitida mediante Oficio Número DGIRH-89-2016 fechado al 29 de enero del 2016, en el cual externa la situación acaecida de unos funcionarios del MAG en relación con la solicitud del reconocimiento del 25% de prohibición otorgado a través del Laudo Arbitral N°251, pese a haberse acogido a la pensión y haber reingresado a laborar nuevamente en la Institución, y solicita al respecto nuestro criterio.

Sobre el particular, y previo a los argumentos que se dirán, conviene aclarar que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a casos concretos que le son sometidos a su escrutinio técnico, por cuanto los mismos son resorte exclusivo de la Administración Activa, quien deberá resolver lo procedente, a la luz del análisis general que desde el ámbito estrictamente normativo y jurisprudencial 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.

Asimismo, y siempre en esta misma línea de pensamiento, hemos de aclarar a quien consulta, que no corresponde, igualmente, a este Despacho, el revisar los criterios jurídicos de las dependencias técnicas ministeriales correspondientes, ni mucho menos las diversas disposiciones normativas internas, que en el ejercicio de sus potestades, emitan las instituciones y órganos públicos cubiertos por el Régimen Estatutario, salvo las excepciones de ley.

Pese a lo anterior y a manera de colaboración nos permitimos transcribir en lo que nos interesa, parte del criterio de la Procuraduría General de la República C-281-2012 del 26 de noviembre del 2012 mismo que dispuso:

" (…)

En sentido similar, la Sala Constitucional ha señalado que:

"Los conceptos de derecho adquirido' y 'situación jurídica consolidada' aparecen estrechamente relacionados en la doctrina constitucionalista. ***Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota a aquella circunstancia consumada en la que una cosa —material o inmaterial, trátese de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente— ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable****. Por su parte, la situación jurídica consolidada' representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún. Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que —por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado— haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo 'si..., entonces...'; vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la 'situación jurídica consolidada' implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado. En ambos casos (derecho adquirido o situación jurídica consolidada), el ordenamiento protege —tornándola intangible— la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y de certeza jurídica. En este caso, la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley se traduce en la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento no puede tener la consecuencia de sustraer el bien o el derecho ya adquirido del patrimonio de la persona, o de provocar que si se había dado el presupuesto fáctico con anterioridad a la reforma legal, ya no surja la consecuencia (provechosa, se entiende) que el interesado esperaba de la situación jurídica consolidada.* ***Ahora bien, específicamente en punto a ésta última, se ha entendido también que nadie tiene un "derecho a la inmutabilidad del ordenamiento" es decir, a que las reglas nunca cambien.*** *Por eso, el precepto constitucional no consiste en que, una vez nacida a la vida jurídica, la regla que conecta el hecho con el efecto no pueda ser modificada o incluso suprimida por una norma posterior; lo que significa es que–como se explicó– si se ha producido el supuesto condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla no podrá tener la virtud de impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la norma anterior. Esto es así porque, se dijo, lo relevante es que el estado de cosas de que gozaba la persona ya estaba definido en cuanto a sus elementos y a sus efectos, aunque éstos todavía se estén produciendo o, incluso, no hayan comenzado a producirse. De este modo, a lo que la persona tiene derecho es a la consecuencia, no a la regla."* *(El subrayado no es del original). (Sala*

Constitucional, resolución número 218-2009 de las diez horas y doce minutos del trece de enero del dos mil nueve).

(Destacado en negrita no es del original)

Aplicando los conceptos anteriores al caso concreto, es claro que la existencia de una prohibición en los términos descritos en el laudo arbitral de cita, constituye un derecho adquirido para el funcionario que mantenga el puesto y las funciones que dieron origen al beneficio. Por ello, si el funcionario ha sido trasladado a desempeñarse en otro puesto con funciones diversas, ese traslado deberá regirse por las circunstancias que resulten aplicables al nuevo puesto desempeñado.

Al tenor de lo expuesto, en nuestro criterio, no podría sostenerse que existe un derecho adquirido a mantener el beneficio de "prohibición" originado en el laudo arbitral 251-90 del 30 de marzo de 1990, cuando el funcionario ha sido trasladado de puesto y se han modificado las funciones que dieron origen al sobresueldo de prohibición…"

Dentro del mismo contexto conviene también mencionar el Criterio C-036-95 de la Procuraduría General de la República del 22 de febrero de 1995 en relación al tema que sobre derechos adquiridos manifestó:

"(…)

Esta teoría tiene toda la fuerza seductora -- siempre la tuvo--que le da la aparente claridad de la idea «derecho adquirido» y su evocación de la seguridad jurídica material. Sin embargo, el jurista sabe bien que esa claridad es sólo aparente: el concepto «derecho adquirido» es tan etéreo como el de retroactividad, pues vienen a ser caras de una misma moneda. Baste aquí recordar dos cosas: a) la compleja gama de situaciones -- a veces muy dignas de protección-- por las que puede pasar la gestación de un derecho antes de llegar a ser «adquirido»; b) la dificultad que implica trazar la línea divisoria entre el derecho adquirido y sus consecuencias en las situaciones de duración indefinida, aspecto éste que ha abierto desde siempre una brecha definitiva en esta teoría" (ibidem., p. 495)[33]…"

En razón de lo expuesto, siendo que esta Asesoría Jurídica mediante oficio número AJ-159-99 del 6 de abril de 1999 externó su criterio sobre el reconocimiento de este 25% por concepto de prohibición producto del Laudo Arbitral N° 251 indicando:

"…En el caso que nos consulta se trata de que estos funcionarios por la puesta en marcha de un Manual Institucional, sus puestos fueron ubicados en

[33] Francisco López Menudo, "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional", en: "Estudios sobre la Constitución española", t. I, Madrid, Civitas, 1991, p. 456).

> *niveles de profesionales, lo que produce que las circunstancias originales bajo las cuales se otorgó el plus aludido desaparecieron, sin embargo, con el ánimo de no causar un perjuicio directo a los citados servidores se permite que puedan seguir disfrutando del 25% a que hemos hecho referencia…"*

Así las cosas tenemos que los profesionales afectos al Laudo que pasaron de ser técnicos a ser profesionales, se les reconoce la existencia de una prohibición en los términos descritos en el laudo arbitral de cita, mismo que constituye un derecho adquirido para el funcionario que mantenga el puesto y las funciones que dieron origen al beneficio. Más sin embargo aquellos funcionarios que se acogieron a la movilidad laboral y reingresan nuevamente a ser funcionarios de ese ente ministerial lo hacen con puesto y clase de profesionales, por lo tanto deberá regirse ese reingreso a la Administración por las circunstancias que resulten aplicables al nuevo puesto desempeñado, pues se tiene como una terminación de la continuidad laboral.

Así lo reconoció el criterio de supra cita C-281-2012 al decir:

> *"Al tenor de lo expuesto, en nuestro criterio, no podría sostenerse que existe un derecho adquirido a mantener el beneficio de "prohibición" originado en el laudo arbitral 251-90 del 30 de marzo de 1990, cuando el funcionario ha sido trasladado de puesto y se han modificado las funciones que dieron origen al sobresueldo de prohibición."*

Con las consideraciones expuestas damos por atendida su consulta.

Atentamente,

Original firmado {Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

ABR/AMRR

AJ-189-2016
31 de marzo de 2016

Asunto: Solicitud de criterio sobre reconocimiento para el pago de prohibición, a profesionales en informática que laboran para el MOPT, ubicados fuera de la Dirección de Informática.

Ref: Oficio DAG-2016-0997 de fecha 18 de marzo de 2016.

Licenciada
Irma Gómez Vargas
Auditora General
Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Estimada señora:

Con la autorización del señor Director de esta Asesoría Jurídica, procedemos a atender su atento oficio DAG-2016-0997 de fecha 18 de marzo del año en curso, mediante el cual solicita criterio sobre las siguientes tópicos, que se proceden a transcribir en lo que interesa:

- *"…Con respecto a éste último inciso d), se solicita el criterio de la Dirección del Servicio Civil, en cuanto a la frase…"**o cuenten con una preparación equivalente**"…"*

- *"…le agradeceré nuevamente el criterio de dicha Dirección, con respecto al pago de la prohibición a funcionarios de informática que no se encuentran trabajando directamente para la Dirección de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes…"*

Al recordarle a la señora auditora que dentro de las competencias legales que tiene esta Asesoría Jurídica[34], no se encuentra el poder resolver asuntos concretos que le son sometidos a su escrutinio por parte de las diferentes instituciones y órganos públicos, de manera que no se sustituya a la administración activa en el ámbito de sus responsabilidades; nos permitimos aclarar de igual manera, que el tema de su segunda interrogante fue debidamente abordado en el oficio AJ-638-2014 del 19 de setiembre del 2014, emitido por este despacho ante consulta formulada por su representada, considerándose que la respuesta brindada en dicha oportunidad, incorporó los fundamentos normativos y pronunciamientos técnicos de la Procuraduría General de la República, necesarios para orientar, desde un ámbito

[34] Artículo 7, Nivel Asesor, inciso a) del Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo N° 35573-MP del 16 de setiembre del 2009, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 222 del 16 de noviembre del mismo año.

general de la temática en estudio, una posible solución al objeto central de su consulta, razón suficiente por la que no se agregará elementos adicionales a dicho criterio.

En relación con el punto inicial de su consulta, por tratarse de un tema eminentemente técnico, se procederá con el traslado de su solicitud y la copia del documento de referencia al Máster Francisco Chang Vargas, Director del Área de Salarios e Incentivos de esta Dirección General, para que, como dependencia técnica competente, proceda a dar una respuesta como corresponde.

Sin otro particular, suscribe;

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

C.c. MSc. Francisco Chang Vargas, Director Área de Salarios e Incentivos DGSC.

Anexo: Copia Oficio DAG-2016-0997

RFA/AMRR

AJ-222-2016
19 de abril del 2016

Asunto: Consulta sobre la compensación económica por concepto de prohibición, en puestos con la especialidad de informática y computación.

Ref: Oficio AU-O-044-2016 de fecha 01 de abril del 2016.

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

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su atento oficio AU-O-044-2016 de fecha 01 de abril del año en curso, por medio del cual remite consulta a este centro de trabajo, en relación con el reconocimiento del pago por concepto de prohibición a funcionarios que ocupan puestos de técnico y de profesional en las disciplinas de informática y computación, los cuales laboran en dependencias técnicas distintas a la Dirección de Informática de la institución respectiva.

De su misiva se extrae, adicionalmente, que como justificación del reconocimiento de dicho estipendio, media una declaración jurada suscrita por la Directora de Informática, el Jefe del Departamento donde se ubica el puesto en estudio y el funcionario que ocupa el mismo, dando fe de que las funciones que realiza corresponden a las requeridas en el ordenamiento jurídico vigente, que hace posible la ejecución del pago respectivo.

Como se le ha informado a esa área técnica en diversas ocasiones, no corresponde a esta Asesoría Jurídica resolver situaciones concretas que le son sometidas a su escrutinio, a fin de no apropiarse de competencias y responsabilidades propias de

otras dependencias pertenecientes a esta Dirección General o de instituciones públicas cubiertas por el régimen estatutario.

No obstante lo anterior, y en aras de contribuir con su representada en la búsqueda de una respuesta apropiada a las interrogantes planteadas, nos permitimos indicarle que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre el tema central de su consulta, mediante los oficios, (entre otros), AJ-320-2009 y AJ-638-2014, de fechas 15 de junio del 2009 y 19 de setiembre del 2014, respectivamente, de los cuales adjuntamos copia para su respectiva revisión, y cuyos contenidos, considera este despacho, resultan suficientes para dirimir la situación traída a estudio.

Por otra parte, y siempre dentro del alcance de su misiva, hemos de indicar, que la procedencia o no en la utilización de una declaración jurada, como instrumento jurídico para justificar la emisión de un acto administrativo, que bien podría ser el que nos ocupa, no es una decisión, diríamos, discrecional del ente competente para hacerlo, sino por el contrario, se encuentra supeditado a que el mismo procedimiento establecido para el dictado del acto lo incluya como requisito, o que en su defecto, lo exija el ordenamiento jurídico aplicable. De tal suerte, que será la propia administración activa, o en este caso la dependencia técnica que consulta, la que deberá valorar, a la luz del bloque de legalidad imperante, lo que procede en cada caso particular, conforme a Derecho.

Con estos argumentos finales, damos por evacuada su consulta.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

AJ-227-2016
20 de abril del 2016

Asunto: Consulta sobre la posibilidad que tiene un funcionario al que se le reconoce el incentivo económico por concepto de prohibición, para laborar como docente y ejercer liberalmente su profesión.

Ref: Oficio sin número de fecha 18 de marzo de 2016, remitido mediante correo electrónico de la misma fecha.

Señor:
José Alberto Vega Chacón
javegach@hotmail.com

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su atento oficio sin número, de fecha 18 de marzo del año en curso, remitido a este centro de trabajo mediante correo electrónico de la misma fecha, por medio del cual se consulta sobre la posibilidad que tiene usted como funcionario público de realizar labores remuneradas de docencia, así como ejercer liberalmente su profesión en la especialidad de informática y computación, en periodos de tiempo libre y sin percibir pago alguno, a pesar de que recibe actualmente el estipendio por concepto de prohibición.

Sobre el particular nos permitimos aclarar al consultante, que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para pronunciarse sobre casos concretos o particulares como el que se esboza claramente en su misiva, en virtud de que, corresponde a las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos de las instituciones públicas en las que se labora, el poder resolver las inquietudes específicas que manifiestan sus servidores, referente a este tema y otros, que se encuentran en la órbita del empleo público. No obstante lo anterior, y con el afán de contribuir en la búsqueda de una respuesta adecuada a sus interrogantes, atenderemos la consulta planteada desde una perspectiva general, haciendo alusión a la normativa que rige la temática en estudio.

Volviendo al tema de su preocupación, hemos de decir que el mismo se encuentra regulado en la Ley de Compensación por pago de prohibición, N° 5867 del 15 de diciembre de 1975[35], y su reglamento, Decreto Ejecutivo N° 22614 del 22 de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 209 del 02 de noviembre de ese mismo año, fecha a partir de la cual entra en vigencia este último cuerpo normativo[36].

Es así como la referida Ley N° 5867 dispone en su artículo 2, en lo que interesa, lo siguiente:

> *"…Aquellos funcionarios a quienes se les otorgue el beneficio indicado anteriormente, no podrán ejercer de manera particular, a excepción de la docencia, actividades relativas al ejercicio de su profesión..."* (El subrayado no pertenece al original)

De igual forma, y como complemento a dicha regla, el ordinal 18 del Decreto Ejecutivo N° 22614, supra citado, señala que:

> *"…Artículo 18: Queda prohibido a los beneficiarios:*
>
> *a) Asesorar o ejercer en forma liberal funciones iguales o similares a las del cargo que ostentan.*
>
> *b) Salvo las excepciones de ley, ejercer libremente aquella profesión por lo cual se recibe el pago de la compensación económica por concepto de prohibición…"* (Subrayado es propio)

Continua la norma reglamentaria indicando lo siguiente:

> *"…Artículo 19: El servidor que goce del beneficio de la prohibición está facultado para ejercer excepcionalmente su profesión, en los siguientes casos:*
>
> *(…);*
>
> *b) Cuando se trate de impartir cursos de capacitación en instituciones públicas siempre que sean auspiciadas y organizadas por dichas instituciones,*

[35] Reformada en varias oportunidades.
[36] Se entiende que la compensación económica por concepto de prohibición, opera solo en el tanto exista una ley que prohíba a determinados funcionarios el ejercicio privado o liberal de su profesión, así como una norma de igual rango que autorice , expresamente, el pago de dicho incentivo al servidor de que se trate.

> *c) Cuando se trate del ejercicio profesional relacionado con los asuntos personales del servidor, cónyuge, descendientes o ascendientes hasta un tercer grado de consanguinidad o afinidad (hermanos, suegros, yernos y cuñados), siempre que no existan fines de lucro por parte del funcionario o de los familiares aquí mencionados.*
>
> *d) Cuando se le nombre en cargos de Juntas Directivas, siempre y cuando no exista conflicto de intereses con el puesto desempeñado…"* (Subrayado es propio)

Como podrá notar el señor Vega Chacón, la norma es clara en establecer las excepciones para el ejercicio profesional de aquellos funcionarios que ocupan puestos en los cuales se reconoce el estipendio por concepto de prohibición para el ejercicio liberal de su profesión, de forma tal, que la situación que se pretende esclarecer deberá ser analizada a la luz de los ordinales precitados, y determinar la procedencia o no de las actividades que conforme a su formación, se pretenden llevar a cabo en el ámbito privado por parte de quien consulta.

Ahora bien, la misma Procuraduría General de la República ha sido contundente en manifestar, la responsabilidad que tiene el servidor público de adecuar su conducta a la búsqueda del interés público, por sobre cualesquier otro interés particular o privado, de manera que procure evitar exponerse a una situación de conflicto que pudiera comprometer su imparcialidad, y la consecución de los objetivos institucionales del organismo público para el cual labora.

En esta línea, el ente asesor del Estado, citando pronunciamientos de los tribunales ordinarios de la República ha dicho que[37]:

> *"…El desempeño de los cargos públicos conlleva el cumplimiento de diversos principios éticos que obligan al funcionario a abstenerse de realizar conductas que pueden resultar perjudiciales al interés público, independientemente de que se encuentren cubiertos por el régimen de prohibición.*
>
> *(…);*
>
> *"Así las cosas, si el funcionario está llamado a actuar con rectitud en todo momento, así como a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, frente a la cual debe guardar una absoluta lealtad y transparencia, sus ocupaciones profesionales a nivel privado, aún cuando las desempeñe fuera de horas de trabajo, no pueden entrañar una situación incompatible en relación con los asuntos que se atienden en la institución, ni tampoco pueden ser obtenidas o desarrolladas*

[37] Dictamen C-179-2007 de fecha 11 de junio del 2007

prevaleciéndose indebidamente de las potestades y de la posición que le confiere el cargo público que ocupa.

Valga mencionar que el dictamen de esta Procuraduría General N° C-245-2005 de fecha 4 de julio del 2005 señaló ciertas consideraciones generales sobre el tema, que resulta pertinente retomarlas como sigue:

"La Sala Constitucional se ha referido a la necesidad de establecer disposiciones que tiendan a evitar los conflictos de interés en la Administración, ya que ello afecta el funcionamiento administrativo y los principios éticos en que debe fundarse la gestión administrativa: "Al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir al menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad de los funcionarios, del principio-deber de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública.…

"En primer lugar, el ejercicio de la función pública está regentada por un conjunto de valores, principios y normas de un alto contenido ético y moral, con el propósito de garantizar la imparcialidad, la objetividad (véanse, entre otros, los votos números 1749-2001 y 5549-99 del Tribunal Constitucional, los cuales, aunque referidos a las incompatibilidades, tienen un alcance general), la independencia y evitar el nepotismo en el ejercicio de la función pública. Desde esta perspectiva, se busca "(…) dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal." (Véase el voto n.° 3932-95). En esta materia, evidentemente, el interés público prevalece sobre el interés particular (véanse el voto n.° 5549-95)."

Bajo este orden de ideas, es necesario indicar que la imparcialidad que debe regir la actuación de todo funcionario público, constituye un principio constitucional de la función pública, que es fundamental para lograr la satisfacción de las necesidades públicas a través de conductas objetivas que permitan la prestación del servicio de manera eficaz y continua para la colectividad. .." (Dictamen C-391-2006 del 4 de octubre del 2006, el subrayado no es del original.)…"

No omitimos manifestar, que de conformidad con lo preceptuado en el numeral 13 del texto reglamentario mencionado en este documento, corresponde a la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos del órgano público para el que usted labora, como ya se dijo, el ejercer todos los mecanismos y procedimientos de control necesarios, referentes al pago del incentivo de prohibición; razón suficiente para que sea esa misma dependencia técnica la que analice y valore, en el marco de sus competencias, las especificidades o detalles de las actividades que usted refriere en su misiva, y la procedencia o no de que las mismas puedan ser ejecutadas en el ámbito privado, remuneradas o no, sin que transgredan las normas y principios esbozados en líneas precedentes.

Para terminar, solo resta informarle que sobre el tema traído a estudio, esta dependencia, así como el mismo despacho del señor Director General, se han pronunciado en reiteradas ocasiones anteriores, mediante los siguientes oficios, entre otros: DG-681-2008 del 13/10/2008, DG-003-2009 del 05/01/2009, DG-168-2009 del 25/03/2009, DG-242-2010 del 11/05/2010, AJ-921-2004 del 16/08/2004, AJ-281-2007 del 11/05/2007, AJ-198-2008 del 10/04/2008, AJ-298-2009 del 08/06/2009 y AJ-320-2009 del 15/06/2009, los cuales pueden ser consultados, si se considera necesario, en la página oficial www.dgsc.go.cr, siguiendo los hipervínculos "CIDSECI", "REVISTA JURISPRUDENCIA".

Con estas consideraciones finales damos por evacuada su consulta,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

AJ-256-2016
29 de abril de 2016

Asunto: Consulta sobre pago de la compensación por concepto de prohibición

Ref: Oficios AI-00640-2015, AI-00730-2015

Señor
Lic. Hernán A. Rojas Angulo, MBA.
Director General de Servicio Civil

Estimado señor:

Se procede a dar respuesta a la consulta efectuada por la Auditoría Interna del Instituto Nacional de Aprendizaje, por medio de los oficios AI-00640-2015 y AI-00730-2015, mediante los cuales, requirió apoyó para el análisis del pago de la compensación por concepto de prohibición a personas funcionarias de dicha institución.

Con base en la información suministrada, los planteamientos indicados, los casos expuestos y las competencias asignadas por el Estatuto de Servicio Civil y la Ley número 5867 del 15 de diciembre de 1975 y sus reformas, así como el Decreto Ejecutivo número 22614-H del 22 de octubre de 1993 y sus reformas, "*Reglamento para el pago de compensación económica por concepto de prohibición*", se realiza el siguiente desarrollo:

I. Acotaciones preliminares:

El pago de la compensación por concepto de prohibición se encuentra contenido en muchas y muy diversas normas jurídicas ─ algunas cuya conformidad con el parámetro de legitimidad constitucional podrían considerarse comprometido ─, y esa dispersión produce que algunas se encuentren fuera de las competencias propias de la Dirección General de Servicio Civil para su rectoría.

La cobertura del Régimen de Servicio Civil no abarca a todos los puestos que existen en las instituciones públicas. Más bien, el mismo Estatuto de Servicio Civil, en los artículos del 3 al 6, expresamente excluyen de esa cobertura a determinados cargos, además de las exclusiones que leyes especiales posteriores efectuaron.
La procedencia del pago compensatorio involucra la aplicación de la teoría del binomio puesto-persona, pues las normas algunas veces se refieren a los puestos y otras a las personas, provocando que la conjunción de ambas ─ *in concreto e in*

casu ─ impida el establecimiento de generalizaciones, aún tratándose de puestos similares o personas con condiciones y requisitos semejantes.

En las anteriores acotaciones se profundizará infra, al referirse en el análisis de planteamientos concretos.

