SERVICIO CIVIL

Dirección General de Servicio Civil



Revista Jurisprudencia

Área de Asesoría Jurídica

I SEMESTRE 2019

REVISTA DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Número 36 I Semestre Enero del 2019 a Junio del 2019

ASESORÍA JURÍDICA

Directora:

Licda. Irma Velásquez Yánez

Profesionales:

Licda. Amy Ginnette Acón Sánchez

Licda. Alejandra Barrantes Monge

Licda. Andrea Brenes Rojas

Lic. Richard Fallas Arias

Licda. Engie Vargas Calderón

Personal de Apoyo:

Sra. María Zulay Rojas Quesada. Secretaria

Sr. Jorge Vargas Quirós. Notificador

Levantado de Texto: Sra. María Zulay Rojas Quesada.

INDICE

PAGINA

Índice …… 3

Presentación ……... 5

Criterios Jurídicos …… 6

Anualidades

- AJ-OF-002-2019…… 8
- AJ-OF-139-2019…… 13

Dedicación Exclusiva

- AJ-OF-124-2019…… 17
- AJ-OF-231-2019…… 20
- AJ-OF-257-2019…… 24

Incentivos y Compensaciones a la luz de la Ley 9635

- AJ-OF-013-2019…….. 29

Jornada Laboral

- AJ-OF-043-2018…… 42

Horas Extras

- AJ-OF-241-2019…… 48

Plazas para Servicios Especiales

- AJ-OF-066-2019…… 59

Prohibición

- AJ-OF-554-2018…….. 64
- AJ-OF-239-2019…… 86

Reasignaciones 92

- AJ-OF-001-2019…… 94
- AJ-OF-047-2019…… 98
- AJ-OF-056-2019……

Relaciones de Parentesco

- AJ-OF-028-2019…… 107

Vacaciones

- AJ-OF-005-2019…… 111

IV.- Jurisprudencia de la Sala Constitucional

- Recursos de amparo fallados en el I Semestre del año 2019……. 132

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 2019, 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.

Licda. Irma Velásquez Yánez
DIRECTORA DE LA ASESORÍA JURÍDICA

Criterios Jurídicos

7 de enero del 2019
AJ-OF-002-2019

Señor
Fabio Flores Rojas
Director
Área de Carrera Docente

ASUNTO: Criterio jurídico sobre anualidades docentes

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a atender su oficio N° ACD-USAO-OF-2672-2018 del 22 de noviembre de 2018, recibido el 30 de noviembre del año en curso, mediante el cual se realiza consulta sobre el tema de anualidades para funcionarios docentes.

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

A manera inicial, debe traerse a colación el artículo 176 del Estatuto de Servicio Civil, que estipula:

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

> *Cuando por causa imprevista, el curso se interrumpiere, el Ministerio de Educación Pública podrá reducir las vacaciones hasta por un mes.*
>
> *Los servidores no comprendidos en la anterior disposición gozarán, en este lapso, de un mes de vacaciones anuales.*
>
> *El personal docente y docente-administrativo de las instituciones de enseñanza, también tendrán dos semanas de descanso en el mes de julio.*
>
> *El Director de cada institución asignará los trabajos que habrán de cumplir, durante este período de vacaciones, los oficinistas, auxiliares de bibliotecas y laboratorios, el personal de limpieza y mantenimiento y quienes desempeñen puestos de índole similar.*
>
> *En zonas agropecuarias el Ministerio de Educación Pública podrá disponer que los cursos se inicien y terminen en épocas diferentes, de acuerdo con las exigencias de la economía nacional, y siempre que ello no cause evidente perjuicio a los planes educativos trazados por el Ministerio de Educación Pública".* (El resaltado no corresponde al original)

De la norma citada, se desprende que, en el caso de los docentes, dadas las características y origen de la función de esa clase de servidores dentro del quehacer de la Administración Pública, el periodo de las vacaciones ha resultado ser diferente al que disfruta la mayoría de los servidores, por lo cual dada la naturaleza de sus funciones, se les ha otorgado el disfrute de períodos diferentes de vacaciones, contando para ello, con el respectivo fundamento normativo.