II. Generalidades sobre el pago de la compensación por concepto de prohibición:

Si bien, en los oficios AI-00640-2015 y AI-00730-2015 se evidencia un manejo acertado y profundo sobre el tema, para una mejor comprensión de las respuestas que puntualmente se brindarán, se considera conveniente mencionar algunas generalidades del tema en cuestión.

Para ello, la Procuraduría General de la República, en el Dictamen número C-195-2015 del 27 de julio de 2015, señaló:

> *"Como regla de principio, **los funcionarios públicos tienen la libertad para ejercer la profesión** que ostentan una vez que ha concluido su jornada de trabajo, **salvo que esta libertad de ejercicio esté prohibida por una ley** que así lo disponga.*
>
> *La prohibición para el ejercicio de una determinada profesión, forma parte de las incompatibilidades para el ejercicio de determinado cargo y tiene como fundamento, la "necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares; es decir tiende a evitar la colisión de intereses- interés público e interés privado-. (Sala Constitucional, resolución número 3292-95 de las quince horas treinta y tres minutos del 18 de julio de 1995).*
>
> *Como lo señalamos, la prohibición en el ejercicio de determinada profesión constituye una restricción a la libertad profesional, por lo tanto, se encuentra sujeta al régimen jurídico de libertades para su imposición, **lo que supone la existencia de una reserva de ley para su implementación así como la obligatoriedad de interpretar restrictivamente las normas que la imponen**.*

> *A partir de lo señalado anteriormente, la jurisprudencia administrativa de este Órgano Técnico Jurídico ha sostenido que dentro del régimen de prohibición debemos distinguir entre dos presupuestos:* ***el primero, la existencia de una ley que prohíba a un determinado grupo de funcionarios el ejercicio de una profesión y el segundo, una norma, también de rango legal, que permita el pago de una compensación económica derivada de esa prohibición****.*
>
> *"Esto es, que el pago por prohibición requiere de base legal, sin la cual deviene improcedente, es decir, que no solamente debe existir una norma legal que establezca la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, sino que también, es indispensable otra disposición, de rango legal, que autorice la retribución económica, como resarcimiento al profesional por el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada su profesión, a efecto de que todos sus conocimientos y energía los ponga al servicio de la entidad patronal." (Dictamen C-299-2005 del 19 de agosto del 2005.)*
>
> (el subrayado y resaltado no es del original)

La anterior transcripción es muy relevante, pues sintetiza muchos elementos de existencia, como requisitos previos para la procedencia de un pago compensatorio. Ergo, la inexistencia de alguno, producirá la falta de la habilitación legal para el reconocimiento del pago.

Siguiendo el mismo orden en que lo enuncia el órgano superior consultivo, técnico jurídico de la Administración Pública, se tiene:

1. Libertad profesional: Como lo indica la Procuraduría General de la República en el Dictamen número C-270-2013 del 29 de noviembre de 2013, " … *el régimen de prohibición resulta aplicable al caso de funcionarios que ostentan una profesión liberal, por lo que resulta de gran importancia tener claro que existen ramas del saber en las que puede alcanzarse un grado profesional en razón de una determinada formación académica universitaria, pero, ello no implica necesariamente que estemos en presencia de una profesión liberal* …". Para efectos de lo consultado, si la persona no ostenta una profesión liberal, no se puede tener por acreditada la existencia de una libertad profesional susceptible de ser limitada o restringida y en consecuencia, no es procedente el pago. Por ejemplo, en el caso de la administración de oficinas (Dictamen PGR C-212-2009), profesiones académicas o de erudición incluyendo la docencia (Dictamen PGR C-145-2013), profesiones artísticas (Dictamen PGR C-270-2013), la sociología (Dictamen PGR-C-249-2014), por no tratarse de profesiones liberales cuyo ejercicio suponga la existencia de una libertad profesional, resulta improcedente el pago compensatorio por concepto de prohibición, aún y cuando el puesto que las personas pudieran

estar ocupando, se encuentre expresamente indicado en alguna norma que lo afecte directamente. En este supuesto, no se configura el binomio puesto-persona por la falta de requisitos en la persona.

2. Incorporación al colegio profesional respectivo: Derivado del requisito anterior, el ejercicio profesional supone la vigilancia que el legislador ha atribuido a corporaciones privadas con funciones públicas, reconocidas como entes públicos no estatales. Ahora bien, este requisito se encuentra dimensionado según el Dictamen número C-270-2012 del 19 de noviembre de 2012, *" … si bien es cierto es requisito indispensable la incorporación al colegio profesional respectivo para el ejercicio legal de la profesión, existen casos en que para determinada carrera no existe un colegio profesional creado por ley, situación en la que, desde luego, resultaría a todas luces ilógico pensar que los graduados no puedan ejercer su profesión, pues ello sería tan absurdo como pretender exigir una condición de imposible cumplimiento* …". Desde ya, admítase que en el caso de las personas egresadas en las distintas carreras afines a la informática y computación, si bien la incorporación al colegio profesional no es obligatoria, tal como lo indicó el Dictamen número C-193-2010 del 7 de setiembre de 2010, "… *en orden a los incentivos salariales otorgados a los funcionarios públicos deberá estarse a lo dispuesto en la normativa que dispone los requisitos para acceder a la función pública y para obtener tal beneficio. En consecuencia, si esa normativa –cuya emisión escapa a ese Colegio Profesional- prevé la colegiatura como requisito indispensable para tal reconocimiento, la Administración deberá estarse a lo así dispuesto.* …". También, debe recordarse que el pago compensatorio es posible para ciertos supuestos en los que tampoco hay grado académico y por lo tanto, tampoco habría incorporación a un colegio profesional.

3. Reserva de ley: Para la procedencia del pago, es indispensable la existencia de normas con rango de ley, en una doble situación. Por un lado, la restricción a la libertad profesional, que se aplica en forma restrictiva según el régimen de libertades para su imposición, lo cual significa que la interpretación se efectúa según el principio *pro homine* (Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el principio *in dubio pro libertate*, es decir, en caso de existir duda, debe respetarse primeramente la libertad de la persona en defecto de la consecuencia jurídica de la obligación. Esto no es extraño al Derecho en general, cuando se le compara con otros principios generales que pueden ser más conocidos como el *in dubio pro reo, in dubio por operario, in dubio pro natura* y otros. De lo anterior se deriva, como tesis de principio, que nadie tiene derecho a la restricción, sino más bien, que toda persona tiene derecho a la libertad y es el Estado, quien mediante las leyes, tiene el derecho de restringir esa libertad, que una vez limitada, habilita una compensación o indemnización por ese menoscabo. Tampoco resulta ajeno al Derecho en general esa situación, pues véase por ejemplo cuando una persona ejerce la libertad a la propiedad (artículo 45 de la Constitución Política), si el Estado la requiere para satisfacer el interés público, debe

proceder con la indemnización correspondiente. Siguiendo con el ejemplo, se puede decir que no existe un derecho a ser expropiado, lo que existe es un derecho a ser compensado o indemnizado, que *mutatis mutandis* se parafrasearía indicando que nadie tiene derecho a ser "prohibido", pero una vez sometido al imperio de la ley, tendría derecho al pago compensatorio. Por otro lado, no basta la existencia de la limitación, restricción o prohibición al ejercicio de la libertad profesional para que nazca el derecho a la indemnización, pues es indispensable que exista una norma de rango legal que otorgue el derecho al pago compensatorio. Como se indicará más adelante, hay supuestos en los que la legislación solamente restringió la libertad profesional, pero no habilitó ningún pago compensatorio. Esta situación, que podría cuestionarse según el parámetro de legitimidad constitucional, por sujeción al principio de legalidad que rige a la Administración Pública, solo podría encontrar solución mediante la promulgación de las normas legales que sean necesarias. Aquí también resulta oportuno indicar que para las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional de Aprendizaje no existe una limitación o prohibición genérica y en consecuencia, tampoco poseen un derecho genérico a la compensación, como sí lo estipuló la ley para otras instituciones, como por ejemplo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil o la Contraloría General de la República.

III. Normativa general para el pago de la compensación por concepto de prohibición:

La normativa para el pago de la compensación por concepto de prohibición ha sido promulgada en forma dispersa por el legislador, lo cual produce que no existe un único instrumento jurídico que articule en forma armónica, coherente y consistente la aplicación de la restricción a libertad profesional y el correspondiente pago compensatorio.

La norma que más se cita es la Ley número 5867 del 15 de diciembre de 1975, que desde su emisión ha sido modificada en 18 oportunidades, por las leyes números 6008, 6222, 6406, 6542, 6700, 6815, 6831, 6975, 6982, 6995, 6999, 7015, 7018, 7083, 7097, 7108, 7333, 7896, según lo reporta la integración del Sistema Nacional de Legislación Vigente (Sinalevi) de la Procuraduría General de la República y el Sistema de Información Legislativa (S.I.L.) de la Asamblea Legislativa.

Lo primero que puede observarse es que la Ley número 5867 está referida al pago de la compensación y no a la imposición de la prohibición. De manera tal que en la práctica forense, el legislador generalmente ha optado por imponer la restricción en otras normas y referir el pago compensatorio a las reglas de la Ley indicada supra.

Otra particularidad de dicha norma es que, en su origen, se encuentra orientada a personal funcionario del Ministerio de Hacienda, introduciendo en el artículo segundo, la regla de aplicación general, indicando que corresponde a dicho

Ministerio, bajo el control de la Dirección General de Servicio Civil, la determinación de los casos en que procede la aplicación de esa ley. Esto es muy relevante, pues atribuye a la administración activa la aplicación del pago compensatorio y a la Dirección General de Servicio Civil el control de ello.

La Ley número 5867 en la actualidad se compone únicamente de siete artículos y un Transitorio, siendo la parte inicial del artículo primero la que reviste mayor importancia, pues estipula los porcentajes de compensación, a saber:

> *"Artículo 1°.- Para el personal de la Administración Tributaria que, en razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo, se establece la siguiente compensación económica sobre el salario base de la escala de sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública:*
> *a) Un sesenta y cinco por ciento (65%) para los profesionales en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*
> *b) Un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados de programas de licenciatura o maestría.*
> *c) Un treinta por ciento (30%) para quienes sean bachilleres universitarios o hayan aprobado el cuarto año de la respectiva carrera universitaria.*
> *d) Un veinticinco por ciento (25%) para quienes hayan aprobado el tercer año universitario o cuenten con una preparación equivalente.*
> *(...)"*

La reglamentación vigente de la Ley número 5867 se encuentra en el Decreto Ejecutivo número 22614-H del 22 de octubre de 1993, "*Reglamento para el pago de compensación económica por concepto de prohibición*", emitido por el Poder Ejecutivo integrado por el Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia. Llama la atención que esa reglamentación derogó el Decreto Ejecutivo número 6237-H del 6 de agosto de 1976, que también fue emitido por el Poder Ejecutivo pero integrado por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda.

El Decreto Ejecutivo número 22614-H se compone de 27 artículos, distribuidos en nueve capítulos, siendo el artículo primero el que supone su ámbito de cobertura, al señalar:

> *"Artículo 1: Establecer el presente reglamento que regirá el pago de la compensación económica instituida en la Ley Nº 5867 de 15 de diciembre de 1975 y sus reformas* ***para el personal de la Administración Pública*** *que esté afectado por la prohibición en razón de la profesión que ostente, o del cargo y de la labor que desempeña, según la normativa específica que así lo disponga."*

(el subrayado y resaltado no es del original)

Desde el punto de vista jurídico, resulta muy interesante la forma en la que el Poder Ejecutivo ejerció la potestad reglamentaria sobre la Ley número 5867, sobre todo por el análisis desarrollado por la Sala Constitucional en la sentencia número 17594-06 de las 15:01 del 6 de octubre de 2006, cuando anuló el inciso a) del artículo 19 de ese Reglamento.

No obstante ese antecedente, en Costa Rica no existe un control difuso de constitucionalidad y el Decreto número 22614-H se encuentra válido y vigente, integrando el bloque de legalidad al que se encuentra sometida la Administración Pública.

Bajo esa inteligencia, para los análisis que más adelante se harán, conviene transcribir los artículos 9, 13, 15, 24 y 25, que resultan pertinentes:

> *"Artículo 9: Salvo disposición expresa en contrario, procede el pago de compensación económica a los servidores que se ajusten a lo siguiente:*
>
> *a) Que ocupen puestos que estén afectados legalmente por prohibición;*
>
> *b) Que reúnan alguno de los requisitos académicos indicados en el artículo 1° la Ley 5867 y sus reformas;*
>
> *c) Que exista ley expresa o resolución judicial que autorice la compensación económica; y*
>
> *d) Que ostenten una formación académica afín con el cargo que desempeñen; que dentro del ámbito del Régimen de Servicio Civil, quedará a juicio de la Dirección.*
>
> *Artículo 13:* ***Corresponde a las Oficinas de Recursos Humanos ejercer el control inmediato en todo lo inherente al pago por concepto de prohibición****, sin perjuicio de la intervención que puedan tener las Auditorías Internas de cada institución, y Dirección según su competencia en relación con este beneficio.*
>
> *Artículo 15:* ***Las Oficinas de Recursos Humanos tramitarán el pago de este beneficio mediante acción de personal, la cual deberá indicar la disposición legal en que se fundamenta dicho pago****, y contar con la*

aprobación de la Dirección, excepto que corresponda a aquellas Instituciones no comprendidas dentro del Régimen de Servicio Civil.

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

a) Se haya concedido sin haber sido autorizado por una disposición legal previa.

b) Habiéndose autorizado el pago, se demuestre que los documentos presentados por el servidor para tal fin, contengan algún vicio, o que por alguna otra razón hayan hecho incurrir en error a la Administración.

c) El servidor contravenga las disposiciones contenidas en los artículos 20,21, y 22 de este reglamento.

d) El servidor sea trasladado o ascendido a un puesto que no se encuentre afectado por prohibición.

e) El servidor sea trasladado con su puesto a un programa que no se halle afectado por el pago de dicho concepto, salvo disposición legal en sentido contrario.

***No obstante lo anterior, en los casos de reubicación se mantendrá el pago por concepto de compensación económica por prohibición**.*

*Artículo 25: Los servidores cuyos puestos estén contemplados por la Ley N° 5867, y resulten afectados por modificaciones al Manual Descriptivo de Clases, **conservarán el derecho al pago de los montos por concepto de prohibición que venían devengando en sus puestos**.*

***Este derecho lo mantendrán también, cuando sean ascendidos o sus puestos reasignados**, en ambos casos, a clases comprendidas en la misma estructura ocupacional afectado por cambios en el Manual Descriptivo de Clases."*

(el subrayado y resaltado no es del original)

En la consulta efectuada, con relación a la normativa que habilita el pago compensatorio, se adjuntaron los oficios URH-53-2015 del 5 de febrero de 2015 y sus anexos, URH-120-2015 del 10 de marzo de 2015 y URH-162-2015 del 6 de abril de 2015.

Dichos antecedentes mencionan las siguientes normas: a.- la Ley número 4755 del 3 de mayo de 1971 (Código de Normas y Procedimientos Tributarios); b.- la Ley

número 5867 (con dos reformas que la modificaron y no son normas independientes como lo son las leyes número 7018 y 7097); c.- la Ley número 7333 del 5 de mayo de 1993 (Reforma Integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial); d.- la Ley número 8131 del 18 de setiembre de 2001 (Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos); e.- la Ley número 8422 del 6 de octubre de 2004 (Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública). Sobre esas normas, se hará referencia en las respuestas a los casos generales planteados y las interrogantes específicas realizadas.

IV. Respuestas específicas a los casos generales planteados:

En el oficio AI-00640-2015 se enunciaron cuatro casos generales y en el oficio AI-00730-2015 se amplió para un caso más, aunque sin numeración. Siguiendo el mismo orden de la consulta, se abordarán a continuación:

Caso # 1 Abogados:

Se presenta un cuadro, tabla o matriz donde se indican el nombre, el puesto, la ubicación física, la ubicación presupuestaria y la clasificación del puesto de diez personas, que para efectos de la respuesta, se asume que todas son profesionales en Derecho, al menos con el grado de licenciatura e incorporados al colegio profesional.

Tanto para este cuadro, como para los otros cuadros de la consulta, ha de indicarse que se encuentra invertido el título de las columnas y el contenido de éstas en cuanto al puesto y a la clasificación del puesto, siendo que la columna de "puesto" se completó con la clasificación y la columna "clasificación del puesto", con el número de puesto. Sin embargo, esa inconsistencia no produce ningún efecto en el análisis y además, es fácilmente apreciable.

Para el caso de profesionales en Derecho, las normas generales para el pago de la compensación por concepto de prohibición, surgen de la relación entre el artículo 244 de la Ley se encuentran en el artículo 244 Ley número 7333 del 5 de mayo de 1993 "*Reforma Integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial*", en relación con el artículo 5 de la Ley número 5867 del 15 de diciembre de 1975. La primera, es la norma de restricción y la segunda es la norma del pago compensatorio. En lo conducente, indican:

> *"Artículo 244.- Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de las municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados.*

Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los munícipes y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas.

Artículo 5°.- Los beneficios dispuestos en los incisos a) y b) del artículo 1 de esta ley, se aplican a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, que estén cumpliendo tales funciones.

Estos beneficios se aplicarán, igualmente, a los funcionarios que en el nivel de licenciatura o egresados, laboren para el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil y la Contraloría General de la República. Tal compensación se calculará sobre el salario de base correspondiente a cada institución."

Como se puede apreciar de la literalidad de la normas, para el caso de los profesionales en Derecho que prestan sus servicios en el Instituto Nacional de Aprendizaje, ni la limitación al ejercicio de la libertad profesional ni el eventual pago compensatorio provienen de dichas normas generales, sin embargo, se estima que esa es una situación que ya se encuentra en conocimiento de dicha institución, sobre todo por el Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-189-2007 del 12 de junio de 2007.

Precisamente, del Dictamen C-189-2007, interesa transcribir las Conclusiones identificadas con los números 3 y 4, que señalan:

"3.El Instituto Nacional de Aprendizaje es parte de las administraciones tributarias al tenor de lo establecido en el artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y por lo tanto, ***los funcionarios que tenga a cargo tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos****, estarían afectos al régimen de prohibición contenido en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y al pago de la compensación económica establecida en el artículo 1 de la Ley 5867*

4.La determinación de si los abogados de la Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de Aprendizaje participan de la gestión tributaria en los términos establecidos en el párrafo anterior, es una competencia de la

Administración Pública, en atención a las funciones del puesto desempeñado y la estructura organizativa de la institución."

(el subrayado y resaltado no es del original)

A partir de lo expuesto hasta aquí, debería quedar claro que la limitación al ejercicio de la libertad profesional y el correspondiente pago compensatorio para el caso de los profesionales en Derecho del Instituto Nacional de Aprendizaje proviene de la asimilación, equiparación u homologación de dicha institución como parte de las administraciones tributarias, produciendo que la conexidad de las personas funcionarias con la gestión tributaria, imponga la restricción a la libertad profesional y haga procedente el pago de la compensación. Nótese además que en la Conclusión número tres, la Procuraduría General de la República no se refiere a alguna profesión en particular, sino que de manera genérica, cobija a todos "*los funcionarios que tenga a cargo tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos*".

De lo anterior se sigue que, si las personas funcionarias del Instituto Nacional de Aprendizaje, en cualquier profesión liberal, incluidas las personas profesionales en Derecho, no tienen a cargo tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos, no les corresponde el pago de compensación económica por concepto de prohibición.

La resolución de la Gerencia General del Instituto Nacional de Aprendizaje de las once horas con treinta minutos del treinta de noviembre del año dos mil siete, en su parte dispositiva, como tesis de principio, resulta correcta desde el punto de vista técnico jurídico de reconocer la imposición de la limitación y el correspondiente pago compensatorio a los profesionales en Derecho que estén relacionados con la administración, percepción y fiscalización de tributos, reiterándose que debe ser solamente a éstos y no a cualquier profesional en derecho.

Antes de responder las interrogantes específicas, es necesario realizar algunas precisiones adicionales. En el último párrafo del artículo 24 y el artículo 25 del Decreto número 22614-H, supra transcrito como normativa general, admite la posibilidad de que una persona funcionaria pueda ser objeto de algunos movimientos de personal que no le hagan perder ni la imposición de la restricción a la libertad profesional ni el pago compensatorio. En el mismo sentido, el Dictamen C-180-2006 del 15 de mayo de 2006, emitido por la Procuraduría General de la República, acepta que los despachos de los jerarcas puedan apoyarse en personal funcionario cubierto por el Régimen de Servicio Civil, cuando indicó:

"4.- De acuerdo a los puestos que señala el artículo 4° inciso f), del Estatuto del Servicio Civil, podría utilizarse un puesto de profesional,

director, director general, como asesor del despacho, además de los 10 puestos autorizados?

Según explicamos, al estar sus funciones claramente delimitadas en razón de los requerimientos del cargo, se supone que su número está reducido al mínimo; que en el caso del personal de confianza subordinado a Ministros y Viceministros, lo es en una cantidad que no puede ser mayor de diez (artículo 4, inciso f) del Estatuto de Servicio Civil y resolución Nº 7598-94 de las 11:18 horas del 23 de diciembre de 1990, de la Sala Constitucional). Esto es así, porque se supone que la labor de estos empleados es excepcional , y las demás funciones regulares de los despachos públicos deben ser realizadas por el personal de carrera.
Sin embargo, consideramos que es jurídicamente factible, por ejemplo, que un funcionario regular, e incluso interino, nombrado en otro tipo de puesto subordinado, pueda colaborar con el Ministro o Viceministro, asesorándolos; claro está, que no como funcionario de confianza, sino dentro del régimen de servicio civil, en labores propias o relacionadas con su puesto (art. 50, inciso a) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil."

En el mismo sentido, también es oportuno indicar que respecto del responsable de la Contraloría de Servicios, el órgano superior consultivo, técnico jurídico de la Administración Pública, en el Dictamen C-168-2013, indicó:

"4. De conformidad con lo que establece el ordinal 10 del decreto ejecutivo N. 34587 y el ordinal 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se infiere que el cargo de Contralor de Servicios está afecto al régimen de prohibición."

También, como se dejó manifestado desde la Acotaciones Preliminares, los puestos de confianza no ingresan dentro de las competencias propias de la Dirección General de Servicio Civil. No obstante, para los casos consultados, dado que las normas que habilitan el pago compensatorio en el Instituto Nacional de Aprendizaje no hacen distinción entre funcionarios cubiertos por el Régimen de Servicio Civil o no, se podrían utilizar los mismos análisis para esos otros puestos.

Ahora bien, sobre las tres preguntas concretas se responden de la siguiente manera:

1. ¿Son de naturaleza administrativa?

Respuesta: El Estatuto de Servicio Civil está dividido en cuatro títulos. Las personas funcionarias cubiertas por el llamado Título I, se consideran que son personas funcionarias de la carrera administrativa, dado que el Título II se refiere al personal

de la carrera docente y el Título IV al personal de la carrera artística. Desde esa perspectiva, sí son de naturaleza administrativa.

Ahora bien, si lo que se pretendía era interrogar sobre la conexidad de esos puestos con relación a la gestión tributaria, habría que indicar que la gestión tributaria también es de naturaleza administrativa, tanto así que el personal funcionario del Ministerio de Hacienda se encuentra cubierto por el Título I del Estatuto de Servicio Civil, haciendo la salvedad de que no todas las personas que prestan sus servicios para ese Ministerio, se encuentra sometidas a la restricción o limitación de la libertad profesional y reciben el pago de compensación económica por concepto de prohibición.
Para determinar si esas diez personas funcionarias se encuentran sometidas a alguna restricción para el ejercicio liberal de la profesión y el correspondiente pago compensatorio, es necesario levantar un expediente administrativo de antecedentes, que reconstruya el íter de su remuneración.

2. ¿Son atinentes a la profesión en derecho para la ocupación de éstos, o si podrían ser cubiertos por cualquier otra profesión?

Respuesta: Para determinar si la especialidad Derecho es atinente para las funciones que realizan esas diez personas funcionarias, es necesario realizar un estudio de cada puesto.

3. ¿Les cubre el régimen de prohibición en razón de la profesión aún y cuando se encuentre en un cargo y funciones distintas al motivo de la prohibición? O, pese a estar ejerciendo funciones de abogados, por encontrarse fuera de la Asesoría Legal, en vez de percibir prohibición, deberían estar recibiendo dedicación exclusiva?

Respuesta: Según se dijo en la respuesta a la pregunta uno, es necesario levantar un expediente administrativo de antecedentes, que reconstruya el íter de su remuneración. Se reitera que en el Instituto Nacional de Aprendizaje, el motivo de la limitación a la libertad profesional y el pago compensatorio para el caso de profesionales en Derecho se encuentra en conexidad con la gestión tributaria. Ni siquiera por encontrarse en determinada dependencia administrativa funcional se habilita la conexión con la gestión tributaria, pues también sería posible que la conformación orgánica de esa dependencia administrativa, especialice a una unidad en gestión tributaria, siendo que en tal supuesto, solamente la limitación y el pago sería procedente para esa unidad especializada. Por ejemplo, si hubiere tal distribución funcional y orgánica, unidades administrativas especializadas en otras materias, como contratación administrativa, litigio, procesos administrativos y otras, no tendría conexidad con la gestión tributaria, y no sería procedente la limitación del ejercicio liberal de la profesión, ni el pago para esas otras unidades. Para finalizar, es importante destacar que el fundamento jurídico del complemente salarial denominado Dedicación Exclusiva no es convertirse en una posibilidad residual o en

defecto del pago de la compensación económica por concepto de prohibición, pues responde a principios diferentes. De manera tal que, en la forma que se encuentra enunciado de manera imperativa, como si no es pago por prohibición entonces debería ser dedicación exclusiva, es una inferencia automática abiertamente improcedente, dado que la Administración debe sujetarse a los elementos formales y materiales de la actuación administrativa que habilitarían la relación jurídica sinalagmática de ese otro complemento salarial.

Con respecto a la última pregunta que no se encuentra numerada, referida al caso de asesores de confianza, ya se respondió sobre las particularidades de ese tipo de puestos y además, que la limitación y el pago provienen de la conexidad con la gestión tributaria y no con las normas generales aplicables a los profesionales en Derecho.

Caso # 2 Informáticos:

Se presentan tres cuadros, tablas o matrices donde se indican el nombre, el puesto, la ubicación física, la ubicación presupuestaria y la clasificación del puesto de tres personas para la situación a., de seis personas para la situación b. y de dieciocho personas para la situación c., que para efectos de la respuesta, se asume que todas esas personas cumplen con los requisitos de los puestos que están ocupando. A partir de las tres situaciones identificadas como a., b. y c., se formularon tres preguntas, una referida para cada situación.

A manera de síntesis, a las personas con especialidad en Informática, se les ha reconocido el derecho a recibir pago por compensación por concepto de prohibición en el caso de Técnicos (Ley Nº 6975), Técnicos Profesionales (Ley Nº 5867), Licenciados (Ley Nº 7083) de determinados Ministerios y Órganos desconcentrados. Posteriormente y bajo un rango más amplio, 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 (Ley Nº 7097), en el tanto reúnan los requisitos del puesto establecidos en la norma, según sea el caso particular (combinación equivalente, requisito primario, etc.). Además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley No. 7097 de 18 de agosto de 1988 y Dictamen No. C-013-2000, de 13 de enero del 2000, es procedente el reconocimiento de la compensación económica a los servidores informáticos de instituciones pertenecientes al Régimen de Servicio Civil, que posean el grado académico de Bachiller Universitario, en los términos de la citada Ley No. 5867, correspondiéndole en este caso el porcentaje a que refiere el inciso c) del artículo 1 Ibidem (Dictamen número C-54-2010 del 26 de marzo de 2010).

Tratándose de la limitación a la libertad profesional y el pago de la compensación económica por concepto de prohibición, ha sido criterio reiterado por la Dirección General de Servicio Civil en sus distintas unidades administrativas, la necesidad de

la existencia de un departamento de cómputo o sus similares denominaciones, para habilitar el pago compensatorio. Sobre el particular, pueden consultarse los oficios AJ-212-2009, AJ-320-09 y DG-168-2009.

Si bien, la Dirección General de Servicio Civil conoce la existencia del dictamen de la Procuraduría General de la República C-064-2005 del 14 de febrero de 2005, se le consultó al órgano superior consultivo, técnico jurídico de la Administración Pública, mediante el oficio DG-747-2009 y como antecedente el oficio de la Asesoría Jurídica el oficio AJ-639-2009, sobre la aplicación del mismo a otras instituciones diferentes de la consultante.

Al respecto, mediante dictamen C-265-2011, la Procuraduría General de la República, concluyó:

> *"Con fundamento en lo expuesto, se concluye que los dictámenes de la Procuraduría General, singularmente considerados, son vinculantes únicamente para la Administración que hubiese consultado."*

De manera tal que, una vez recibida la respuesta de ese órgano superior consultivo, se confirmó el criterio de la Dirección General de Servicio Civil sobre la aplicación del dictamen C-064-2005 únicamente para la institución Imprenta Nacional, que fue la consultante, sin posibilidad de hacerlo extensivo a otras instituciones.

Ahora bien, sobre las tres preguntas concretas, se responden de la siguiente manera:

1. ¿Si a las personas funcionarias del grupo a) por estar ejecutando funciones de naturaleza administrativa realizando estudios técnicos en materia de contratación administrativa, se les debe reconocer la prohibición, aún y cuando ostenten el título o grado académico en informática, pese a que dichos estudios técnicos son del área de interés, de acuerdo con el oficio USST-142-2015?

Respuesta: La situación a) se expresa como "*Informáticos que solo se dedican a hacer estudios técnicos en los procedimientos de contratación administrativa, y no realizan ninguna otra función del área informática y se les paga prohibición*." Para determinar si esas tres personas funcionarias se encuentran sometidas a alguna restricción para el ejercicio liberal de la profesión y el correspondiente pago compensatorio, es necesario levantar un expediente administrativo de antecedentes, que reconstruya el íter de su remuneración y también es necesario realizar un estudio de cada puesto.

2. ¿Si al personal del grupo b) se le debe reconocer la prohibición, a pesar de que las funciones en el proyecto virtual, aún cuando dicho proyecto se desarrolla con elementos de informática, no pertenece ni al área, ni los funcionarios desarrollan funciones de informática de dicho proyecto?

Respuesta: La situación b) se expresa como "*Informáticos que se encuentran fuera de la Unidad de Informática, desarrollando un proyecto virtual, pero cuyas labores no son relacionadas con informática y se les está pagando prohibición*". Al igual que en la pregunta anterior, para determinar lo procedente con respecto a esas seis personas funcionarias, es necesario levantar un expediente administrativo de antecedentes, que reconstruya el íter de su remuneración y también es necesario realizar un estudio de cada puesto.

3. ¿Si el grupo c) debe gozar del reconocimiento de prohibición, a pesar de encontrarse fuera del área informática, pertenecer a las Unidades Regionales, pero que sus funciones desempeñadas si son atinentes al área de informática según se desprende del oficio URH-451-2015?

Respuesta: La situación c) se expresa como "*Informáticos que se encuentran en las Unidades Regionales, denominados "ARI's" (Administradores de Recursos Informáticos), que sí ejecutan labores y funciones de informática pero a nivel regional; sin embargo, por estar fuera de la Gestión de Tecnologías de la Información y la Comunicación en General, y pertenecer administrativamente a la Unidad Regional, se han considerado como Administrativos, y en razón de ello, se les ha negado el pago de prohibición.*" En esta pregunta, la Oficina de Gestión institucional de Recursos Humanos debe proceder según el artículo 13 del Decreto número 22614-H supra transcrito y si es necesario, también debe realizar un estudio de cada puesto. No obstante lo anterior, el Dictamen emitido por la Procuraduría General de la República número C-189-2007 del 12 de junio de 2007 para el caso de los profesionales en Derecho, fue contundente en la Conclusión número 4, cuando expresamente indicó que ese tipo de determinaciones es una competencia de la Administración Pública, en atención a las funciones del puesto desempeñado y la estructura organizativa de la institución. Tampoco se aprecia que para esta situación, exista alguna resolución similar a la emitida por la Gerencia General del Instituto Nacional de Aprendizaje de las once horas con treinta minutos del treinta de noviembre del año dos mil siete, para el caso de las personas profesionales en Derecho. Todo lo anterior genera un marco contextual para que la Administración pueda ejercer su potestad de autoorganización, si es que lo considera necesario para la satisfacción del interés público.

Caso # 3 Funcionarios de Unidad de Compras Institucionales y Encargados de Adquisiciones en Sedes Regionales:

Se presenta un cuadro, tabla o matriz donde se indican el nombre, el puesto, la ubicación física, la ubicación presupuestaria y la clasificación del puesto de trece personas, que para efectos de la respuesta, se asume que todas esas personas cumplen con los requisitos de los puestos que están ocupando.

El fundamento normativo que se enunció en la consulta para imponer la restricción a

la libertad profesional y el pago compensatorio a esas personas, se trata de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

La interpretación de esa norma escapa a la competencia atribuida a la Dirección General de Servicio Civil, dado que en la práctica forense es la Contraloría General de República la que se ha avocado la interpretación de dicha norma, con participación de la Procuraduría General de la República en sus propias competencias.

No obstante, conviene recordar los artículo 14 y 15 de ese cuerpo normativo, que señalan:

> *"Artículo 14.-Prohibición para ejercer profesiones liberales. No podrán ejercer profesiones liberales, el presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, los ministros, el contralor y el subcontralor generales de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el regulador general de la República, el fiscal general de la República, los viceministros, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los directores administrativos de entidades descentralizadas, instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones, sus respectivos intendentes, así como los alcaldes municipales y los subgerentes y los subdirectores administrativos, los contralores y los subcontralores internos, los auditores y los subauditores internos de la Administración Pública, así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público. Dentro del presente Artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público.*
>
> *De la prohibición anterior se exceptúan la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria y la atención de los asuntos en los que sean parte el funcionario afectado, su cónyuge, compañero o compañera, o alguno de sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. En tales casos, no deberá afectarse el desempeño normal e imparcial del cargo; tampoco deberá producirse en asuntos que se atiendan en la misma entidad pública o Poder del Estado en que se labora.*
>
> *Artículo 15.-Retribución económica por la prohibición de ejercer profesiones liberales. Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, la compensación económica*

por la aplicación del Artículo anterior será equivalente a un sesenta y cinco por ciento (65%) sobre el salario base fijado para la categoría del puesto respectivo."

Esas disposiciones, se vieron desarrolladas por la emisión del Decreto Ejecutivo número 32333-MP-J del 12 de abril de 2005 "Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, cuyo artículo 27 indicó:

"Artículo 27.-Prohibición para ejercer profesiones liberales. No podrán ejercer profesiones liberales, el Presidente de la República, los vicepresidentes, los magistrados propietarios tanto del Poder Judicial como del Tribunal Supremo de Elecciones (incluidos en este último caso los que asuman tal condición con arreglo a lo que establece el artículo 100 de la Constitución Política), los ministros y viceministros de gobierno, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Defensor y el Defensor adjunto de los Habitantes, el Procurador general y el Procurador General adjunto de la República, el Regulador General de la República, el Fiscal General de la República, los oficiales mayores, los presidentes ejecutivos, los gerentes generales y los gerentes y subgerentes que orgánicamente dependan de éstos, así como los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados, y también los directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias -según la nomenclatura interna que corresponda- administrativas de la Administración Pública, los superintendentes de entidades financieras, de valores y de pensiones y sus respectivos intendentes, los alcaldes municipales, los auditores y los subauditores internos -sin importar la nomenclatura que éstos reciban siempre que realicen funciones y tareas como tales- de la Administración Pública. También quedarán cubiertos por esta prohibición los jefes o encargados de las áreas, unidades o dependencias de proveeduría del sector público. Para tal efecto, la mención que el artículo 14 de la Ley, hace en cuanto a los directores y subdirectores de departamento, debe entenderse referida exclusivamente a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público. Dentro del presente artículo quedan comprendidas las otras profesiones que el funcionario posea, aunque no constituyan requisito para ocupar el respectivo cargo público."

Ahora bien, en cuanto al análisis respecto de la aplicación del régimen de prohibición, la el órgano contralor ha indicado, en el Oficio número 531 (DJ-38-2012) del 25 de enero de 2012, lo siguiente:

(...) corresponde a la Administración consultante el análisis respectivo de cada caso concreto, que aunque es de índole taxativo, puede verse lo

dicho por este órgano contralor, tomando en cuenta la diversidad de nomenclaturas de cargos, puestos y estructuras orgánicas existentes en el sector público, se reconoce la posibilidad que en una entidad determinada, exista un cargo que pese a no coincidir en su nomenclatura con la utilizada en las normas de mérito, dadas sus funciones, tareas y responsabilidades, su ocupante se encuentre alcanzado por la prohibición al ejercicio de profesiones liberales. (...) Nótese que esa sujeción a la prohibición se plantea en términos potenciales y no definitivos, ***pues es la Administración y no la Contraloría General, quien tiene que llevar a cabo esa determinación, sin pasar por alto que, tal y como lo ha señalado este órgano contralor de manera reiterada, para que la prohibición pueda ser compensada económicamente se requiere, además de desempeñar uno de los cargos públicos alcanzados (requisito funcional), cumplir con los requisitos académicos y profesionales que correspondan en cada caso.*** *En ese sentido, los requisitos académicos y de incorporación profesional deben ser analizados a luz de las particularidades de la rama del conocimiento que se trate, ya que existen profesiones cuyo ejercicio demanda un grado académico específico que podría ser insuficiente para otras, y profesiones en las cuales la colegiatura no es obligatoria o del todo no existe incorporación, todo lo cual habrá de examinarse frente a cada caso específico (…).*

(el subrayado y resaltado no es del original)

En el Oficio número 484 (DAGJ-88-2006) del 10 de enero de 2006, referido a la nomenclatura de puestos administrativos, la Contraloría General de la República, indicó:

"(…) el puesto de 'director administrativo' a que hace referencia el artículo 14 citado, debe interpretarse en el sentido de que independientemente de la nomenclatura del puesto en cuestión, ya sea 'director', 'jefe', 'encargado', etc., e independientemente de si se trata de una dirección, división, unidad, área, etc., quedarán cubiertos por la norma a estos efectos, quienes ocupen los puestos de mayor jerarquía –director y subdirector o sus equivalentes–, pero relativos a la función administrativa, ***por lo que bajo esa tesitura quedarían excluidos del régimen de prohibición quienes ostenten puestos de dirección o similares pero a nivel financiero, legal, de recurso humanos, etc., pues a pesar de que podrían existir otros cargos a nivel de jefatura, en secciones o dependencias, que si bien no son en principio las encargadas de gestionar las labores administrativas del ente u órgano respectivo, sí ejercen de forma accesoria funciones administrativas, la norma no fue concebida para un alcance de tal***

> ***magnitud***. *Lo anterior por cuanto, si el legislador en su momento consideró una serie de altos cargos públicos que por su propia naturaleza resultaban en principio vulnerables al surgimiento de conflictos de intereses entre la función pública y el ejercicio privado de la profesión, no cabría entender que la prohibición aplica también para todo aquel servidor público que ostente un cargo. De manera tal, que únicamente cabría considerar sujeto a la prohibición establecida por el artículo 14, en cuanto al "director administrativo" y al "subdirector administrativo" a quienes ocupen los puestos de mayor jerarquía, en las áreas, departamentos, divisiones, unidades, etc. que tengan como principal misión, encargarse de las labores administrativas a nivel general de la entidad, sin que pudiera extenderse el sentido de la norma a quienes ejerzan dicha función de forma accesoria (…).*
>
> (el subrayado y resaltado no es del original)

La Contraloría General de la República, en el Oficio número 10421 (DAGJ-2506) del 26 de agosto de 2005, específicamente para los cargos máximos de jerarquía de las proveedurías del sector público, señaló:

> *(...) la prohibición a la que se viene haciendo referencia, alcanza entonces al jefe –sea que se le denomine así, o bien encargado, titular, etc.- y al subjefe -si es que lo hubiera- de la proveeduría de ese Instituto, quedando excluidos de dicho ámbito de cobertura en lo que toca a la Ley Nº 8422 y su Reglamento Ejecutivo, el resto del personal de dicha proveeduría. Así las cosas y dando respuesta a su consulta, este Despacho advierte que fuera de los puestos de jefatura máximos dentro de la proveeduría de ese Instituto, aquellas personas que eventualmente ocupen un puesto de jefatura dentro de dicha proveeduría, cuyo cargo sin embargo no se encuentre y ubique en el tope máximo de la estructura orgánica, no resultan alcanzadas por la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales (...).*

Respecto de las dos preguntas concretas, se responden de la siguiente manera:

1. ¿Quién o quiénes son los titulares de proveeduría?

Respuesta: La Contraloría General de la República ya indicó que corresponde a la Administración el análisis respectivo de cada caso concreto, tomando en cuenta la diversidad de nomenclaturas de cargos, puestos y estructuras orgánicas existentes, incluso la posibilidad de que exista un cargo que pese a no coincidir en su nomenclatura con la utilizada en las normas, dadas sus funciones, tareas y responsabilidades, su ocupante se encuentre alcanzado por la prohibición al ejercicio de profesiones liberales. En el mismo sentido y aunque parezca obvio, el

régimen de prohibición alcanza a un máximo de dos personas, sea jefe o subjefe de la proveeduría, sea que se le denominé así o de otra forma. Para determinar cuáles son esas dos personas funcionarias que se encuentran sometidas a la restricción para el ejercicio liberal de la profesión y el correspondiente pago compensatorio, es necesario realizar un estudio de cada puesto.

2. ¿A quiénes les corresponde conforme a derecho el reconocimiento de prohibición?

Respuesta: Aunque se podría considerar evacuado en la anterior respuesta, se reitera que la Contraloría General de la República ya indicó que, corresponde al jefe y al subjefe - si es que lo hubiera - de la proveeduría, quedando excluidos de dicho ámbito de cobertura el resto del personal, cuyo cargo no se encuentre y ubique en el tope máximo de la estructura orgánica. Se reitera además, lo relevante de la Conclusión número 4 del Dictamen número C-189-2007, cuando expresamente indicó que ese tipo de determinaciones es una competencia de la Administración Pública, en atención a las funciones del puesto desempeñado y la estructura organizativa de la institución. Con respecto a este Caso # 3, aparece una leyenda donde se indica que "*este funcionario le reconocen prohibición porque la trae por arrastre del puesto anterior*". Tal como se indicó supra, esto podría enmarcarse en la habilitación del último párrafo del artículo 24 y el artículo 25 del Decreto número 22614-H, ante la eventualidad de que una persona funcionaria pueda ser objeto de algunos movimientos de personal que no le hagan perder ni la imposición de la restricción a la libertad profesional ni el pago compensatorio. Para ese caso específico, es necesario levantar un expediente administrativo de antecedentes, que reconstruya el íter de su remuneración y también es necesario realizar un estudio de cada puesto.

Caso # 4 Funcionarios de Unidad de Recursos Financieros:

Se presenta un cuadro, tabla o matriz donde se indican el nombre, el puesto, la ubicación física, la ubicación presupuestaria y la clasificación del puesto de cincuenta y ocho personas, que para efectos de la respuesta, se asume que todas esas personas cumplen con los requisitos de los puestos que están ocupando.

Para el caso de profesionales de la administración financiera, la norma general para la restricción o limitación de la libertad profesional, se encuentra en el artículo 123 de la Ley número 8131 del 18 de setiembre de 2001 "*Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos*", que indicó:

> *"Artículo 123.- Limitaciones al ejercicio de otras funciones*
> *Los jerarcas de los subsistemas de la Administración Financiera y los demás funcionarios pertenecientes a ellos no podrán:*

a) Ejercer profesiones liberales fuera del cargo, excepto en asuntos estrictamente personales, en los de su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.
b) Desempeñar otro cargo público, salvo ley especial en contrario. De esta prohibición se exceptúa el ejercicio de la docencia, de acuerdo con el Reglamento de esta Ley.
c) Intervenir en el trámite o la resolución de asuntos sometidos a su competencia, en los que, directa o indirectamente, tengan interés personal o cuando los interesados sean sus parientes, por consanguinidad o afinidad, en línea directa o colateral, hasta el tercer grado inclusive."

Sin embargo, se trata un caso en el que no existe una norma que habilite el pago compensatorio. Al respecto, resulta ilustrativo el Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-336-2005 del 7 de setiembre de 2005, que señaló:

"En el caso que aquí se analiza, el artículo 123 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos se limitó a establecer la prohibición, pero no autorizó ahí ni en alguna otra norma de esa ley, el pago de compensación. Tampoco se hizo remisión alguna a las compensaciones económicas reguladas en la Ley N° 5867 de cita.

Por lo expuesto, puede colegirse sin mayor dificultad que ***los jerarcas de los Subsistemas de Administración Financiera y a los demás funcionarios pertenecientes a ellos, afectos a la prohibición contemplada en el inciso a) del artículo 123 de dicha ley, no tienen derecho a percibir compensación económica alguna por ese concepto, pues no existe norma legal alguna que así lo autorice; por lo que su pago en tales circunstancias, resulta del todo improcedente*** *(Véanse los pronunciamientos O.J.-172-2002 de 12 de diciembre de 2002 y O.J.-190-2003 de 13 de octubre de 2003).*

Así las cosas, resulta notorio y de fácil constatación el hecho de que el acto administrativo mixto o de doble efecto, materializado en el oficio CLAS-009-2003 de 7 de enero de 2003, de la Unidad Técnica de Recursos Humanos, deviene sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, especialmente en cuanto a su contenido favorable o declarativo de derechos, por el que se le concedió a la servidora XXX, el pago de un 65% adicional sobre su salario base como compensación económica por concepto de prohibición del ejercicio liberal de la profesión; esto con base en lo dispuesto por el artículo 123 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos -Nº

8131 de 18 de setiembre de 2001-, pues resulta ostensible conforme a lo expuesto, que está totalmente desprovisto del motivo, causa, presupuesto antecedente o requisito jurídico (derecho) requerido por la normativa aplicable para su emisión (artículo 133 de la LGAP), ya que al momento en que se emitió el acto, no existía, ni existe actualmente disposición normativa alguna o resolución judicial que autorice a la Administración el pago de aquella retribución económica."