En virtud de lo señalado, en el caso de este tipo de funcionarios, el periodo de vacaciones, aplica de manera diferenciada, sin embargo, es menester aclarar, que las vacaciones no interrumpen la relación de servicios ni producen su ruptura, por ende dicha prestación se realiza de manera continua; es decir, no debe confundirse el plazo de vacaciones que disfrutan los docentes, con una suspensión de la relación laboral, y que por ende, sea habilitada la suma de periodos aislados de prestación de servicios, como si las vacaciones produjeran algún tipo de desvinculación.

Ahora bien, el tiempo laborado por el funcionario en cualquiera de las instituciones que integran la Administración Pública, debe reconocerse, considerándose incluso los lapsos, períodos, días y meses que no hayan trascendido el año, pues ese tiempo es útil a los efectos del pago correspondiente por concepto de anualidad.

Es por ello, que en la sentencia N° 265 de las 9:30 horas de 28 de octubre de 1992 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, se señaló:

> *"…En primer lugar, si bien es cierto que el artículo 2, inciso 3), del Decreto citado establece que "El pago de anualidades se hará con base en años completos servidos", ello no quiere decir que no se deban tomar en cuenta las fracciones de año laboradas en otras instituciones públicas. En realidad, el artículo 12, inciso d), de la Ley de Salarios de la Administración Pública, adicionado por la Ley N ° 6835 de 22 de diciembre de 1982, establece claramente que, a los efectos del pago de anualidades, se reconocerá el "...el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público", sin fijar, como requisito para su aplicación, que sean años completos**. Ello significa que si se han laborado sólo algunos meses, estos se tienen que reconocer con el fin de añadirlos al tiempo de trabajo actual, para completar años de servicio y obtener el plus salarial correspondiente**".* (El resaltado no corresponde al original)

De conformidad con lo indicado, si bien es cierto, es posible la suma de diferentes periodos para efectos de completar el pago de la anualidad, también lo es, que ello se realiza, para los casos en que ha existido una ruptura o suspensión en el servicio; lo anterior, con la finalidad de reconocer una relación única con el Estado, bajo la teoría del Estado como Patrono Único. Supuesto no aplicable en el caso de las vacaciones, pues se trata de un derecho que tiene todo servidor público y pese a la amplitud de las mismas, esto no implica la ruptura de la relación de servicios o que ésta haya sido interrumpida.

Bajo esta premisa, se cita la sentencia N° 43 de las 09:00 horas del 18 de marzo de 1993, emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que reza:

> *"V- El artículo 12, inciso d), de la Ley de Salarios de la Administración Pública, que dio base a ese acuerdo, reconoce "el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público", y no la "antigüedad", entendida como un concepto referido a los años de servicio, estimados en doce meses completos, sin contabilizar fracciones de año. En ese sentido, si la actora laboró, en su primer período de trabajo para el Banco, del 16 de junio de 1970 al 27 de abril de 1979, deben serle reconocidos ocho años, diez meses y once días de servicios, y no sólo ocho años, como lo sostiene el Tribunal, aspecto en el cual habrá que revocar el fallo recurrido, a fin de que se reconozca la totalidad del tiempo de servicio de la actora en el Banco, el que se deberá aplicar a todos los extremos acogidos por el fallo de*

> *instancia, toda vez que el inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, y el 5o., no establecen un límite sobre el reconocimiento del tiempo servido, sino que es el párrafo 3, del artículo 2o. del Reglamento a la Ley No. 6835, la norma que establece que "el pago de las anualidades se hará con base en años completos servidos". Al ser una disposición reglamentaria, la que así lo establece, sin que la ley lo autorice, en aplicación del criterio ya explicado, deberá darse aplicación a los términos del inciso d) mencionado, por sobre el párrafo 3) del artículo 2o. del Reglamento (ver, en el mismo sentido, la sentencia de esta Sala No. 256, de las nueve horas del 29 de noviembre de 1991). El tiempo de servicio del primer período de trabajo, debe unirse al del segundo, que dio inicio el 22 de agosto de 1988, a fin de que conformen, ambos, una continuidad laboral, temporalmente hablando. Ello significa, que su fecha de ingreso en la segunda relación laboral, no debe antedatarse a la fecha que indica la actora, o sea, al 11 de octubre de 1979, sino, tenerse el vínculo de trabajo como desplegado en un sólo período y aplicarle las reglas convencionalmente pactadas, que regulan los distintos beneficios".*