(el subrayado y resaltado no es del original)

Tal como ya se referenció en el Oficio número 484 (DAGJ-88-2006) del 10 de enero de 2006 citado supra, la Ley número 8422 en los artículos 14 y 15, en relación con el artículo 27 Decreto Ejecutivo número 32333-MP-J, tampoco habilitó el pago de la compensación económica por concepto de prohibición a los jerarcas de los subsistemas de administración financiera ni a los demás funcionarios pertenecientes a ellos.

En el Dictamen número C-301-2011 del 6 de diciembre del 2011, el órgano superior consultivo, técnico jurídico de la Administración Pública, recordó lo resuelto por la Sala Constitucional, respecto a que no es inconstitucional la no previsión legal de pago compensatorio. En lo relevante señaló:

"En relación con este tema, la Sala Constitucional ha especificado que lo que normalmente se denomina como prohibición es en realidad una incompatibilidad de la función pública con otras funciones, incompatibilidad que se fundamenta en los artículos 9, 11 y 191 de la Constitución Política, y que tiene como finalidad proteger la función pública e impedir las situaciones en las que el funcionario pueda verse afectado o imposibilitado para realizar sus deberes con eficiencia, imparcialidad e independencia, o aquéllas en donde haya un conflicto de intereses. El Tribunal Constitucional ha aclarado que la incompatibilidad es una condición inherente al empleo público, pero que es el legislador quien define los grados de incompatibilidad, los sectores a los que se debe aplicar y determina la procedencia o no de un pago por esa condición. ***Asimismo, ha especificado que la compensación económica por concepto de prohibición no se puede exigir a título de derecho fundamental, porque no se encuentra en la Carta Magna, por lo que la exclusión del pago de la prohibición a algunos funcionarios no es inconstitucional****. En este sentido ver, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional n.° 2009-2628 de las 14:37 horas del 18 de febrero de 2009 y n.° 2011-3602 de las 13:29 horas del 18 de marzo de 2011."*

(el subrayado y resaltado no es del original)

Como se puede apreciar de la literalidad de la normas, para el caso de los profesionales de la administración financiera que prestan sus servicios en el Instituto Nacional de Aprendizaje, aunque la limitación al ejercicio de la libertad profesional pudiera provenir de dichas normas generales, no existe norma de rango legal que autorice el pago en forma genérica para dichos profesionales.

A partir de lo expuesto hasta aquí, al igual que el Caso # 1 Abogados, debería quedar claro que la limitación al ejercicio de la libertad profesional y el correspondiente pago compensatorio para el caso de los profesionales de la administración financiera del Instituto Nacional de Aprendizaje proviene de la asimilación, equiparación u homologación de dicha institución como parte de las administraciones tributarias, produciendo que la conexidad de las personas funcionarias con la gestión tributaria, imponga la restricción a la libertad profesional y haga procedente el pago de la compensación.
Se reitera lo indicado en la Conclusión número tres del Dictamen de la Procuraduría General de la República número C-189-2007 del 12 de junio de 2007, supra citado, que no se refiere a alguna profesión en particular, sino que de manera genérica, cobija a todos "*los funcionarios que tenga a cargo tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos*", por lo cual, también se sigue que, si las personas funcionarias del Instituto Nacional de Aprendizaje, en cualquier profesión liberal, incluidas las personas profesionales de la administración financiera, no tienen a cargo tareas de administración, percepción y fiscalización de tributos, no les corresponde el pago de compensación económica por concepto de prohibición.

En forma similar a lo señalado en el Caso # 2 Informáticos, aunque en el presente Caso # 4 no se hayan efectuado preguntas concretas, se indica que corresponde a la Oficina de Gestión institucional de Recursos Humanos proceder según el artículo 13 del Decreto número 22614-H y si es necesario, también debe realizar un estudio de cada puesto, insistiendo una vez más en que ese tipo de determinaciones es una competencia de la Administración Pública, en atención a las funciones del puesto desempeñado y la estructura organizativa de la institución.

Como ya se dijo en forma similar para el Caso # 1 Abogados, ni siquiera por encontrarse en determinada dependencia administrativa funcional se habilita la conexión con la gestión tributaria, pues también sería posible que la conformación orgánica de esa dependencia administrativa, especialice a una unidad en gestión tributaria, siendo que en tal supuesto, solamente la limitación y el pago sería procedente para esa unidad especializada. En el presente Caso # 4 se indican los cuatro procesos en los que se divide la Unidad de Recursos Financieros y se trae a colación el informe número C-025-90 que desde el 2 de febrero de 1990 ya había advertido la necesidad de la conexidad con la gestión tributaria para la habilitación del pago de la compensación económica por concepto de prohibición.

Para mayor abundamiento con respecto a la conexidad con la gestión tributaria, la Contraloría General de la República emitió el oficio número 8709 (DJ-0659-2013) del 22 de agosto de 2013, que si bien se encuentra referido a la administración tributaria municipal, podría haber elementos que mutatis mutandis, resulten ilustrativos para el caso del Instituto Nacional de Aprendizaje. Al respecto indicó:

> *(…) partiendo del hecho que los cargos de jefatura de órganos que formen parte de la Administración Tributaria Municipal, resultan alcanzados -supeditado desde luego al cumplimiento riguroso de los requisitos y condiciones abordados en este memorial- por prohibición y no por dedicación exclusiva, interesa formular algunas consideraciones en punto al régimen de prohibición vinculado con la materia tributaria. Sobre el particular, en el caso específico de la prohibición por reconocer en los términos y condiciones establecidos en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios y la Ley de Compensación Económica sobre el Salario Base de Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública, debe tenerse presente que las labores, atribuciones y responsabilidades del cargo respectivo deben estar vinculadas directamente con el proceso tributario municipal, sea con la determinación, fijación, control, fiscalización, –etc.-, de las obligaciones tributarias municipales.* ***Lo anterior implica, que esa vinculación -además de directa- debe ser habitual, permanente, regular y ordinaria****, examen que esa municipalidad debe llevar a cabo en cada caso concreto, tomando en cuenta -amén de los requisitos señalados líneas atrás-las atribuciones sustantivas y responsabilidades del servidor respectivo a la luz del manual descriptivo de puestos o bien, más allá de lo que en éste se establezca, a partir de las labores y tareas que el funcionario realice en la práctica (…).*
>
> (el subrayado y resaltado no es del original)

Para ese caso específico, es necesario levantar un expediente administrativo de antecedentes, que reconstruya el íter de su remuneración y también es necesario realizar un estudio de cada puesto.

Caso adicional sin numeración:

Se presenta el siguiente listado de cinco cargos: 1. Gestores Técnicos y Administrativos, 2. Jefes de Unidades Administrativas, 3. Jefe de Unidades Técnicas, 4. Jefes de Unidades Regionales, 5. Jefes de Núcleos Tecnológicos, que para efectos de la respuesta, se asume que todas las personas que ocupen esos cargos cumplen con los requisitos de esos puestos.
De previo, se planteó la siguiente pregunta concreta: "*... si de acuerdo con la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, y su*

Reglamento, artículos 14 de la Ley y 27 y 31 del Reglamento a dicha Ley, ¿es posible comprender que toda persona funcionaria con rango de jefatura se le debe cancelar el rubro de prohibición?"

Para responder en forma genérica a la interrogante, es útil recurrir a lo que la Contraloría General de la República ha desarrollado al respecto. A saber, se consideran pertinentes los siguientes antecedentes administrativos:
1. El oficio número 10771 (DAGJ-2555) del 25 de agosto de 2005:

> *(...) la lista de cargos referenciados en los artículos 14 de la Ley Nº 8422 y 27 de su Reglamento Ejecutivo,* ***es de índole taxativa, la cual en consecuencia no puede ser adicionada mediante alguno de los métodos de interpretación reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico****. No obstante lo anterior, tal y como se menciona en el oficio recién citado, siguiendo un criterio que podemos denominar material, es posible llegar a determinar que un cargo público determinado, pese a no poseer la nomenclatura utilizada en los numerales 14 de la Ley Nº 8422 y 27 de su Reglamento Ejecutivo, puede ser asimilado y en consecuencia comprendido dentro de los que se encuentran sujetos a la prohibición para el ejercicio de profesiones liberales, esto en la medida en que exista una identidad con las características, funciones, labores y responsabilidades inherentes al cargo referenciado.* ***Lo anterior significa el seguimiento por parte de este Despacho, de un criterio material que sin entrar a adicionar el listado taxativo por la vía de la interpretación, se aleja de una línea formalista que llevaría a dar prevalencia a la nomenclatura sobre la realidad material del cargo público que se trate y esencialmente sus atribuciones y responsabilidades*** *(...).*
>
> (el subrayado y resaltado no es del original)

2. El oficio número 484 (DAGJ-88-2006) del 10 de enero de 2006

> *(...) eventualmente podrían cubrir un cargo de 'director' o de 'subdirector'. Así, un primer caso, sería el de directores y subdirectores a nivel administrativo, un segundo supuesto sería el de los directores o subdirectores (jefes o encargados) de las proveedurías del sector público, y un último escenario estaría conformado por los directores y subdirectores generales de los órganos desconcentrados.* ***De tal manera, que la normativa de marras no cubre cualquier puesto de 'dirección o subdirección' que se desempeñe en la Administración Pública, sino que por el contrario, únicamente se incluyen a aquellos puestos relacionados con la función administrativa, de proveeduría o, de mayor jerarquía en el caso de los órganos desconcentrados****.*

Ahora bien, resulta importante aclarar que una interpretación literal de lo dispuesto por artículo 14 de la Ley No. 8422 en cuanto a que: 'No podrán ejercer profesiones liberales (...) así como los directores y subdirectores de departamento y los titulares de proveeduría del Sector Público' podría llevar a confusión en cuanto al espíritu del legislador, ***por cuanto los directores y subdirectores de departamento están referidos exclusivamente a las proveedurías y no a cualquier otra dependencia*** *(…).*

(el subrayado y resaltado no es del original)

3. El oficio número 5655 (DJ-0432-2014) del 10 de junio de 2014:

(…) Resulta de capital importancia indicar que la prohibición establecida en el artículo anterior tiene como destinatarios exclusivos a los funcionarios que ocupan la lista taxativa de puestos que indica el numeral citado. En efecto, la norma transcrita resulta ser una limitación legal al ejercicio de un derecho fundamental que como tal debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio hermenéutico de asidero constitucional, denominado "in dubio pro libertate". Bajo esa línea de pensamiento, es importante recalcar que ha sido criterio reiterado de este órgano fiscalizador de la Hacienda Pública que, por la vía de interpretación normativa, no es posible incluir otros puestos diferentes a los que expresamente establece el articulado, salvo que el cargo guarde identidad con las características, funciones, labores y responsabilidades inherentes a uno de los puestos incorporados en dicho listado y que por aspectos propios de la nomenclatura utilizada por el ente u órgano tenga una denominación jurídica diferente. (…) Bajo esa línea de pensamiento, si un funcionario ocupa alguno de los cargos a los que hace alusión el artículo 14 de la Ley 8422, no podrá ejercer la profesión o profesiones liberales que ostente, pese a que no sea aquella requisito indispensable para ejercer el puesto que ocupa en el ente u órgano de la Administración Pública, y en virtud de esa limitación a ese derecho fundamental es que el ordinal 15 de ese mismo cuerpo normativo otorga una indemnización de un 65% que se calcula sobre el salario de servidor público afectado, con el objeto de paliar las consecuencias adversas que pueda sufrir con ocasión a la limitación de esa libertad fundamental. En el caso los jefes de departamentos, áreas o procesos, ejercer libremente su profesión; regla cuya única excepción recae en los jefes -o titulares- de proveeduría. En efecto, los jefes de las proveedurías de toda la Administración Pública y de las empresas públicas están afectos a la prohibición del ejercicio liberal de la profesión. Así está dispuesto en la norma indicada en el párrafo anterior

> *y está más claramente señalado en el numeral 27 del reglamento a la Ley N° 8422 (…)* ***Así las cosas, debemos destacar que cualquier otro puesto administrativo de jefatura, como podrían ser a nivel financiero, legal, de recursos humanos, etc. quedaría excluido del régimen de prohibición establecido en el ordinal 14 de la Ley N° 8422 y del artículo 27 de su reglamento, toda vez, que tales puestos no están contemplados en la normativa señalada****. No obstante lo anterior, es importante dejar claro a la consultante que ha sido criterio reiterado de nuestra parte, afirmar que son las autoridades de cada Administración -y no este Órgano Contralor-, a quienes les corresponde, bajo su exclusiva y entera responsabilidad, determinar, en cada caso, cuáles de sus funcionarios se encuentran cubiertos o no por dicha restricción (…).*
>
> (el subrayado y resaltado no es del original)

A partir de las anteriores transcripciones, se puede brindar una respuesta igualmente genérica a la pregunta planteada y se puede afirmar que no es posible comprender que a toda persona funcionaria con rango de jefatura se le debe cancelar el rubro de prohibición, sino solamente a la lista taxativa de cargos referenciados en los artículos 14 de la Ley Nº 8422 y 27 de su Reglamento.

V. Sobre los derechos adquiridos y la situación jurídica consolidada:

En virtud del estudio de carácter especial que al efecto lleva la Auditoría Interna del Instituto Nacional de Aprendizaje, como parte de los aspectos a considerar, dado que algunos de los temas abordados revisten una ubicación temporal extensa, se sugiere valorar y acreditar el acaecimiento de algún plazo legalmente establecido. Lo anterior por cuanto el fenecimiento de algún plazo de revisión de la actuación administrativa, podría configurar la existencia de derechos adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas, sin perjuicio de que a futuro, la Administración pueda disponer eventuales medidas correctivas.

Si bien se trata de conceptos, cuyo uso en la jerga jurídica se encuentra generalizado e incluso ha tenido algunas exportaciones hacia el lenguaje normal común, utilizar esos conceptos desde el punto de vista estrictamente jurídico, necesariamente tiene vinculación con el derecho consagrado en la Constitución Política sobre la irretroactividad de las normas, entendidas éstas en sentido amplio.

En otras palabras, referirse a los "derechos adquiridos" o a la “situación jurídica consolidada” tiene sentido respecto de la identificación de cuadros fácticos o contenidos materiales cuya modificación normativa hacia futuro, podría afectar derechos cuyo disfrute se encuentren protegidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la reforma producida en las normas. Además, la “situación jurídica

consolidada" no opera en abstracto, sino en forma concreta para la esfera jurídica de una persona o determinado grupo de personas.
Respecto de este concepto, la Sala Constitucional ha sido muy prolífera y solo como ejemplo, se cita la resolución número 6134-98 de las diecisiete horas veinticuatro minutos del veintiséis de agosto mil novecientos noventa y ocho, que señaló:

> "(…)*En todo caso, en relación con el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, donde "ley" debe entenderse en su sentido genérico, como normas o disposiciones jurídicas (véase sentencia 473-94 de las 13:03 horas del 21 de enero de 1994), la Sala ha dicho que resulta un principio formal y sustancial, de modo que se viola, no solo cuando una nueva norma o la reforma de una anterior altera ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una disposición anterior, sino cuando los efectos, la interpretación o aplicación de esa última produce un perjuicio irrazonable o desproporcionado al titular del derecho o situación consagrados; que tanto el derecho adquirido como la situación jurídica consolidada se tornan intangibles por razones de equidad y de certeza jurídica; que el derecho adquirido, sobre todo relacionado con el aspecto patrimonial, denota una situación consumada en la que una cosa -material o inmaterial, trátese de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente- ha ingresado o incide en la esfera patrimonial de una persona, creando una ventaja o beneficio constatable; que la situación jurídica consolidada representa un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos; que lo relevante de la situación jurídica consolidada es que, por virtud de una sentencia o de un mandato legal, haya surgido una regla clara y definida que vincula un determinado supuesto de hecho con una consecuencia dada; que nadie tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento, es decir, a que las reglas nunca cambien, por eso el principio de irretroactividad no impide que una vez nacida a la vida jurídica la regla que conecta el hecho con el efecto, no pueda ser modificada o incluso suprimida por una norma posterior; que el principio opera para que una vez que se ha producido el supuesto de hecho condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla, no pueda impedir que surja el efecto condicionado esperado bajo el amparo de la norma anterior (véanse al respecto sentencias número 1119-90 de las 14:00 horas del 18 de setiembre de 1990, 1147-90 de las 16:00 horas del 21 de setiembre de 1990, 1879-94 de las 17:30 horas del 20 de abril de 1994, 2765-97 de las 15:03 horas del 20 de mayo de 1997, 6771-97 de las 12:15 horas del 17 de octubre de 1997).*

> *Sobre la base de estas consideraciones debe indicarse que los derechos se adquieren y las situaciones jurídicas se consolidan al amparo de normas jurídicas, de sentencias judiciales o de actos administrativos inmodificables en vía administrativa (aclarando al respecto que cuando se produce la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto administrativo, el cual se anula siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, no puede decirse que de previo a la anulación no se haya consolidado una situación jurídica o se haya adquirido un derecho subjetivo, porque lo que sucede en ese supuesto es sencillamente que, tramitando el indicado procedimiento, no se requiere necesariamente acudir al contencioso de lesividad a discutir el asunto).*"

Además de lo abundantemente señalado por la Sala Constitucional, de la información suministrada en su consulta, no se aprecia que en forma objetivizada, los casos genéricos planteados, constituyan por sí mismos, una "situación jurídica consolidada", porque tal concepto es un predicado susceptible de ser atribuido a las personas y no a las normas. En otras palabras, lo que se podría encontrar en "situación jurídica consolidada" son personas y cosas. Pero incluso, aún y cuando el error no genera derecho, el advenimiento de plazos enerva la acción procesal para volver sobre los actos declarativos de derechos.

Por lo anterior, aunque pudiera ser una valoración que corresponda a la administración activa y no a la función fiscalizadora, desde ya es oportuno considerar el elemento temporal, como una variable que podría incidir directamente en el resultado esperado.

VI. Recomendaciones para el análisis ─ *in concreto e in casu* ─ **de la individualización:**

En los oficios AI-00640-2015 y AI-00730-2015 se enunciaron cinco casos generales, referidos a un total de ciento ocho personas funcionarias del Instituto Nacional de Aprendizaje.

En dichos oficios, se requirió la realización de análisis ocupacional, estructura de puestos, puestos afectados, análisis de funciones y puesto, para esos cinco casos generales y las ciento ocho personas funcionarias.

Como se ha venido desarrollando, la normativa aplicable inhibe a la Dirección General de Servicio Civil para sustituir a la Administración activa en el ejercicio de sus competencias propias. Véase que la misma Contraloría General de la República afirma que "*son las autoridades de cada Administración -y no este Órgano Contralor-, a quienes les corresponde, bajo su exclusiva y entera responsabilidad,*

determinar, en cada caso, cuáles de sus funcionarios se encuentran cubiertos o no por dicha restricción".

Siendo que de conformidad con el artículo 45 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, las instituciones deben llevar un expediente de cada una de las personas servidoras, en el mismo se pueden encontrar los antecedentes para reconstruir el íter de remuneración.

Por lo cual, a manera de recomendación, se sugiere preparar un expediente administrativo individualizado para cada una de las ciento ocho personas funcionarias, que pueda acreditar el cumplimiento de los requisitos que le imponen la restricción al ejercicio de una libertad profesional y le hacen acreedora del pago compensatorio.

Se considera que el expediente debería acreditar al menos lo siguiente:

1. La libertad profesional que sería susceptible de ser limitada o restringida: Nótese que si no existe, deviene en innecesario continuar con el resto de acreditaciones.
2. La incorporación al colegio profesional y su condición de activa: En los términos indicados en las generalidades. Nuevamente, si no existe, no es necesario continuar.
3. El fundamento jurídico que habilita la restricción a la libertad profesional: De lo indicado en el desarrollo, para el caso del Instituto Nacional de Aprendizaje solo hay tres posibilidades, sea la consideración como administración tributaria según el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (abogados y profesionales de administración financiera), la pertenencia a un departamento de cómputo (informáticos) y los cargos que se ubiquen en el tope máximo de la estructura orgánica según la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (proveeduría y jerarcas institucionales) .
4. El fundamento jurídico que habilita el pago compensatorio: Para el caso del Instituto Nacional de Aprendizaje, solo hay dos posibilidades, sea la Ley número 5867 en cuanto a la gestión tributaria (abogados y profesionales de administración financiera) e informáticos y la Ley número 8422 en cuanto a los cargos de máxima jerarquía (proveeduría y jerarcas institucionales)
5. Acciones de personal donde se haya tramitado el pago compensatorio por primera vez
6. Acciones de personal donde se haya efectuado algún movimiento de personal que
hubiere permitido conservar el pago compensatorio.
7. Resoluciones judiciales que hubieren autorizado el pago compensatorio
8. Listado de tareas con la respectiva evidencia que demuestre la vinculación directa, habitual, permanente, regular y ordinaria con la gestión tributaria, el departamento de cómputo o el tope máximo de la estructura orgánica. Incluso, podría desarrollarse algún instrumento ad-hoc por parte de la Auditoría Interna

mediante el cual se recopile esa información de la fuente primaria, la persona funcionaria, mediante un mecanismo ágil y seguro como el correo electrónico, pues únicamente se requiere el indicio para continuar con un estudio más profundo.

Con este expediente administrativo de antecedentes, ya se estaría en condición de resolver los casos que pudieran considerarse como de mera constatación y se utilizarían los recursos que se pudieran liberar para la atención de los casos más complejos.

Se considera conveniente para los efectos del estudio de carácter especial asegurar las pruebas documentales, una razón más para la conformación del expediente administrativo de antecedentes que se sugiere, pues es lo que permitirá la trazabilidad de los eventuales hallazgos, las conclusiones y recomendaciones que se pudieran emitir.

En espera de haber atendido la consulta y todos los planteamientos en ella indicados, con la profundidad que amerita el estudio que la Auditoría Interna del Instituto Nacional de Aprendizaje está realizando, así como dejando constancia de la disponibilidad para ampliar cualquier aspecto aquí contenido, se despide,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
DIRECTOR

RPL/AMRR

AJ-278-2016
11 de mayo del 2016

Asunto: Consulta sobre el pago por concepto de prohibición a abogados (as).

Ref: Correo electrónico de fecha 04 de mayo de 2016.

Señora
Brenda Cordero
Correo electrónico: brendacor2001@hotmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su atento correo electrónico de fecha 04 de mayo del año en curso, por medio del cual remite consulta a este despacho, en relación con las interrogantes que se detallan a continuación:

- *"…que sucede en el caso de personas nombradas en propiedad en el puesto de Técnico de Servicio Civil 3 licenciados en Derecho, incorporados al Colegio (sic) y que no se les pague prohibición…?*

- *Debe ser pagado?.*

- *Bajo qué fundamento los Ministerios deben pagarlo?*

- *Cuáles son los requisitos para pagar la prohibición?*

Sobre el particular nos permitimos aclarar previamente a la consultante, que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a casos o situaciones concretas como la expuesta supra, en virtud de que su resolución es responsabilidad exclusiva de la Administración Activa.

No obstante lo anterior, abordaremos sus interrogantes desde una perspectiva general, al amparo del principio de legalidad consagrado en el numeral 11 constitucional y su homónimo de la Ley General de la Administración Pública, invocando la normativa y los fundamentos jurisprudenciales vigentes de aplicación al tema en estudio, haciendo hincapié en que son, precisamente, las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos, las encargadas directas de analizar

asuntos particulares de sus funcionarios, al ser depositarias de los expedientes personales de uso en el ámbito institucional.

Ahora bien, y volviendo al objeto central de su consulta, hemos de indicarle que este centro de trabajo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la temática que destaca en su misiva, por lo que a riesgo de ser insistentes o redundantes en los argumentos esgrimidos en dichas oportunidades, nos permitimos señalar en la siguiente matriz algunos de los criterios técnico jurídicos más relevantes emitidos por esta sede administrativa, mediante los cuales consideramos se evacúa a plenitud las dudas planteadas por usted.

NÚMERO DE OFICIO	FECHA DE EMISIÓN
AJ-646-2001	20/11/2001
AJ-109-2004	17/02/2004
AJ-409-2005	13/05/2005
AJ-554-2006	06/09/2006
AJ-421-2007	23/07/2007
AJ-468-2007	16/08/2007
AJ-284-2008	15/05/2008
AJ-536-2011	07/07/2011
AJ-115-2013	20/02/2013
AJ-270-2014	05/05/2014

No omitimos manifestar, que tales documentos se encuentran a su plena disposición y de cualquier otro ciudadano, para efectos de consulta y reproducción en tanto documentos públicos, en el sitio web oficial del Centro de Información Documental de la Dirección General de Servicio Civil, ruta electrónica http://cidseci.dgsc.go.cr/, hipervínculo Revista de Jurisprudencia, que puede ser fácilmente visualizado del lado derecho frente al monitor de su equipo.

Sin otro particular, suscribe,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

AJ-037-2016
25 de enero del 2016

Asunto: Criterio Jurídico sobre pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, respecto a FONAFIFO.

Ref: Correo electrónico de fecha 14 de diciembre de 2015.

Licenciada
Grettel Céspedes Arias
grecespedesarias@gmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de la Asesoría Jurídica, se da respuesta a su correo electrónico de fecha 14 de diciembre de 2015, por medio del cual remite consulta sobre criterio jurídico respecto si el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República N° C-352-2007 es vinculante respecto a FONAFIFO.

Previo a cualquier consideración jurídica, resulta conveniente, hacer del conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, de ahí que no resulte procedente atender los casos hipotéticos o concretos planteados.

Ahora bien la Procuraduría General de la República, encuentra su actuar delimitado dentro de su Ley Orgánica, N° 6815, y dentro de sus atribuciones, derivados de su competencia, el artículo 3, inciso b) de la LOPGR, en lo que interesa, nos numera:

> *ARTÍCULO 3.- ATRIBUCIONES: Son atribuciones de la Procuraduría General de la República:*
> *…*
> *b) Dar los informes, dictámenes, pronunciamientos y asesoramiento que, acerca de cuestiones jurídicas, le soliciten el Estado, los entes descentralizados, los demás organismos públicos y las empresas estatales. La Procuraduría podrá, de oficio, reconsiderar sus dictámenes y pronunciamientos….”*

Ahora bien con respecto al acatamiento de los diferentes productos emanados de este ente estatal el artículo 2 enmarca el alcance de los mismos de la siguiente manera:

> *"ARTÍCULO 2.- DICTÁMENES: Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa,* ***y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública."*** (El resaltado es nuestro)

Como se puede reparar tanto los dictámenes son de acatamiento obligatorio para la administración, en el tanto procede directamente para la parte consultante.

En ese mismo sentido se refiere el dictamen C-265-2011, ante una consulta de esta Dirección General, que en lo que corresponde indica:

> *"(…) Lo anterior es de gran relevancia,* ***pues si bien los dictámenes que elabore la Procuraduría General son solamente vinculantes para la Administración que haya consultado****, lo cierto es que el corpus de sus pronunciamientos es fuente no escrita del ordenamiento jurídico administrativo. Así lo ha reconocido un reciente voto de la Sala Constitucional N.° 14016-2009 de las 2:34 horas del 1 de setiembre de 2009 (…)"* (El resaltado no es del original)

En este estado de cosas y en tratándose que el documento de la Procuraduría General aportado para examen, a saber el C-352-2007 de fecha 2 de octubre de 2007, es un dictamen, lo que procede es su aplicación obligatoria para la institución consultante, en este caso el FONOFIFO.

Ahora bien con respecto a la emisión de un criterio concerniente a los dictámenes de la Procuraduría General de la República, esta Dirección General no es la competente para efectuar dicha acción, sino que el mismo dictamen se interpreta por sí mismo, siendo que al respecto de la consulta sobre vacaciones y anualidades para los funcionarios de la institución, indica lo siguiente:

> *"(…) Por otra parte, si bien debe entenderse que las personas a las cuales se refiere la consulta adquirieron la condición de "funcionarios públicos" desde el momento en que empezaron a realizar "funciones públicas", las implicaciones salariales (y laborales en general) de esa afirmación deben analizarse, detenidamente, y por aparte, cada vez que resulte necesario, a efecto de no conferirles beneficios que sean incompatibles con las condiciones bajo las cuales fueron contratados o bajo las cuales prestaron sus servicios; o bien, para no negarles derechos que bajo esas mismas condiciones sí les corresponderían (…)"*

Así las cosas es la institución consultante la encargada y obligada de la correcta interpretación, aplicación y seguimiento del criterio en marras.

Sin otro particular,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Marlon F. Barrelier Pérez.

Lic. Marlon Barrelier Pérez
Asesoría Jurídica

MBP/AMRR

AJ-021-2016
14 de enero de 2016.

Asunto: Consulta sobre aplicación del Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Educación Pública.

Ref.: Escrito de fecha 6 de enero del 2016.

Señor
José Guido Masís Masís
notificaciones@lexforumabogados.com

Estimado señor:

Se atiende escrito remitido a este Despacho vía fax el día 6 de enero del presente año, mediante el cual nos consulta si el Decreto Ejecutivo N° 5771-E y sus reformas denominado Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Educación Pública es aplicable a las personas administrativas del Ministerio de Educación Pública que trabajan en las oficinas desconcentradas como son las Regionales de las provincias u otras instancias administrativas que no están centralizadas en San José?

Sobre el particular, conviene aclarar que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a casos concretos que le son sometidos a su escrutinio técnico, por cuanto los mismos son de resorte exclusivo de la Administración Activa, quien deberá resolver lo procedente, a la luz del análisis general que desde el ámbito estrictamente normativo y jurisprudencial 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.

Sin embargo a manera de colaboración para esclarecer su duda emitiremos las siguientes consideraciones:

La Ley General de la Administración Pública, Ley Nº 6227 del 2 de mayo de 1978, se dispone como el marco legal que regula la actividad del Estado, de los entes públicos, cuya organización y actividad se rige por el Derecho Público.

De esta Ley de supra cita se desprende en los artículos 111 inciso 1) y 112 inciso 1), que el servidor público es aquella persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, y a cuyas relaciones de servicio con la Administración les es aplicable el derecho administrativo.

Con la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la aplicación

del derecho público y sus principios, los reglamentos internos de trabajo desaparecen de las Administraciones para sustituirse por los reglamentos autónomos de organización y servicio cuya naturaleza es esencialmente administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 103 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública, el órgano superior jerárquico del respectivo ministerio, tiene la potestad de organizar mediante reglamentos autónomos el servicio, entre la Administración y sus servidores.

La Sala Constitucional por su parte se ha referido en resolución N° 9236-1999 de las veinte horas con once minutos del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, a la aplicación de reglamentos autónomos de organización y servicio en las relaciones con la Administración, señalando que:

> *"(…) por lo que son de dos tipos: los reglamentos autónomos de organización y los reglamentos autónomos de servicio. Los primeros encuentran su fundamento en la potestad de auto organización de la propia administración, en tanto los segundos tienen su sustento en la competencia del jerarca administrativo para regular la prestación del servicio que está a cargo, sin necesidad de la existencia de una ley previa en la materia. Se trata de reglamentos que crean regímenes de sujeción especial y que vienen a limitar los derechos de los ciudadanos que han entrado en relación con la Administración."*

De conformidad con lo anterior los Reglamentos Autónomos de Trabajo deben establecer normas claras y precisas sobre las condiciones de la prestación del servicio, a las que deben sujetarse la Administración y sus funcionarios de conformidad con el bloque de legalidad vigente.

Por lo tanto mediante Decreto Ejecutivo Nº 5771-E, del 26 de febrero de 1976, se promulgó el Reglamento Interior de Trabajo del Ministerio de Educación Pública, en el cual se disponen preceptos legales destinados a regular las relaciones de servicio entre esta dependencia y sus funcionarios.

Comprendido lo anterior conviene citar el artículo 1 del citado Reglamento Autónomo que indica:

> ***"Artículo 1°—***
>
> *El presente Reglamento Autónomo de Servicios(*) tiene por objeto regular las relaciones que surgen con ocasión del trabajo entre el Ministerio de Educación Pública y sus servidores, según se define en el artículo siguiente y se emite en virtud de lo dispuesto por los artículos 66, 67 y 68 del Código de Trabajo, 29 inciso e) y 31 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; el Estatuto de Servicio Civil y sus Reglamentos y el Decreto Ejecutivo Nº 4 del 26 de abril de 1966."*

(destacado no corresponde al original)

Por su parte el artículo 2 del mismo cuerpo normativo menciona:

> "*Artículo 2°-*
>
> *Para los efectos de este Reglamento se entiende por*
>
> *(…)*
>
> *c) Servidores: Todas las personas físicas que prestan sus servicios intelectuales, materiales o de ambos géneros, en las oficinas centrales del Ministerio, en forma subordinada y a cambio de una retribución, con carácter permanente o transitorio, nombradas por el Poder Ejecutivo, de acuerdo con los procedimientos prescritos por el Estatuto de Servicio Civil y sus Reglamentos, disposiciones supletorias y conexas; y d) De todas aquellas personas que presten servicios al Ministerio, como consecuencia de una relación de trabajo.*

Resulta igualmente importante transcribir el artículo 3 del reglamento en cuestión:

> ***"Artículo 3°—***
>
> *Los servidores y funcionarios del Ministerio se clasifican en:*
>
> *a) Administrativos: Aquellos servidores que en las condiciones dichas en el artículo anterior, hayan ingresado a la Carrera Administrativa mediante los procedimientos que establece el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento y aquellos que establezcan una relación de trabajo con el Ministerio que no pertenezcan por su naturaleza a la Carrera Docente;*
>
> *b) Técnico-Docentes: Los servidores que de conformidad con lo que establece el inciso b) del artículo 2º del Reglamento de la Carrera Docente, Decreto Ejecutivo Nº 2235-E-P del 14 de febrero de 1972, se encuentran en las condiciones que se indican en el artículo anterior; y*
>
> *c) Administrativo-Docentes: Los servidores que de conformidad con lo establecido por el artículo 2º, inciso c) del Reglamento de la Carrera Docente, Decreto Ejecutivo Nº 2235-E-P del 14 de febrero de 1972, se encuentran en las condiciones que se indican en el artículo anterior."*

Resulta de todo lo analizado, que bajo estas consideraciones no se podría hacer distinción entre servidores Administrativos del Ministerio de Educación Pública focalizados en sedes ya sean regionales u otras desconcentradas que no se encuentren ubicados en Oficinas Centrales ya sea en Edificio Rofas o Raventós.

Pese a lo dicho como se le reitera al consultante que si su consulta resulta dirigida a una norma en particular por ser de resorte interno, deberá su interrogante ser dirigida al departamento de personal de ese ente Ministerial tal y como lo indica el artículo 6 del reglamento de marras.

> "**Artículo 6º-**El Departamento de Personal, por delegación del Ministro, tendrá a su cargo todo lo relacionado con la aplicación de este Reglamento, así como también lo concerniente al personal y las relaciones del mismo con la Dirección de Servicio Civil".

Con las anteriores manifestaciones damos por atendida con consulta.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

ABR/AMRR

AJ-212-2016
14 de abril de 2016

Asunto: Reasignación de puestos del Título IV al Título I.

Ref: Oficio número MCJ-GIRH-406-2016 del 05 de abril de 2016.

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

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de la Asesoría Jurídica, damos respuesta a su oficio número MCJ-GIRH-406-2016 del 5 de abril del 2016 recibido en esta Asesoría Jurídica el día 7 de abril del año en curso, mediante el cual solicita ampliar lo indicado en el oficio número AJ-610-2015 del 18 de noviembre del 2015, mediante el cual se le brindó respuesta a consulta realizada mediante oficio número MCJ-GIRH-1783-2015 del 18 de noviembre del 2015.

Sobre el tema planteado en ambos oficios, esta Asesoría Jurídica vertió su criterio, haciendo referencia a los oficios número AJ-393-09 del 28 de julio del 2009 y AJ-441-2009 del 13 de agosto del 2009 y transcribiendo extractos de los mismos en donde se hace referencia a la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, misma que establece la prohibición expresa, para que la administración pueda proceder con reasignación de puestos que son exclusivos para funciones de vigilancia, a puestos con funciones administrativas, y se recomendó que en aplicación del principio *mutatis mutandis,* se procediera a realizar una interpretación análoga haciendo los cambios correspondientes en lo que interesaba, para efectos de la consulta planteada.

Adicionalmente se indicó que esta Asesoría Jurídica, compartía el criterio de la Asesoría Jurídica del Ministerio consultante, quien asesoró a la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos, indicándole que de conformidad con el principio de legalidad, a ningún funcionario se le pueden atribuir funciones no apegadas al bloque de legalidad, y que desde el punto de vista jurídico la figura de la reasignación no resultaba aplicable al caso concreto.

En virtud de lo anterior, no consideramos que se requiera ampliar lo ya indicado en el criterio número AJ-610-2015 del 2 de diciembre del 2015.

Sin embargo, de considerar que se requiere ampliar sobre algún extremo específico de la consulta, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ejecutivo número 35573-MP del 16 de setiembre de 2009, que es el Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, cuyo artículo 7, Nivel Asesor, inciso a), resulta necesario, que con la descripción del extremo a ampliar, se adjunte criterio legal emitido por la Asesoría Jurídica Institucional.

Por último, no omitimos reiterar que, las instituciones públicas tienen la elección de acudir a realizar sus consultas ante la Procuraduría General de la República, quien como órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, podrá verter un criterio que resultará vinculante para el consultante.

Atentamente,

Original firmado [Licda. Andrea Granados Soto

Licda. Andrea Granados Soto
Asesoría Jurídica

AGS/AMRR

AJ-263-2016
3 de mayo de 2016.

Asunto: Normas aplicables al proceso de reasignación.

Ref.: correo electrónico de fecha 27 de abril de 2016.

Licenciado
Gerardo Ricardo Wade Davis
Email: wadedavisg@gmail.com
Presente

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su correo electrónico de fecha 27 de abril de 2016, mediante el cual consulta sobre si los decretos N°38915-H del 27 de marzo de 2015 y el N°39613-H del 3 de marzo del 2016 son aplicables en forma retroactiva a los funcionarios públicos que han venido ejecutando funciones mayores al puesto que ostentan y además estos funcionarios ya habían consolidado el tiempo antes de que se emitieran estos decretos, teniendo la posibilidad de ser reasignados.

Previo a emitir nuestro criterio es conveniente hacer de conocimiento de la consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública, no obstante lo anterior hemos de indicarle que la consulta será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables a la situación en examen.

Aclarado lo anterior, conviene enfatizar lo señalado por la Asesoría Jurídica en el oficio AJ-360-2015 el cual citó:

> *".. Es por todo lo expuesto, que esta Asesoría Jurídica concuerda con el criterio de su Área a cargo, en relación con que se deben cumplir las disposiciones normativas para el trámite de reasignación así reguladas en los numerales 110, 111 y 118 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil…"*

Además nos permitimos adjuntarle para sus propósitos, el Oficio Circular DG-009-2015 del 29 de abril de 2014, y la resolución DG-201-2014 del catorce de noviembre de dos mil catorce, en relación con los procedimientos de reasignación, con lo cual podrá ampliar su panorama y aclarar cualquier duda adicional que tenga con respecto al trámite de reasignaciones en general.

Ante el anterior preámbulo en que remitimos a la reglamentación normativa aplicable al trámite de reasignación conviene transcribir el numeral 111 inciso a) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil el cual indica:

> *"**Artículo 111**.*
>
> *En los casos previstos en los artículos 109 y 110 precedentes, la reasignación se resolverá de acuerdo con el siguiente procedimiento:*
>
> *a) Los cambios operados en las tareas, actividades y responsabilidades que conforman los puestos, producto de las modificaciones en los objetivos y o procesos de trabajo de las unidades donde se ubican, tienen que haberse consolidado debidamente y por ello, debe mediar entre el inicio de dichos cambios y la presentación de la solicitud de reasignación o el estudio de oficio que hace la Oficina de Recursos Humanos, un período no menor de seis meses…"*

Ahora bien, manteniendo lo dicho anteriormente, traemos también a colación el artículo 110 del mismo cuerpo normativo, mismo que dice así:

> *"**Artículo 110.***
>
> *Cuando el jerarca o jefe autorizado estime que en un puesto se han dado cambios sustanciales y permanentes en sus tareas, actividades y responsabilidades, como consecuencia de modificaciones en los objetivos y /o procesos de trabajo, que implique la obtención de productos o servicios más eficientes, salvo casos de excepción a juicio de la instancia competente podrán gestionar ante la Oficina de Recursos Humanos respectiva, el trámite de reasignación del puesto, o estudio de clasificación que corresponda.(…)"*

Continúa citando la norma al respecto,

> *"… De igual manera podrá proceder el servidor interesado titular del puesto, cuando compruebe que el jerarca o jefe autorizado no avala el trámite de la reasignación de su puesto.(…)"*

Ahora bien, entrando a analizar propiamente lo que dispuso el oficio circular DG-009-2014 en cuanto a la figura de consolidación se cita:

" (...)

IV. Consolidación

- *En el caso de que se determine la consolidación de nuevas tareas y responsabilidades, según el artículo 118 del RESC, de conformidad con lo que establece el artículo 111 inciso a) de ese mismo cuerpo normativo, para el estudio de un puesto que tenga como ocupante un titular, será necesario el cumplimiento del período de seis meses de consolidación, el cual* ***se contará a partir del momento en que el Máximo Jerarca o jefe autorizado de su autorización, del cambio y de la consolidación indicada****. Se exceptúa de dicho cumplimiento cuando se trate de algún puesto vacante, en razón de la inmediatez en que debe brindarse los servicios públicos que por su naturaleza deben ser aportados en forma oportuna.*[38]*"*

De lo señalado hasta ahora, se desprende que además del cambio de tareas, responsabilidades y actividades del puesto de trabajo, un nuevo elemento incluido en el artículo 118 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que expone un "**deber"** de los Jefes de las Unidades o Dependencias de las Instituciones adscritas al Régimen, cuya norma citada expresa:

"Artículo 118.

Los jefes de las unidades o dependencias en donde ocurran cambios en las tareas y responsabilidades de los puestos ***debe informar*** *de ellos al jerarca o jefe autorizado de la institución,* ***para que decida si deben consolidarse a volver al estado original dichas tareas y responsabilidades****.*

Si se determina su consolidación, se debe comunicar a la oficina de recursos humanos para que analice la factibilidad de tramitar la reasignación del puesto, conforme lo dispone el inciso b) del artículo 111 de este Reglamento." ***(destacado no corresponde al original)***

Hasta aquí podemos entender sin mayor esfuerzo que si al servidor no se le ha dado la autorización para la consolidación de las nuevas tareas, se refiere a una

[38] Modificado mediante **RESOLUCIÓN DG- 201-2014 DIRECCION GENERAL DE SERVICIO CIVIL.** San José, a las catorce horas del catorce de noviembre de dos mil catorce.

expectativa para una reasignación, tan solo ha conformado su puesto de trabajo con nuevas tareas y responsabilidades adquiridas por el esfuerzo y cumplimiento de sus tareas, las que a partir del asentimiento de las autoridades superiores podrá consolidar según los artículos transcritos.

Sin otro particular se despide de usted.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

Anexo: Oficio Circular DG-009-2015 y la resolución DG-201-2014.

ABR/AMRR

AJ-117-2016
24 de febrero del 2016

Asunto: Consulta sobre renuncia de interino y preaviso.

Ref: Formulario web N° 1610217022016, de fecha 17 de febrero de 2016.

Señora/ita
Katherine Barboza Padilla
katgab11@gmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de la Asesoría Jurídica, se da respuesta a su escrito de fecha 17 de febrero de 2016, por medio del cual remite consulta respecto a la aplicación del preaviso.

Previo a cualquier consideración jurídica, resulta conveniente, hacer del conocimiento del consultante que es política de esta Asesoría Jurídica, el no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, ya que suplantaríamos a la Administración Activa en la resolución de sus asuntos, de ahí que no resulte procedente atender los casos hipotéticos o concretos planteados.

La consulta específica que realiza es la siguiente:

> *"…**estoy interina** por más de 6 años y decido renunciar me toca un mes de preaviso; en caso de que yo renuncie y no realice el preaviso que ocurre como puedo ser sancionada o en que me afecta?"*

En esta situación responderemos de manera general respecto a la situación de interinazgo en relación directa con una renuncia y la aplicación del preaviso.
El funcionario interino, en su relación laboral directamente, tiene en esencia los mismos derechos y obligaciones que un funcionario en propiedad, siendo su única diferenciación la que corresponde a su despido.

Dentro de este entendimiento, reproducimos los artículos 28 y 32 del Código de Trabajo que en lo pertinente rezan:

> *"**Artículo 28**.—En el contrato por tiempo indefinido cada una de las partes puede ponerle término, sin justa causa, dando aviso previo a la otra, de acuerdo con las siguientes reglas:*
> *…*
> *c) Después de un año de trabajo continuo con un mínimo de un mes de anticipación.*
> *Dichos avisos se darán siempre por escrito, pero si el contrato fuere verbal, el trabajador podrá darlo en igual forma en caso de que lo hiciere ante dos testigos; y pueden omitirse, sin perjuicio del auxilio de cesantía, por cualquiera de las partes, pagando a la otra una cantidad igual al salario correspondiente a los plazos anteriores.*
> *Durante el término del aviso el patrono estará obligado a conceder un día de asueto al trabajador, cada semana, para que busque colocación."*
>
> ***Artículo 34.—**La falta de cumplimiento del contrato de trabajo sólo obligará a los que en ella incurran a la responsabilidad económica respectiva, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción contra las personas…"*

Como se puede determinar existe una obligación implícita para cualquiera de las partes dentro de la relación laboral, de cumplir con lo ordenado, teniendo en cuenta, básicamente, solo el periodo de tiempo laborado y la relación laboral preexistente.

Dicho de otra manera, no es solo un derecho del empleado para buscar otra actividad productiva o del patrono para asegurar la continuidad de producción o servicio, sino que es una regla efectiva de mutuo conocimiento de una acción específica (la cesación de función), para que se tomen las medidas necesarias por parte de cualquiera de los participantes.

Desde este aspecto es importante recalcar que esa obligación inherente al instituto del preaviso faculta a las dos partes a tomar las medidas legales en caso del incumplimiento de la otra.

Con respecto a la sanción de la cual puede ser objeto un funcionario que incumpla con su obligación de dar el preaviso, el mismo Código de Trabajo en su artículo 23 nos señala:

> *"Artículo 32.—El patrono puede renunciar expresa o tácitamente los derechos que le otorgan los artículos 28 y 31. La renuncia se presumirá de pleno derecho siempre que no formule su reclamo antes de treinta días contados a partir de aquél en que el trabajador puso término al contrato."*

Como se observa es un derecho del patrono, en este caso la Administración, iniciar el cobro respectivo de preaviso, siempre que suceda dentro de un plazo que no supere los 30 días después de la efectiva renuncia del funcionario y constatada su inobservancia.

Dicho esto, es de importancia para este despacho destacar que es potestad del administrado, plantear las solicitudes y aclaraciones puntuales, de su caso específico, que considere necesarias ante el órgano consultivo apropiado, siendo en esta situación la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos (OGEREH) del Ministerio o Institución a la que sirve.

En este estado de cosas y resuelto lo que nos concierne, se da por rendido el criterio solicitado.

Sin otro particular,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Marlon F. Barrelier Pérez.

Lic. Marlon Barrelier Pérez
Asesoría Jurídica

MBP/AMRR

AJ-200-2016
6 de abril de 2016

Ref: CTFI-003-2016 del 11 de febrero del 2016

Licenciada
Miriam Rojas González
Subdirectora General
S.D.

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de la Asesoría Jurídica, se remite según su solicitud del día 1° de abril del presente año, criterio jurídico en relación con el oficio número CTFI-003-2016 del 11 de febrero del 2016, suscrito por la Licenciada María Gabriela Alfaro Solís, en su condición de Coordinadora del Comité Técnico Funcional de Integra, por medio del cual consulta sobre la pertinencia de aplicar las deducciones de marco legal a las trabajadoras que reciben Subsidio por Maternidad sobre el 100% de su salario y no sobre el 50% del Subsidio que el Patrono paga.

Previo al análisis normativo y jurisprudencial que se hará sobre el tema consultado, nos permitimos hacer una breve exposición con sustento en la doctrina y nuestro ordenamiento jurídico, de lo que ha diferenciado del concepto de salario al del subsidio de la siguiente forma:

> *"…existe una clara distinción entre los conceptos de salario y subsidio. El primero, se entiende como la remuneración que recibe el trabajador por el servicio prestado. Es, pues, el salario, en palabras de Guillermo Cabanellas, "…la retribución que recibe el trabajador a cambio de un servicio que con su actividad ha realizado y, más concretamente aún dentro del Derecho del Trabajo, se considera como todo beneficio obtenido por el trabajador mediante un servicio cumplido por cuenta de otra persona. (…) .*
>
> *Conforme a nuestro Código de Trabajo, artículo 162, salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud de un contrato de trabajo.*
>
> *En cambio, el subsidio es el aporte económico que recibe el trabajador por motivo de incapacidad o de licencia (artículo 10 del Reglamento de Seguro Social). En los casos de enfermedad y maternidad lo que sucede es que se da una suspensión de los efectos del contrato de trabajo. (…) es decir, "…la paralización, durante cierto lapso, del principal efecto del contrato de trabajo:*

> *la prestación de los servicios (…)"Cuando la suspensión de los efectos del contrato de trabajo ocurre por las causas apuntadas, la consecuencia es que el trabajador no recibe su salario o solo percibe una parte (…), ya que no se da una contraprestación efectiva del servicio (…)"* [39]

Teniendo claro los conceptos anteriores y entendidos de la diferencia que enmarca los subsidios otorgados por enfermedad incapacitante y por maternidad, entramos únicamente a conocer el segundo motivo fundamental de dicha consulta.

Así las cosas transcribimos en lo que nos interesa el texto del artículo 95 del Código de Trabajo, que señala:

> *"Artículo 95.- La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto y los tres posteriores a él. Estos tres meses también se considerarán como período mínimo de lactancia, el cual, por prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior.*
>
> *Durante la licencia, el sistema de remuneración se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social para el "Riesgo de Maternidad". Esta remuneración deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, el patrono y la trabajadora deberán aportar a esta Caja sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia.*
>
> *Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley a cargo del patrono, deberán ser cancelados por él en su totalidad…"*

Tal y como claramente lo señala la recién citada normativa, en el caso de las remuneraciones que perciba la trabajadora durante el tiempo pre y post parto, se les debe aplicar las cargas sociales de la Caja Costarricense del Seguro Social, siendo que si el Patrono únicamente paga el 50%, y el otro 50% lo paga la C.C.S.S, la ley dispone como carga de la trabajadora, y del patrono, que sobre el 50% que paga éste a aquella, se deben rebajar la totalidad de las cargas sociales, como si el pago que hace el patrono fuera de la totalidad, en tanto que las remuneraciones que percibe la trabajadora durante su licencia por maternidad, se encuentran afectas a las contribuciones sociales a la Caja Costarricense del Seguro Social, sobre la totalidad del subsidio devengado durante la licencia.

[39] Ver, Dictamen No. 008-2000 de 25 de enero del 2000 de la Procuraduría General de la República

Como refuerzo al tema conviene citar que mediante dictamen vinculante C-008-2000, de fecha 25 de enero de 2000, la Procuraduría General de la República en ejercicio de su función consultiva, citó:

> *"…Según refieren los antecedentes de aquella consulta, al igual de lo que se consulta ahora, las autoridades de la Caja han seguido la práctica administrativa de pagar el subsidio complementario por enfermedad y maternidad por medio de la planilla de salario. En la realidad, lo que ha ocurrido, es que la Administración ha asimilado ese subsidio al salario. Lo anterior se corrobora en el hecho de que al monto que le corresponde recibir al trabajador por concepto de subsidio, se le aplican las deducciones por cuotas de la seguridad social y, además, se contabilizan esas sumas para el cálculo de vacaciones, aguinaldo, antigüedad, auxilio de cesantía, etc..".*
>
> *Y por lo expuesto, expresamente refirió que "(…)* ***la Administración Pública no sólo puede jurídicamente eliminar esa práctica administrativa, sino que, conforme al principio de juridicidad, tiene la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para enderezar esa situación, toda vez de que la costumbre administrativa que se ha seguido es contraria al ordenamiento jurídico"****. (Lo destacado y subrayado es nuestro).*

Véanse como aporte adicional al respecto los dictámenes C-027-2007, C-112-2007 y C-322-2008 emitidos por la Procuraduría General.

Aunado a lo dicho es importante destacar que en cuanto a la Reforma Procesal Laboral la norma en cuestión no se encuentra afectada en ninguna forma.

Siendo así concluimos que en relación con la referencia que se hace al Sistema de Pagos "Integra", esta Asesoría Jurídica reitera su criterio al respecto ya referido en los oficios AJ-060-2009, AJ-675-07 y AJ-195-2008, de fechas 10 de febrero del 2009, 13 de diciembre de 2007, y del 8 de abril del 2008 respectivamente en lo que se señaló:

> "*La consulta planteada no se refiere a un asunto jurídico, sino a un problema del sistema, el cual debe encontrar solución por sí mismo. La respuesta jurídica es la misma, sin importar si los registros son manuales o informáticos.*"

Atentamente,

Original Firmado [Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

ABR/AMRR

AJ-270-2016
5 de mayo de 2016

Asunto: Solicitud de criterio jurídico

Ref: CTFI-0050-2016 del 25 de abril del 2016

Licenciado
Hernán A. Rojas Angulo, MBA
Director General
S.D.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director de la Asesoría Jurídica, se remite según su solicitud del día 29 de abril del presente año, criterio jurídico en relación con el oficio número CTFI-0050-2016 del 25 de abril del 2016, suscrito por la Licenciada María Gabriela Alfaro Solís, en su condición de Coordinadora del Comité Técnico Funcional de Integra, sobre la pertinencia de atender lo solicitado por el Ministerio de Educación Pública según oficio DRH-8036-2015-DIR fechado al 7 de octubre de 2015, para acatar lo señalado por la Procuraduría General de la República en Criterio C-227-2015.

Una vez analizados los anexos, fundamentalmente el oficio Número DM-0732-05-2015 del 15 de mayo del 2015, así como el pronunciamiento vertido por la Procuraduría General de la República mediante criterio C-227-2015 del 26 de agosto de 2015 nos permitimos señalar las siguientes consideraciones.

Dada la claridad de la normativa analizada y jurisprudencia tratada, así como la interpretación armónica que realiza la Procuraduría General sobre el caso en examen, no se considera necesario por este Despacho brindar nuevamente apreciaciones de los conceptos de salario y subsidio los cuales han sido bastamente expuestos en los anexos de supra cita.

Ante lo anterior conviene señalar lo indicado por la Procuraduría General de la República mediante el criterio C-154-2014 del 19 de mayo de 2014, en lo que nos interesa:

"A) Sobre los alcances y efectos de los dictámenes emitidos por la Procuraduría General de la República.

"Según ya se analizó, los criterios de los órganos consultivos se pueden distinguir en vinculantes y no vinculantes. Es por ello que es necesario analizar cuáles de los criterios de la Procuraduría son vinculantes, para quién, y los que no son vinculantes.

Sobre el tema la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece lo siguiente:

ARTÍCULO 2.-

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

Es dable apuntar que todos los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría son vinculantes, al indicarse que "son de acatamiento obligatorio". Asimismo el efecto vinculante de tales dictámenes es sólo es para la Administración consultante, no así para el resto de la Administración, para quienes constituye jurisprudencia administrativa, con el rango de la norma que integran, interpretan o delimitan. Criterio ha sido recogido en nuestros pronunciamientos. Como ejemplo, pueden citarse los siguientes: C-237-98 de 10 de noviembre de 1998 y C-093-99 de 13 de mayo de 1999. (en igual sentido se pronunció Corte Plena en Sesión extraordinaria N° 32 de 3 de mayo de 1984, ejerciendo funciones de control de constitucionalidad).

Finalmente debe quedar claro que el efecto primordial de la jurisprudencia administrativa será, entonces, orientar, facilitar y uniformar las decisiones de los órganos de la administración activa. Le corresponderá a ésta aplicar lo interpretado a un caso concreto con el objeto de encontrar la solución justa y acorde con el ordenamiento jurídico." (Lo destacado en negrita y el subrayado corresponden al original)."

Siendo así, y en consideración de que en oficio DRH-8036-2015-DIR de supra cita se solicita que en cuanto al tema tratado por el criterio C-227-2015 se valore el criterio técnico y el impacto respectivo en la gestión pública; ultimamos que no existe requerimiento jurídico mayor al ya emanado por la Procuraduría General, en vista de ello la Asesoría Jurídica reitera su criterio al respecto ya referido en los oficios AJ-675-2007, AJ-195-2008, AJ-060-2009 y el AJ-200-2016, de fechas 13 de

diciembre de 2007, 8 de abril del 2008, 10 de febrero del 2009, y 6 de abril de 2016 respectivamente, en lo que se señaló:

> "*La consulta planteada no se refiere a un asunto jurídico, sino a un problema del sistema, el cual debe encontrar solución por sí mismo. La respuesta jurídica es la misma, sin importar si los registros son manuales o informáticos.*"

Atentamente,

Original Firmado {Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

ABR/AMRR

AJ-089-2016
12 de febrero de 2016

Asunto: Pago tiempo extraordinario

Ref: Oficio DRH-1706-2016-DIR de 11 de febrero de 2016

Señora
Yaxinia Díaz Mendoza
Directora de Recursos Humanos
Ministerio de Educación Pública

Estimada señora:

Se procede a dar respuesta a su escrito, efectuada por medio del oficio DRH-1706-2016-DIR de fecha 11 de febrero de 2016, recibida el día 12 del mismo mes, mediante el cual solicitó ampliación del criterio jurídico contenido en el oficio número AJ-811-2014, relacionado con el tema del pago del tiempo extraordinario.

Sobre el particular, es conveniente indicar que, las competencias de esta Asesoría Jurídica, se encuentran delimitadas por el Decreto Ejecutivo número 35573-MP del 16 de setiembre de 2009, que es el Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, cuyo artículo 7, Nivel Asesor, inciso a), señaló:

> *a)* ***Asesoría Jurídica****: Asesorar al más alto nivel jerárquico institucional y a los niveles intermedios en la toma de decisiones que tengan trascendencia jurídica a nivel interno de la institución y externo de las instituciones que conforman el Régimen de Servicio Civil, así como; emitir criterios para asegurar la correcta aplicación del orden jurídico vigente en las actuaciones de la Dirección General, en su relación con las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y los administrados, para lo cual deberá aportarse el criterio jurídico del área legal de la institución consultante. Le corresponde también monitorear permanentemente el entorno político y legislativo y presentar modificaciones a nuevos productos que la dinámica jurídica requiera.*

Bajo ese marco regulatorio, se puede apreciar que las consultas de naturaleza jurídica que se sometan a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, siendo necesario aportar el criterio jurídico del área legal de la institución consultante.

De manera tal que, de previo a evacuar su consulta, se solicita que se aporte el criterio del área legal correspondiente del Ministerio de Educación Pública, sin el cual, esta Asesoría todavía no podría ejercer su competencia.

No obstante lo anterior, mientras se cumple con lo requerido, se remite el oficio AJ-766-2013 del 4 de julio de 2013, que bien podría ilustrar lo consultado.

De manera que el pago de tiempo extraordinario es un asunto de resorte interno del respectivo Ministerio, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos a), d), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, que señalan:

> *"Artículo 28.-*
> *1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.*
> *2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:*
> *a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;*
> *...*
> *d) Agotar la vía administrativa, resolviendo recursos pertinentes, salvo ley que desconcentre dicha potestad;*
> *e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;*
> *…*
> *j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes."*

Además, consideramos prudente recordar que, luego de que la Administración resuelva lo que corresponda sobre el caso concreto, si un servidor o grupo de servidores no obtiene respuesta satisfactoria a sus pretensiones dentro del centro de trabajo para el cual presta sus servicios, puede si a bien lo tiene, acudir al Tribunal de Servicio Civil, observando el procedimiento de reclamo que establece el artículo 88, incisos a) y b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, o a las instancias que considere pertinentes.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
Director Asesoría Jurídica

RPL/AMRR

AJ-276-2016
10 de mayo de 2016

Asunto: Consulta sobre el reconocimiento de pago por concepto de tiempo extraordinario, a funcionarios que ocupan puestos de confianza en el MOPT.

Ref: Oficio DAG-2016-1535 de fecha 02 de mayo de 2016.

Licenciada
Irma Gómez Vargas
Auditora General
Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, procedemos a atender su atento oficio DAG-2016-1535 de fecha 02 de mayo del año en curso, mediante el cual solicita el criterio técnico jurídico de este centro de trabajo, en relación con las siguientes interrogantes:

- *"…¿Las Normas para la Autorización y pago de tiempo extraordinario en las Entidades del Sector Público Centralizado se encuentran vigentes?…"*

- *"…¿en qué se sustenta la aplicación del artículo 14 de las citadas Normas, para que prevalezca sobre el numeral 143 del Código de Trabajo…"*

- *"…¿A qué se refiere la citada Norma 14 cuando indica "**y que estén nombrados en plazas o puestos de esa naturaleza o de categoría salarial similar"**? y ¿cuál sería la brecha salarial que debe existir para que el puesto en que está nombrado el funcionario de confianza se considere de categoría salarial similar y proceda el pago de tiempo extraordinario?*

- *"…Procede el pago de tiempo extraordinario a los funcionarios que ocupan puestos de confianza de "Consultor", de los diez que tiene asignados por la Autoridad Presupuestaria, que están realizando labores de secretariado y de chofer en el Despacho del Ministro y de ser así, después de cuántas horas laboradas procedería el pago?*

Previo a atender su consulta, nos permitimos recordar nuevamente a la señora Auditora Interna, que los casos concretos como el que esboza en su misiva, se constituyen en asuntos que deben ser abordados por la Administración Activa como parte de sus competencias, razón suficiente para informarle que esta Asesoría Jurídica solo podrá analizar sus inquietudes desde una perspectiva general, que coadyuve en la búsqueda de una respuesta adecuada a las mismas.

Hecha la anterior aclaración, hemos de manifestarle que, en relación a su primera pregunta, basta con consultar la norma de comentario en la página web oficial de la Procuraduría General de la República[40], para determinar que la misma se despliega sin indicación alguna de que se encuentre derogada, al menos a la fecha de este documento. No obstante lo anterior, resulta importante informarle, que este despacho se ha pronunciado sobre el tema mediante el oficio AJ-766-2013 de fecha 04 de julio de 2013, en el cual, y en lo que interesa, se dijo lo siguiente:

> *"…Haciendo un poco de historia, por más de veinte años existió la llamada Comisión de Recursos Humanos, creada por el Decreto Ejecutivo No. 14638 del 23 de junio de 1983 y eliminada por el Decreto Ejecutivo No. 33308 del 1° de agosto de 2006.*
>
> *La importancia de citar la historia radica en que esa Comisión emitía las llamadas "Normas para la Autorización y Pago de Tiempo Extraordinario en las Entidades del Sector Público Centralizado", siendo las últimas emitidas las publicadas en el Diario Oficial La Gaceta No. 16 el 23 de enero de 2006.*
>
> *Valga el momento para indicar que, en virtud de la eliminación de la Comisión de Recursos Humanos, válidamente se puede interpretar que las normas que emitía, aunque no hubieren sido expresamente derogadas con la eliminación de la Comisión, perdieron eficacia al momento de su inexistencia. Más aún, el mismo Decreto Ejecutivo No. 33308, en el Considerando 12, indicó:*
>
> *"12.- Que la Comisión de Recursos Humanos comparte el criterio esgrimido por las instituciones públicas, en el sentido de que éstas son las competentes para definir las necesidades en cuanto a la autorización del tiempo extraordinario, así como de la utilización correcta del mismo.".*
> *A partir de la eliminación de la Comisión de Recursos Humanos y probablemente atendiendo su poder-deber, las instituciones a quienes alcanzaba la competencia de la Comisión y otras a la que no, comenzaron a emitir normas propias bajo la especialidad de la materia y proliferaron normas institucionales que predominantemente adoptaron la denominación de Reglamentos, referidos a pago de tiempo extraordinario u horas extras. Así, solo a manera de ejemplos, se pueden mencionar:*

[40] http://www.pgrweb.go.cr/scij/

Fecha	Institución	Norma
08/02/2012	*Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias*	*Reglamento para el pago de tiempo extraordinario de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de emergencias*
03/03/2010	*Poder Ejecutivo - MEIC*	*DE-35903 Reglamento para la autorización, reconocimiento y pago del tiempo extraordinario en el Ministerio de Economía, Industria y Comercio*
02/10/2009	*Incopesca*	*Instructivo para autorizar y cancelar el tiempo extraordinario a los servidores de INCOPESCA*
20/07/2009	*Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación*	*Manual-Conceptualización-Procedimiento y Autorización de Tiempo y Trabajo Extraordinario*
18/06/2008	*Poder Ejecutivo - MCJ*	*DE-34720 Reglamento para la Autorización, Reconocimiento y Pago del Tiempo Extraordinario en el Ministerio de Cultura y Juventud*
22/03/2007	*Poder Ejecutivo - MGP*	*DE-33791 Reglamento para la Autorización, Reconocimiento y Compensación del Tiempo Extraordinario en la Dirección General de Migración y Extranjería*
11/01/2007	*Imprenta Nacional*	*Normas para la Autorización y Pago de Tiempo Extraordinario para el Personal de la Imprenta Nacional*
04/12/2006	*Poder Ejecutivo - MGP*	*DE-33523 Reglamento para la Autorización y Pago de Tiempo Extraordinario en el Ministerio de Gobernación y Policía*

Como una curiosidad que quizás no fue advertida en su momento, las "Normas para la Autorización y Pago de Tiempo Extraordinario en las Entidades del Sector Público Centralizado" contenían en su artículo 13 una estipulación de carácter cuantitativo, para el pago del tiempo extraordinario:

"Artículo 13.—Solamente se autorizará el tiempo extraordinario a funcionarios que laboren más de una hora extra después de su jornada ordinaria.".

Revisando algunos de los nuevos instrumentos normativos emitidos con posterioridad a la eliminación de la Comisión de Recursos Humanos, se

> *aprecia que algunas instituciones optaron por importar esa limitación cuantitativa y la incorporaron en sus propias normas, siendo esa una decisión discrecional, en ejercicio de sus competencias y respecto de la cual, no cabe emitir criterio alguno…"* (Lo subrayado no pertenece al original)

Tales argumentos han sido, de alguna manera, sustentados en pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, que al referirse al tema ha dicho que:

> *"…Por otro lado existen las denominadas Normas para la Autorización y Pago de Tiempo Extraordinario en las Entidades del Sector Público Centralizado, publicadas en La Gaceta Nº 16 de 23 de enero de 2006, en las que se encuentran lineamientos generales e importantes que, en materia de tiempo extraordinario, deben tomarse en consideración todas las instituciones, y demás dependencias que conforman el Sector Publico. Eso sí, debemos hacer la expresa indicación que por decreto ejecutivo 33308 de 1 de agosto de 2006, se derogó expresamente la Comisión de Recursos Humanos, creada por decreto ejecutivo 14638–H de 23 de junio de 1983; lo que implica que se liberalizó a cada autoridad competente para definir las necesidades en cuanto a la autorización del tiempo extraordinario, así como de la utilización correcta del mismo.*
>
> *Le corresponde entonces a la Administración, en atención a sus fines, establecer la organización y las condiciones del servicio que presta, sin que tales aspectos puedan ser producto de la autonomía de la voluntad entre partes. Las entidades que, como la consultante, prestan un servicio público, tienen la potestad –de marcado carácter discrecional- de reorganizar sus recursos y servicios en procura de la más adecuada y eficiente prestación del servicio; y mejores ventajas en el costo económico de su operación y funcionamiento (artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública). De lo que se trata entonces, es de procurar la más correcta gestión de un recurso escaso, donde "correcta" necesariamente implica autorizar el ejercicio y pago de las jornadas extra justificables, y denegar las injustificables (resolución Nº 0835-97 op. cit.).[41]…"* (El subrayado es propio)

Con respecto a su segunda consulta, resulta menester indicar, que en tratándose de la interpretación o aclaración de determinados numerales de las normas citadas supra, (al considerar prudente esa Auditoría la consulta al ente emisor de la misma), no podríamos omitir el hecho de que la Dirección General de Servicio Civil es solo una de las instituciones, que en su oportunidad, aportaba representantes ante la Comisión de Recursos Humanos, que en tanto órgano colegiado, también estaba integrado por funcionarios del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, por lo que al ser derogada, como ya se conoce, mediante el Decreto Ejecutivo N° 33308, que entrara en vigencia el 01 de

[41] Dictamen C-158-2015 del 19 de junio del 2015. En igual sentido, y para mayor abundamiento, se puede consultar el Dictamen C-274-2013 del 02 de diciembre del 2013.

setiembre del 2006, técnicamente dejó de existir el ente emisor de la norma, y por lo tanto, no tendría esta institución la competencia “exclusiva” para referirse al tema, máxime sobre una disposición que como ya se dijo, ha perdido significación o eficacia con la desaparición de la mencionada comisión, trasladándose la responsabilidad de regulación en materia de pago de tiempo extraordinario a cada una de las instituciones del sector público.

Para concluir, solo resta señalar, que en el caso de sus dos últimas interrogantes referidas al tema de los puestos de confianza existentes en esa Cartera Ministerial, le recordamos que de conformidad con el artículo 3 inciso c) y el ordinal 4 inciso f), ambos del Estatuto de Servicio Civil, tales puestos se encuentran excluidos del Régimen de Méritos, por lo que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para pronunciarse sobre situaciones como las apuntadas por usted en su misiva, de manera que le sugerimos dirigir su consulta a la Autoridad Presupuestaria del Ministerio de Hacienda, para lo de su cargo y según corresponda; en el entendido de que, como ya se dijo en líneas precedentes, lo consultado en este caso deviene en situaciones particulares, que deben ser resueltas por la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos o la Dirección Jurídica de su representada, conforme a la índole del problema que se quiera resolver.

No omitimos manifestar, que si esa Auditoría considera que, eventualmente, puede existir discrepancias en la aplicación de normas reglamentarias que, supuestamente, podrían encontrarse en conflicto con disposiciones de un rango superior, puede solicitar, si lo desea y considera conveniente, un dictamen al órgano superior consultivo técnico jurídico de la Administración Pública, o incluso promover la impugnación de la misma, accediendo a los procedimientos e instancias de ley existentes en el ordenamiento jurídico costarricense.

Con estas acotaciones finales, damos por evacuada su consulta.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

AJ-071-2016
9 de febrero de 2016

Asunto: Solicitud de criterio

Ref: Oficio número SINAC-AI-058 del 29 de enero de 2016.

Karen Espinoza Vindas
Auditoría Interna
SINAC

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se atiende su oficio número SINAC-AI-058 de fecha 29 de enero del presente año en el cual realiza una serie de consultas en específico y solicita nuestro criterio al respecto.

De previo a que este Despacho emita algunas consideraciones en torno a la situación expuesta en su misiva, resulta conveniente aclarar, que en aras de respetar las competencias legales de este centro de trabajo, no es procedente desde el punto de vista jurídico, la emisión de pronunciamiento alguno respecto a casos concretos o particulares que le son sometidos a su consideración y análisis, cuya resolución es responsabilidad exclusiva de la Administración Activa; razón por la cual, abordaremos su inquietud desde una perspectiva general, analizando aquellas normas y alcances jurisprudenciales que le pudieran ser aplicables, de manera tal, que el consultante pueda contar con argumentos técnicos suficientes, que le permitan encontrar una solución apropiada a la interrogante planteada.

Ante lo expuesto, a manera de orientar sus dudas para la mejor solución de su labor, citamos que el artículo 15 de la Ley General de la Administración Pública establece con relación a la discrecionalidad de la Administración lo siguiente:

> *"Artículo 15.-1 La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.*

De lo anterior señalamos que dicha discrecionalidad estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.

Al respecto el artículo 16 en el párrafo primero de la supra citada Ley establece lo siguiente:

> *"Artículo 16. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia"*

Aunado a lo antepuesto el acto discrecional debe respetar el principio de la igualdad establecido en la Ley de marras, y perseguir sólo el fin público.

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

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

Corresponde por lo tanto a la Administración motivar y justificar, suficiente y adecuadamente, las decisiones que tome respecto de los movimientos de personal de traslado o reubicación. Se puede entender esa motivación y justificación como la conveniencia y oportunidad de la decisión, es decir, reiterando su adaptación a la obtención del fin específico que con la emanación del acto se pretende obtener. Este elemento de oportunidad y conveniencia, se agudiza en los actos administrativos dictados con una competencia discrecional, en que la administración necesita señalar qué debe hacerse.

Ahora bien, en relación a los puntos expuestos en su interrogatorio sobre el caso destacado conviene transcribir el numeral 22 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que dice:

> *"Artículo 22.- Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones e regirán de acuerdo con lo que se indica a continuación:*
>
> *a) Los traslados y reubicaciones podrán ser acordados unilateralmente por la Administración, siempre que no se cause grave perjuicio al servidor."…*

Una vez considerada la normativa referida, entramos a conocer de manera general como se reiteró en un inició, sus preguntas una a una en el orden que se enumeran.

1. En relación a su primera consulta indicamos que sí es posible siempre y cuando como se dijo en la transcripción normativa no se le cause grave perjuicio al servidor, de manera tal, que no se podría hablar del tema de posibles indemnizaciones en este tipo de movimientos de personal, por cuanto la norma prevé condiciones donde el funcionario no sufra menoscabo de sus derechos y condiciones laborales esenciales en su relación de servicio; actuar de otra forma, significaría una flagrante violación a la disposición normativa.

2. En cuanto a su consulta numerada como 2, efectivamente las condiciones de un pedimento se deben indicar previamente para determinar los candidatos que conformarán la nómina.

3. Sobre su consulta 3, cuando se solicite un pedimento de personal, las condiciones deben ir especificadas para determinar la nómina respectiva que se enviará para los efectos de ocupar esa plaza en propiedad.

4. Atendiendo su consulta número 4, como se ha dicho en puntos anteriores para conformar una nómina el pedimento respectivo deberá indicar los requerimientos necesarios.

   Conviene citar la circular número ARSP-008-2013 denominada **"Lineamientos complementarios a la Normativa aplicable sobre la conformación y trámite de Nóminas de Candidatos Elegibles"** del 15 de junio de 2013, misma que indica:

   "(…)

   d. Cuando se trate de puestos ubicados en lugares lejanos, se indicará en el apartado correspondiente si se cuenta con contenido económico para el pago de viáticos, zonaje cuando se trate de puestos que por su ubicación lo requiera, u otra retribución, así como su cantidad o porcentaje.
   e. Si se requiere que el (la) futuro (a) servidor (a), por las condiciones del puesto, deba ser trasladado o reubicado a diferentes lugares del país permanente o temporalmente; se marcará la casilla que aparece en la solicitud de Pedimento de Personal con el término "Permanente o Provisional" según corresponda; explicándose este detalle en el espacio reservado para observaciones.

5. En el tanto de lo expuesto en la consulta número 5, debemos indicar que tal situación se debe indicar en el pedimento de personal para que los candidatos seleccionados y propuestos en la nómina sean quienes cumplan con los requisitos de ubicación geográfica requerida.

6. Sobre su consulta número 6, el artículo 124 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil indica:

   "Artículo 124.

   Las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos (OGEREH), son las instancias competentes para gerenciar los procesos de Gestión de Recursos Humanos que interesen a los respectivos Ministerios, Instituciones u Órganos Adscritos en donde operen, así como para realizar y ejecutar los procesos derivados de dicha función, siguiendo las normas establecidas en el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento, legislación conexa, además de las políticas, directrices y lineamientos que al efecto emita el órgano rector del Sistema de Gestión de Recursos Humanos en el Régimen de Servicio Civil y se conceptualizan como órganos de enlace ejecutores y de participación activa en dicho sistema."

7. Reiteramos en este punto lo indicado en los puntos anteriores, que en el momento de confeccionar pedimento y remitir al Área de Reclutamiento y Selección, Unidad de Postulación y Candidatos de esta Dirección General, se deben especificar las condiciones el puesto incluyendo la ubicación geográfica del puesto, lo anterior con el fin de seleccionar del Registro de Elegibles los candidatos que se ajusten a dichas condiciones requeridas.

Volvemos a indicar al consultante que este Despacho no puede emitir criterios al respecto de casos específicos pues estaríamos violentando la competencia de la Administración activa.

Con las consideraciones anteriores damos por atendida su consulta.

Atentamente,

Original firmado {Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
Asesoría Jurídica

ABR/AMRR

AJ-102-2016
19 de febrero de 2016

Asunto: Solicitud de criterio legal sobre reubicaciones

Ref: Oficio número DGAI-064-2016 del 2 de febrero de 2016.

Máster
Juan de Dios Araya Navarro
Director General
Dirección General de Auditoría Interna
Ministerio de Hacienda

Estimado señor:

A continuación, se atiende el oficio número DGAI-064-2016 del 2 de febrero de 2016, recibido el día 3 del mismo mes, mediante el cual, se solicita criterio legal respecto a las reubicaciones.

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública. No obstante lo anterior, hemos de indicarle que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

En vista de que son varias las interrogantes, para efectos de su mejor compresión, las vamos a responder en forma separada, en el mismo orden en el cual fueron planteadas.

1) ¿**Qué es una reubicación y en qué casos procede realizar una reubicación**?

En primer lugar, resulta de interés señalar la definición que los incisos u) y x) del Artículo 3 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954, establecen para los términos “traslado” y “reubicación”:

> *"**Artículo 3° -** Para los efectos de las disposiciones de este texto se entiende:*
> *...*
> *u) Por "traslado": el paso de un servidor regular de un puesto a otro del mismo nivel salarial;*
> *...*
> *x) Por "Reubicación", el desplazamiento de un servidor con su puesto dentro de un programa presupuestario, de uno a otro programa o de un ministerio a otro."*

Para la aplicación de la "reubicación" y el "traslado", el artículo 22 bis del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil supra citado, señala:

> *"**Artículo 22 bis.-** Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se regirán de acuerdo con lo que se indica a continuación:*
> *a. Los traslados y reubicaciones podrán ser acordados unilateralmente por la Administración, siempre que no se cause grave perjuicio al servidor.*
> *b. Los recargos de funciones de puestos de mayor categoría, que excedan de un mes, podrán ser remunerados, pero estarán sujetos a la aprobación previa de la Dirección General, la que deberá constatar que el servidor a quien se hiciere el recargo, reúne los requisitos establecidos."*

Véase que de la simple lectura de las normas supra transcritas se puede afirmar que en el "traslado" o la "reubicación" de un servidor, no se le puede causar grave perjuicio. En otras palabras, en el "traslado" o la "reubicación" no se dan las figuras de la "recalificación" o de la "reasignación", mucho menos con carácter descendente, por el evidente perjuicio económico que implicaría una eventual reducción salarial.

Como se puede apreciar, la normativa no especifica las razones por las cuales resultaría procedente realizar un "traslado" o una "reubicación". Eso se explica por cuanto la decisión se configura dentro de la llamada discrecionalidad administrativa.

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

> *"… Todo acto administrativo es el resultado del ejercicio de una potestad. En el caso de actos producto del ejercicio de una potestad discrecional, estos se componen de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora. La discrecionalidad es esencialmente la libertad de elección que tiene la Administración, de escoger entre una pluralidad de alternativas, todas igualmente justas, según su propia iniciativa, **por no estar la solución***

concreta dentro de la norma. *Esta libertad de la Administración no es arbitraria, su existencia tiene su fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en esta."*
(el subrayado y resaltado no es del original)

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

"... recuérdese que los actos discrecionales también están sujetos a control de legalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 11 a 15 de la Ley General de Administración Pública. Así, dicha facultad discrecional no es arbitraria, su existencia tiene fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en ésta. El Ordenamiento Jurídico, establece la posibilidad de un control jurisdiccional por la vía contencioso-administrativa, sobre el ejercicio de las potestades discrecionales. En este sentido, se encuentra que los artículos 15, 16, 17, 160 y 217, inciso 1) de la Ley General de Administración Pública disponen, ***que la discrecionalidad está sometida a los límites que el mismo ordenamiento le impone, así como las reglas de la lógica, la ciencia o de la técnica, y a los principios generales del Derecho, entre los cuales destacan los principios elementales de justicia, de conveniencia y de razonabilidad. Ahora, lo cierto es que ese poder, como toda discrecionalidad reconocida en un Estado de Derecho, es un compuesto de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración; apreciación que en modo alguno puede ser arbitraria****. La discrecionalidad y la arbitrariedad son conceptos antagónicos. El único poder que el Derecho de la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio es el que se presenta como resultado de una voluntad racional, demostrándose en cada caso que se cuenta con razones justificativas, objetivas y consistentes."*

(el subrayado y resaltado no es del original)

Para que la Administración tome la decisión y emita el acto administrativo de "traslado" o de "reubicación", es indispensable que haya seguido un debido proceso. Sobre ese tema, la Sala Constitucional, en la resolución número 15345-2003 de las quince horas con once minutos del diecinueve de diciembre del dos mil tres, refiriéndose a los traslados, pero igualmente aplicable en el tema de reubicaciones, ha señalado:

IV.- Requisitos que deben cumplirse para el traslado: De conformidad con la jurisprudencia citada el traslado de un servidor que pretenda efectuar la Administración debe reunir los siguientes requisitos: 1) Debe ser un

> *acto debidamente motivado y comunicado al interesado, de forma que el servidor conozca los motivos concretos o específicos que hacen necesaria tal decisión. No es, por tanto, suficiente que dicha motivación o justificación del acto se limite a una manifestación de que se efectúa para un mejor servicio público, sino que deben hacerse constar los motivos que en concreto hagan necesario que determinado servidor sea trasladado para garantizar la prestación adecuada del servicio público. 2) El traslado debe ser comunicado en forma oportuna, lo cual significa que no debe hacerse en forma intempestiva. Aunque no exista plazo legal para hacerlo es razonable que se efectúe con la mayor anticipación posible, a fin de permitir al trabajador tomar las previsiones que requiera, dársele la oportunidad de impugnar la medida, si así lo estimare conveniente, antes de que ésta sea ejecutada, dada la evidente dificultad que podría enfrentar al ejecutarse el traslado. 3) Deberá suministrarse al trabajador toda la información relativa al traslado, las funciones que se le asignan, si ello implica una modificación en sus condiciones laborales (puesto, salario, horario, etc.), y si es traslado es permanente y definitivo o se trata de una medida temporal, en este último caso indicándose el tiempo de su duración.*

Se adjunta el oficio número AJ-1559-2013, donde se hace un análisis sobre traslados y reubicaciones.

2) ¿**Las reubicaciones de personal entre programas o de un programa a otro qué condiciones deben cumplir para que se realicen correctamente**?

Es importante diferenciar que podría haber alguna polisemia con respecto a los términos traslado y reubicación. Aunque los incisos u) y x) del Artículo 3 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil los definen, existe normativa específica para la llamada movilidad horizontal. Mientras en el Régimen de Servicio Civil, el traslado es de personas y la reubicación es de puestos o plazas, en la movilidad horizontal a la reubicación se le llama traslado de plazas.

Para tales precisiones, véase el Decreto Ejecutivo No. 22317 del 1º de julio de 1993, denominado “Movilidad Horizontal en Ministerios, Instituciones y Empresas Públicas será autorizado por Autoridad Presupuestaria”, desarrollado operativamente por la Circular STAP-880-94.

Para una mayor compresión, se transcriben los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Ejecutivo No. 22317 citado supra, que señalan:

> “*2º.- La Autoridad Presupuestaria autorizará los traslados de plazas, ocupadas o vacantes, entre los Ministerios, Instituciones y Empresas Públicas, cubiertas por su ámbito.*

3º.- El traslado de plazas ocupadas provenientes de las Instituciones y Empresas Públicas, a Instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil, deberá realizarse mediante Ley de Presupuesto y sus titulares deberán tener, por lo menos, dos años de servicio ininterrumpido al Estado.

4º.- Sin excepción, no se autorizará la creación de plazas nuevas, para sustituir las plazas trasladadas."

Con ese mismo fin, se transcriben algunos puntos de la Circular STAP-880-94, que señalan:

"*II.- Para puestos ocupados en propiedad:*

El traslado de puestos ocupados en propiedad entre los Ministerios, Instituciones y Empresas Públicas, se efectuará de común acuerdo (resolución) entre el Jerarca de la entidad que cede el puesto y el que lo recibe; siempre y cuando no se le cauce perjuicio al funcionario que se pretende trasladar, ni al servicio público; para ello se requiere:

a.- Resolución de los jerarcas de ambas entidades aceptando el ceder y recibir el puesto respectivamente

b.- Declaración del servidor, donde manifieste su anuencia al traslado; a quien se advertirá de su exclusión del Régimen de Servicio Civil, en caso de trasladarse a una entidad no cubierta por dicho Régimen.

c.- Certificación de contar por lo menos con dos años de servicio ininterrumpido al Estado y de ocupar, a la fecha de emisión de la certificación, el puesto en propiedad.

d.- Si la plaza ocupada procediere de una entidad no cubierta por el Régimen de Servicio Civil y se trasladare a una entidad cubierta por este, posterior a la asignación del puesto, mencionada en el punto 1. del aparte III de este documento, la Dirección General de Servicio Civil, previo a la autorización del traslado, deberá comprobar en forma expedita la idoneidad del funcionario que lo ocupa en propiedad."

"*IV.- Generalidades*

1.- Las solicitudes para autorización de traslados de puestos vacantes u ocupados, deben presentarse ante la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria, acompañadas por los requisitos anteriormente

estipulados. La aprobación por parte de ésta, entrará en vigencia el primer día del mes siguiente a su autorización y su traslado presupuestario se realizará de acuerdo a las normas y procedimientos vigentes."

En la práctica forense, algunas instituciones utilizan la normativa de movilidad horizontal, probablemente pensada para reubicaciones interinstitucionales, como procedimiento para todo tipo de reubicaciones, procedimiento que como tesis de principio, no pareciera resultar incompatible, pero quizás más complicado para el ejercicio de una potestad discrecional.

Debe indicarse también que las reubicaciones son consideradas dentro del género de movimientos de personal, desarrollados en el Capítulo VI del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y sobre todo, en el artículo 25. Para tales efectos, se adjunta el oficio número AJ-419-2007, donde se hace un análisis detallado de los alcances de dicho artículo.

Como corolario a esta pregunta, para efectuar una reubicación, al menos se requiere de la emisión de la decisión administrativa por parte del órgano competente, conteniendo todos los elementos formales y materiales exigidos por la Ley General de la Administración Pública; y también de la ejecución de dicha decisión, mediante el uso del instrumento técnico para realizar el movimiento de personal.

3) ¿**Es válida la reubicación de personal donde se puede ver afectada la unidad para la que el funcionario laboraba**?

La decisión para resolver el caso en concreto, es un asunto de resorte interno del respectivo Ministerio, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos a), d), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, que señalan:

"Artículo 28.-
1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.
2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:
a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;
...
d) Agotar la vía administrativa, resolviendo recursos pertinentes, salvo ley que desconcentre dicha potestad;
e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;
…
j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes."

Todos los movimientos de personal deben respetar el bloque de legalidad vigente. La organización de la administración no es estática, lo cual implica que el órgano competente puede disponer lo necesario para cumplir con los fines públicos. Desde esa perspectiva, es responsabilidad del órgano superior jerárquico distribuir los recursos con que cuenta para lograr la máxima eficiencia, eficacia y efectividad de su gestión. Como los recursos son limitados, la distribución y balance puede producir afectaciones, positivas y negativas, en las distintas unidades administrativas, siendo un asunto que podría estar considerado en el Sistema Específico de Valoración del Riesgo Institucional (SEVRI). En otras palabras, corresponde al órgano superior jerárquico valorar las posibles afectaciones por sus decisiones, pero esa valoración no afecta la validez de la decisión, en los términos que la Ley General de la Administración Púbica desarrolla la validez de los actos a partir del artículo 128.

4) ¿**Podría presentarse en las reubicaciones de personal una desnaturalización de los puestos, según el tipo de funciones y responsabilidades, para las cuales el puesto fue creado**?

Con base en la literalidad de la pregunta, no se cuenta con elementos suficientes para determinar cuál es el contenido del término "desnaturalización" de los puestos, pues primeramente, habría que determinar si existe alguna "naturalidad" intrínseca en un puesto.

Asumiendo que el contenido del término se encuentra referido a la falta de identidad entre las funciones y responsabilidades descritas formalmente en la clase asignada al puesto y las tareas y actividades que en la práctica, la persona que ocupa el puesto estuviera realizando, lo que procedería es el estudio del puesto o análisis ocupacional.

Ese supuesto está suficientemente regulado en el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y se conoce como reasignación, siendo de relevancia los artículos 109, 110 y 111, entre otros.

Más bien, las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos (OGEREH) deben estar atentas a los cambios a que se ven sometidos los puestos y proceder con su actualización siguiendo la normativa establecida por la Dirección General.

Valga recordar, como ya se ha indicado supra, que un criterio orientador para este tipo de movimientos de personal es la inexistencia de grave perjuicio para la persona servidora pública.

5) ¿**Debe considerarse de previo a una reubicación, si podría presentarse alguna afectación de la estructura organizacional**?

En los términos que está planteada la pregunta, no pareciera que una reubicación tenga la potencia transformadora para afectar la estructura organizacional, salvo, claro está, que se trate de órganos unipersonales, inspirados en la doctrina de "**L'État, c'est moi"**.

Más que una consideración previa, tal como se dijo en la respuesta a la pregunta número tres, es un asunto que podría estar considerado en el Sistema Específico de Valoración del Riesgo Institucional (SEVRI), sujeto a la discrecionalidad administrativa y las competencias atribuidas en el artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública.

Ahora bien, si no se trata de una reubicación, sino de una cantidad considerable de ellas, podría estar sucediendo algún tipo de reorganización administrativa, para lo cual, el ente rector de este tipo de decisiones, el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), cuenta con regulación normativa e instrumentos técnicos que deben ser observados y en donde, cuando sea el momento procesal oportuno, la Dirección General de Servicio Civil, podría tener alguna participación con motivo del estudio de los puestos.

6) ¿**Debe considerarse el cumplimiento de los objetivos del programa antes de realizar una reubicación de un puesto**?

Tal como se indicó en la respuesta a la pregunta número tres, es responsabilidad del órgano superior jerárquico distribuir los recursos con que cuenta para lograr la máxima eficiencia, eficacia y efectividad de su gestión.

La planificación institucional es la técnica que permite al órgano superior jerárquico realizar la correspondiente asignación de recursos. Nuevamente, ante la eventualidad de la criticidad de los recursos, el Sistema Específico de Valoración del Riesgo Institucional (SEVRI) se convierte en un instrumento muy apropiado para realizar las consideraciones sobre el cumplimiento de los objetivos de un programa.

No pareciera ser necesaria alguna consideración previa en cuanto a los objetivos de un programa como requisito para la reubicación de un puesto, pero pudiera implicar algún ajuste en los instrumentos de planificación institucional.

Finalmente, ante la referencia al Dictamen número C-180-2006 del 15 de mayo de 2006, emitido por la Procuraduría General de la República, se considera conveniente indicar que, las competencias de esta Asesoría Jurídica, se encuentran delimitadas por el Decreto Ejecutivo número 35573-MP del 16 de setiembre de 2009, que es el Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, cuyo artículo 7, Nivel Asesor, inciso a), señaló:

a) ***Asesoría Jurídica**: Asesorar al más alto nivel jerárquico institucional y a los niveles intermedios en la toma de decisiones que tengan trascendencia jurídica a nivel interno de la institución y externo de las instituciones que conforman el Régimen de Servicio Civil, así como; emitir criterios para asegurar la correcta aplicación del orden jurídico vigente en las actuaciones de la Dirección General, en su relación con las instituciones cubiertas por el Régimen de Servicio Civil y los administrados, para lo cual deberá aportarse el criterio jurídico del área legal de la institución consultante. Le corresponde también monitorear permanentemente el entorno político y legislativo y presentar modificaciones a nuevos productos que la dinámica jurídica requiera.*

Como se puede inferir, dentro de las competencias de este centro de trabajo, no se encuentra la de revisar o interpretar los criterios jurídicos emitidos en ejercicio de las funciones por las diferentes instancias jurídicas de la Administración, en todas las muy diversas denominaciones que puedan recibir en las respectivas estructuras administrativas y mucho menos, del órgano superior consultivo, técnico jurídico de la Administración Pública.
No obstante lo anterior, el Dictamen número C-180-2006 supra citado, apoyándose en el inciso a) del artículo 50 del Reglamento del Estatuto de Servicio, llega a la consideración transcrita en su consulta, misma con la cual asentimos en un todo.

En espera de haber atendido sus consultas con la amplitud que el ejercicio de su cargo requiera, atentamente,

Original Firmado {Lic. Roberto Piedra Láscarez

Lic. Roberto Piedra Láscarez
Director Asesoría Jurídica

RPL/AMRR

AJ-028-2016
19 de enero de 2016.

Asunto: Consulta sobre periodos de vacaciones

Ref.: escrito de fecha 12 de enero de 2016.

Señora
Silvia Elena Salas Araya

Estimada señora:

Se atiende su escrito recibido en este Despacho el día 12 de enero del presente año, en el cual nos expone una situación personal con respecto a los periodos de vacaciones, que ha tenido dentro de los años que ha laborado para el Régimen de Servicio Civil, siendo que expone:

> *"Razón por la cual solicito se me aclare si le corresponde o no a la Administración completar mi periodo de vacaciones 2014 -2015 o cual es el fundamento técnico-legal para no ser reconocidos. En caso de corresponder se indique a la (sic) Departamento de Recursos Humanos del MINAE, el proceder."*

Sobre el particular, y previo a los argumentos que se dirán, conviene aclarar que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a casos concretos que le son sometidos a su escrutinio técnico, por cuanto los mismos son resorte exclusivo de la Administración Activa, quien deberá resolver lo procedente, a la luz del análisis general que desde el ámbito estrictamente normativo y jurisprudencial 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.

Asimismo, y siempre en esta misma línea de pensamiento, hemos de aclarar a quien consulta, que no corresponde, igualmente, a este Despacho, el revisar los criterios jurídicos de las dependencias técnicas ministeriales correspondientes, ni mucho menos las diversas disposiciones normativas internas, que en el ejercicio de sus potestades, emitan las instituciones y órganos públicos cubiertos por el Régimen Estatutario, salvo las excepciones de ley.

Siendo que la normativa que regula el otorgamiento de vacaciones se encuentra regulado en el artículo 28 del reglamento del estatuto que usted bien menciona no conviene transcribirlo en este momento.
No obstante lo expuesto, conviene indicar que esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado sobre el tema de vacaciones en reiteradas ocasiones en los cuales se

trata temas como suspensión, acumulación, entre otros de manera general exponiendo la normativa aplicable para los casos consultados, para efectos didácticos le anexamos copia del oficio número AJ-0056-2014 del 30 de enero de 2014.

Igualmente a manera de colaboración adicional puede consultar otros oficios de su interés sobre el tema de vacaciones ingresando en nuestro Centro de información Documental mediante el link: http://cidseci.dgsc.go.cr/; ubicándose en el cejilla señalada como *"servicios"* y luego *"consultas por tema".*

Siendo que la descripción del caso planteado es un asunto de total resorte interno como se reiteró, en los términos del numeral 28 de la Ley General de la Administración Pública que señala:

> *"Artículo 28.-*
>
> *1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.*
>
> ***2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros**:*
>
> *(…)*
> ***e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;…**."*

(Destacado no corresponde al original)

Al respecto y a manera de orientación para su proceder en caso de desacuerdo consideramos prudente recordarle que luego de que la Administración Activa resuelva lo que corresponda sobre el caso concreto, si un servidor no obtiene respuesta satisfactoria a sus pretensiones dentro del centro de trabajo para el cual presta sus servicios, puede si a bien lo tiene, acudir a las instancias que considere pertinentes o al Tribunal de Servicio Civil, observando el procedimiento de reclamo que establece el artículo 88, incisos a) y b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Para los segundos efectos, se transcribe de seguido lo que señala el artículo supra citado que dispone en lo que interesa lo siguiente:

> *"Artículo 88.- En toda reclamación contra disposiciones o resoluciones de los jefes, cuando el servidor alegue perjuicio causado por ella, se observarán las siguientes reglas:*
>
> *a) Si se formulare petición o reclamo ante la Dirección General de Servicio Civil, ésta contará con un plazo máximo de dos meses para pronunciarse.*

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

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

b) Cumplido el trámite anterior, si el servidor persistiere en su reclamo, podrá recurrir ante el Tribunal, llenando al efecto los requisitos establecidos en el artículo 81[42] de este Reglamento. El Tribunal ordenará levantar información por medio de la Dirección General, si así lo estimare necesario para dictar su fallo, que será definitivo; y" ...

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Andrea Brenes Rojas

Licda. Andrea Brenes Rojas
ABOGADA

ABR/AMRR

Anexo: AJ-0056-2014

[42] Dispone este artículo 81: " El escrito por el que se demande la intervención del Tribunal deberá contener:

a) El nombre y apellidos, profesión u oficio y vecindario del quejoso;
b) La exposición clara y precisa de los hechos;
c) La enunciación de los medios de prueba con que se acreditarán los hechos y la expresión de los nombres, apellidos y domicilio de los testigos. Si se pidiere que el Tribunal haga comparecer a éstos se indicarán las señas exactas del lugar donde trabajan o viven; y si se tratare de certificaciones u otros documentos públicos, se expresará la oficina donde se encuentra, para que sea ordenada su expedición libre de derechos;
d) Las peticiones sobre las cuales, deberá recaer resolución; y
e) Señalamiento de casa u oficina para oír notificaciones en el lugar de su domicilio."

AJ-347-2016
15 de junio de 2016

Asunto: Consulta sobre fraccionamiento del período de vacaciones, relacionados con el otorgamiento de licencias o permisos con cargo al mencionado derecho.

Ref: Oficio AI-0279-2016 de fecha 03 de junio de 2016.

Licenciada
María E. Barquero Paniagua
Auditora Interna
Ministerio de Gobernación y Policía

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, procedemos a atender su atento oficio AI-0279-2016 de fecha 03 de junio de 2016, recibido en este centro de trabajo el día 06 del mismo mes y año, mediante el cual se solicita el criterio técnico jurídico en relación con el fraccionamiento del período de vacaciones, con ocasión del otorgamiento de licencias o permisos reconociendo el goce de salario, con cargo al mencionado derecho de los servidores. En su misiva se puntualiza las siguientes interrogantes en torno a este tema:

- *"…Estos permisos deben o no, ser considerados como un fraccionamiento de los tres máximos que permite el Reglamento del (sic) Estatuto del Servicio Civil.*

- *Para el otorgamiento de los permisos rebajados de vacaciones, se requiere que el funcionario lo justifique detalladamente o solo debe hacer una indicación general.*

- *Es obligación de la administración aprobarlos o puede denegarlos; además, la decisión negativa o positiva, debe fundamentarse.*

- *Si el funcionario no tiene saldo de vacaciones cumplidas, se le puede otorgar considerando las proporcionales.*

- Podría el servidor reclamar derechos o aludir acoso laboral, si se le denegara un permiso, por tener que cumplir con compromisos laborales apremiantes…"

Previo a atender su consulta, nos permitimos hacer del conocimiento de la señora Auditora Interna, que los casos concretos como los señalados en el oficio remitido a este despacho, se constituyen en asuntos que deben ser abordados por la Administración Activa como parte de sus competencias legales, nos referimos específicamente a las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos; razón por la cual, esta Asesoría Jurídica solo podrá analizar sus inquietudes desde una perspectiva general, que coadyuve en la búsqueda de una respuesta adecuada a las mismas.

Hecha la anterior aclaración, hemos de manifestarle, que en relación con el tema de la primera y la tercer duda planteadas, esta Asesoría Jurídica se manifestó mediante el oficio número AJ-157-2011, emitido el 15 de febrero del 2011, y en el cual, en lo que interesa, se dijo lo siguiente:

> *"…cuando hablamos del derecho concedido por la Administración al servidor, a fin de permitirle que éste se acoja al beneficio de algún tipo de licencia, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, hacemos referencia a una figura jurídica de absoluta discrecionalidad y potestad de la Administración, la cual puede o no ser otorgada, en razón de las consideraciones técnicas, de interés público y de continuidad del servicio, que pueda tener las instituciones u organismos a la hora de analizar cualquier solicitud en este sentido*
>
> *(…);*
>
> *Bajo esta inteligencia, (…) se debe concluir que cualquier licencia deducida del período de vacaciones y que haya sido debidamente otorgada siguiendo las disposiciones de la norma supra transcrita, debe considerarse para todos los efectos, en una de las fracciones que "excepcionalmente" permite la normativa aplicable, de manera que al ser las licencias o permisos una figura totalmente independiente al instituto de las vacaciones como derecho y deber de los servidores, no podría aceptarse que mediante aquel mecanismo, se fraccione el goce de este* derecho en un número que supere lo realmente permitido por ley…" (**El subrayado no pertenece al documento fuente**)

Los párrafos supra transcritos dan una respuesta a cabalidad respecto a las preguntas de la señora Barquero Paniagua, no obstante, le sugerimos revisar la totalidad del documento, que según se apunta en el oficio remitido a esta oficina, se encuentra en su poder, a fin de que complemente la respuesta con otros argumentos de fondo vertidos en el mismo.

Sobre la negativa a conceder la licencia por parte de la Administración, resulta conveniente recordar, que la Ley General de la Administración Pública reconoce en el artículo 136, numeral 1) inciso a) que: "…*Serán motivados con mención , sucinta*

al menos, de sus fundamentos: a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos…".

El hecho de contestar de forma adversa a la solicitud de licencia formulada por el servidor, a juicio de esta Asesoría Jurídica, debería contener un razonamiento adecuado, a efectos de que el acto administrativo dictado no carezca de una fundamentación suficiente, que pueda ponerlo en riesgo de ser calificado como arbitrario, discriminatorio o abusivo, con lo cual, eventualmente, podría verse amenazada su validez o eficacia.

El mismo razonamiento seguido anteriormente, resulta válido para la respuesta por medio de la cual se otorgue la licencia solicitada, en razón de que dicha concesión se convierte en la posibilidad de que el funcionario se separe por un tiempo determinado de sus labores habituales, con lo cual, necesariamente, se produce un ajuste en la prestación del servicio que la ley exige brindar en forma continua, y de la cual las jefaturas inmediatas, según la Ley General de Control Interno, deben ser garantes.

Al contestar su segunda interrogante, se debe hacer hincapié en la circunstancias que rodean el goce de vacaciones por parte del servidor, las cuales se encuentran claramente reguladas en la ley laboral costarricense, mismas que apuntan a un derecho y una obligación ininterrumpida del funcionario, en el afán de que pueda recuperar su fuerza de trabajo, que debe poner a las órdenes de su patrono a cambio de una retribución o contraprestación salarial. Esta condición general, que evoca la naturaleza jurídica del derecho a las vacaciones legales, es la que, precisamente, limita el fraccionamiento de las mismas, limitándolas a un número de tres para funcionarios cubiertos por el Régimen de Méritos, según lo normado en el ordinal 32 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Conforme a lo dicho anteriormente, en principio, la sola solicitud de vacaciones por parte del servidor y la aprobación de las mismas que realiza la jefatura inmediata acorde a sus competencias, así como su debido registro en los sistemas de control establecidos al efecto, parecería ser suficientes para justificar la ausencia del servidor a su lugar de trabajo; sin embargo, cuando este rebajo de vacaciones son con ocasión de una licencia otorgada siguiendo las reglas del artículo 33 inciso b) del texto reglamentario antes citado, resulta importante que la misma se encuentre acompañada de una solicitud expresa, en donde al menos se consigne de forma general, las razones que justifiquen ante la Administración el otorgamiento del permiso o la licencia respectiva, que le permita al servidor separarse, momentáneamente, de sus obligaciones o responsabilidades públicas.

En relación con la cuarta pregunta consignada en su atenta nota, nos permitimos indicar, que igualmente esta Asesoría Jurídica se ha manifestado al respecto en el oficio número AJ-237-2004 de fecha 26 de abril de 2004, al señalar lo siguiente:

> *"…el reconocimiento de vacaciones proporcionales únicamente procede en el caso de rompimiento de la relación de servicio por cualquier causa, sea ésta justificada o injustificada, de conformidad con lo que establecen el artículo 153, párrafo segundo, del Código de Trabajo, y el 29 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. El tal principio de que "por mes trabajado tienen derecho al período proporcional" (los funcionarios) simplemente no existe. Lo que establecen tanto el artículo 59 de nuestra Constitución Política, como el 153 del Código de Trabajo y el 29 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, es que el servidor tendrá derecho a un mínimo de dos semanas de vacaciones* ***por cada cincuenta semanas de servicio continuo,*** *de manera que es al cabo de dicho período de cincuenta semanas de servicio continuo que el derecho a vacaciones nace a la vida jurídica. Nos resta agregar que únicamente existe otra hipótesis posible de reconocimiento de vacaciones proporcionales, y es en el caso de que se otorguen vacaciones colectivas en una institución pública y algunos servidores no tengan vacaciones acumuladas de las cuales deducir tales días; en esos casos, se deberán reconocer vacaciones proporcionales…"*

Finalmente, al evacuar su última interpelación, resulta indispensable subrayar que la posibilidad que tiene el servidor para reclamar derechos, o en su defecto, alegar acoso laboral, ante la negativa de la Administración de conceder un permiso o licencia previamente solicitada, es un tema que desborda, por mucho, el ámbito de competencias de esta Asesoría Jurídica, por cuanto ambos supuestos se encuentran reservados al fuero interno de cada persona, que ante las circunstancias que se hayan presentado en el dictado del acto respectivo, pueden ser valoradas de una u otra forma, que, en modo alguno, podrían ser predecibles administrativamente.

Lo cierto es que, el inminente riesgo que siempre existe a la hora de denegar una solicitud como la que se ha venido analizando, puede, evidentemente, ser minimizado, según se ha dicho, cuando existe de por medio una adecuada y completa justificación técnica del acto administrativo, que complemente la decisión tomada.

Con estas acotaciones finales, damos por evacuada su consulta.

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

AJ-383-2016
28 de junio del 2016

Asunto: Consulta sobre vacaciones legales, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 inciso b) del Estatuto de Servicio Civil.

Ref: Oficio sin número de fecha 23 de junio de 2016.

Doctora
Silvia Elena Víquez Alfaro
sheeviquez@gmail.com

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su atento oficio sin número de fecha 23 de junio del año en curso, por medio del cual remite consulta a este despacho, en relación con la siguiente interrogante:

> *"…Se siguen manteniendo lo (sic) Establecido por el Servicio Civil, artículo 37 el cual menciona literalmente: B) Disfrutarán de una vacación anual de 15 días Hábiles durante el primer lustro de servicios, de 20 días hábiles durante el segundo y de 1 mes después de 10 años de servicio. Estos podrán No ser consecutivos…"*

Sobre el particular nos permitimos aclarar previamente a la consultante, que esta Asesoría Jurídica parte del supuesto de que su consulta versa sobre el artículo 37 inciso b) del Estatuto de Servicio Civil, Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953 y sus diversas reformas, por lo que en aras de cumplir con parte de las competencias legales de este centro de trabajo, procedemos a transcribir, en lo que interesa, el ordinal de comentario, que a la fecha de esta respuesta, se encuentra plenamente vigente, según el Sistema Nacional de Legislación Vigente, perteneciente al Sistema Costarricense de Información Jurídica de la Procuraduría General de la República, y que, por lo tanto, es de completa aplicación a todos los funcionarios cubiertos por el Régimen de Méritos, en los términos y alcance de su regulación:

> *"…Artículo 37.- Los servidores del Poder Ejecutivo protegidos por esta ley gozarán de los siguientes derechos:*

(…);

b) Disfrutarán de una vacación anual de quince días hábiles durante el primer lustro de servicios, de veinte días hábiles durante el segundo y de un mes después de diez años de servicios. Estos podrán no ser consecutivos.

Quedan a salvo los derechos del Personal Docente del Ministerio de Educación Pública, el cual se regirá al respecto por el Código de Educación…"

Sin otro particular, suscribe,

Atentamente,

Original Firmado {Lic. Richard Fallas Arias

Lic. Richard Fallas Arias
Asesoría Jurídica

RFA/AMRR

- III –
JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

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

RESULTADO Y ACTOR	ASUNTO	POSICIÓN DE LA SALA
SIN LUGAR		
SIN LUGAR Elsy Susana Marín Mena AJ-188-2016	Que se le ceso su nombramiento interino por nombramiento en propiedad de un titular; por no estar en la lista de elegibles, por lo que no se le nombró en otro puesto, por lo que la DGSC, le comunicó que estaba excluida por no ratificar sus intenciones de continuar en lista de elegibles; y que no se le informó dicha situación.	Que esta Dirección General consideró oportuno actualizar la base de datos, por lo que realizó diferentes publicaciones para tal fin, advirtiendo que el que no lo hiciere quedaría excluido del Registro de Elegibles; en el caso de la recurrente no ratificó dicho interés en el plazo señalado; y que la omisión de la recurrente no es imputable a la Dirección General, por lo que no se considera lesionado algún derecho fundamental de la recurrente.
SIN LUGAR Aurea Melania Badilla Monge AJ-254-2016	La recurrente que quiere optar por una plaza en propiedad, y solicitó que se le aplicaran pruebas, pero que la Dirección General no se lo ha resuelto.	La Sala realizó un análisis de las funciones y presupuestos de admisibilidad de la Sala Constitucional y del Tribunal Contenciosos Administrativo, y hace referencia a los plazos de cumplimiento obligados a la Administración Pública y la posibilidad de la recurrente de recurrir a la vía ordinaria.
SIN LUGAR Jacqueline Geraldina Figueroa Medrano AJ-338-2016	Argumenta que no ha podido participar en el Servicio Civil, debido a que su número de cédula,	La Sala, descarta que esta Dirección General haya vulnerado derechos fundamentales de la

	debido a su naturalización, no es aceptado, por el sistema de ofertas.	amparada, ya que consta que la institución utiliza los padrones utilizados por el TSE, y debido a esto no existen problemas en el registro.

RESULTADO Y ACTOR	ASUNTO	POSICIÓN DE LA SALA
CON LUGAR		
CON LUGAR Moisés Zúñiga Vargas AJ-065-2016	Que labora como meritorio en la Procuraduría General de la República, en donde existen plazas vacantes, pero estar vigente el Oficio Circula DG-011-2014, que indica que toda sustitución debe hacerse con miembros de la lista de elegibles. Solicitó a la DGSC, le indicaran cuando podía hacer exámenes, pero se le señalo que no estaban abiertas, y que es abogado y quiere formar parte de la Procuraduría General de la República, y que no abrir un concurso público violenta sus derechos fundamentales.	La Sala Constitucional declaro parcialmente con lugar el recurso planteado, ordenando al Director General de Servicio Civil a efectuar en el plazo improrrogable de seis meses concurso público para la realización de exámenes para conformar listas de elegibles para abogados.
CON LUGAR Erika María Soto Mora AJ-196-2016	Que era parte de la lista de elegibles, como Oficinista del Servicio Civil 2, fue convocada a una terna en el Ministerio de Hacienda y en la entrevista no acepto el puesto, debido a que le indicaron que debía hacer giras, pese a que en la DGSC, le dijeron que no, por lo tanto quedo fuera de la lista de elegibles, pese a solicitudes pidiendo su reintegro. Además presentó ante la DGSC	La recurrente hace un análisis del principio de equidad y las circunstancias en las que se debe de aplicar. Además se hace referencia a que el desistimiento del nombramiento no fue injustificado, sino que correspondía a circunstancias especiales, por lo que declaró con lugar el recurso planteado, ordenando al Director General de Servicio Civil

	modificación de oferta de servicios, para que no la enviaran en ternas que tuvieran que realizar giras, sin embargo no hicieron dicha modificación y solicita sea incluida de nuevo en la lista de elegibles.	a incluir en la lista de legibles, de manera inmediata, a la recurrente.
DECLARADO PARCIALMENTE CON LUGAR Hannia María Chacón Rivera AJ-232-2016 Sobre este mismo criterio la Sala emite seis sentencias con el mismo argumentado aquí expuesto.	Que solicitó en varias ocasiones tanto al Ministerio de Educación Pública como a la Dirección General de Servicio Civil, la realización de pruebas, en razón de que se le indicó que debía esperar a un concurso, para poder participar, por lo que debido a una circular, se les informó que para ser nombrado en forma interina, debía formar parte del Registro de Elegibles.	Esta sentencia es la número 2016004504, en la que la Sala hacer referencia a lo dispuesto en la sentencia 2016000821, sobre el acceso a cargos públicos y la posibilidad de cualquier oferente de integrar la lista de elegibles. Que considera inaceptable el hecho que en más de cuatro años no se hayan efectuado un concurso, con lo que se limita el derecho a acceder a cargos públicos. Que la resolución DG-155-2015 no permite suplir la deficiencia de los concursos ordinarios. Por lo que ordena a la Dirección General, que un plazo de 6 meses, realice las pruebas la recurrente.
CON LUGAR Susan Verónica Gamboa Padilla AJ-325-2016 Con base a esta	Solicita a la Dirección General la aplicación de pruebas, para poder obtener la propiedad.	La Sala nuevamente hace referencia el derecho al acceso a los cargos públicos, y por lo tanto ordena a la Dirección General, que

sentencia la Sala emite 18 sentencias, con el mismo criterio en el Por Tanto, ordenando a la DGSC, la aplicación de pruebas.		"aplicar los mecanismos necesarios y adecuados para la valoración y posible ingreso de la tutelada en un plazo de seis meses, "**contados a partir de la notificación de la sentencia No. 2016-004504, de las 14:30 hrs. del 5 de abril de 2016**."