De igual manera, es menester recordar la finalidad del reconocimiento de la anualidad. La Procuraduría General de la República, en su Dictamen N° C-242-2005 del 01 de julio de 2005, manifestó:

> *"El complemento salarial denominado "anualidad", es un reconocimiento otorgado por la Administración, cuya finalidad es premiar la experiencia adquirida de sus funcionarios* ***que han permanecido en forma continua prestando sus servicios a ésta.*** *Básicamente, este incentivo es un premio por la antigüedad del funcionario que ha dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimiento adquirido en el transcurso de los años para ponerlo al servicio de un solo patrono, en este caso del Estado y sus instituciones. A partir de la Ley Nº 6835 del 22 de diciembre de 1982, y* ***al amparo de la teoría del Estado como patrono único, se favoreció a los servidores públicos, reconociéndoles, para efectos de pago de los aumentos anuales, la antigüedad acumulada o tiempo de servicios prestados en otras instituciones del sector público.*** *Con ello se pretendió proteger al trabajador que se trasladaba de una institución a otra, dentro del mismo sector público, para que siguiera disfrutando de la antigüedad (aumentos anuales) reconocida en anteriores relaciones en la Administración Pública".* (El resaltado no corresponde al original)

Según lo mencionado anteriormente, debe concluirse de manera general que:

1- Para efectos de completar el pago de la anualidad, es posible la suma de diferentes periodos, en aquellos casos en que ha existido una ruptura o suspensión en el servicio; lo anterior, con la finalidad de reconocer una relación única con el Estado, bajo la teoría del Estado como Patrono Único.

2- En el caso de las vacaciones legales que disfrutan los servidores objeto de esta consulta, no debe interpretarse que les aplica el parámetro antes citado, pues el disfrute de vacaciones, pese a la amplitud de las mismas, es un derecho de todo servidor, por ende no se constituye la ruptura de la relación de servicios o la interrupción de la misma.

3- Los periodos de vacaciones otorgados legalmente a los docentes, por prolongados que éstos sean, no pueden ser considerados como interruptores o suspensores de la relación de servicios, ya que aplicarse de esta manera, generaría la afectación del cómputo de la antigüedad, lo que implicaría una clara violación a los derechos de estos servidores y a los principios de equidad y justicia.

En espera de haber atendido sus consultas, con la amplitud que el ejercicio de su cargo requiera.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

15 de marzo de 2019
AJ-OF-139-2019

Señor
Harold Bogantes Coto
Correo electrónico: hbogantescoto@yahoo.com

ASUNTO: Criterio sobre anualidades

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a la consulta presentada el 12 de marzo de 2019, en la cual solicita criterio, sobre anualidades, a la luz de la Ley N° 9635.

De previo a dar respuesta a la consulta que nos ocupa, resulta conveniente indicarle que, respetando las competencias legales que le asisten a este centro de trabajo, resulta materialmente imposible la emisión de criterio alguno que pretenda resolver situaciones concretas o particulares, ello 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, pues la competencia atribuida impide intervenir en aspectos de resorte netamente internos, ya que de hacerlo se estaría sustituyendo a la Administración Activa.

Lo anterior por cuanto la descripción del caso planteado, es un asunto de resorte interno, 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".*

Efectuada la aclaración anterior, se debe indicar que la resolución del caso planteado, es de competencia del órgano superior jerárquico de la Institución cubierta por el Régimen de Servicio Civil respectiva, dado que el análisis y reconocimiento de incentivos salariales en cada caso concreto, es competencia propia de la Administración Activa, y no de esta Dependencia.

Pese a lo indicado, y a manera de colaboración, es menester traer a colación el artículo 14 del Decreto Ejecutivo N° 41564-MIDEPLAN-H "*Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 del 3 De Diciembre de 2018, Referente a Empleo Público*", que señala:

> *"Artículo 14.- Anualidades. El incentivo de anualidad se reconocerá según los siguientes parámetros:*
>
> *a) El incentivo se reconocerá únicamente mediante la evaluación del desempeño, a aquellos servidores que hayan cumplido con la calificación de "muy bueno" o "excelente", o su equivalente numérico, según la escala definida.*
>
> *b) El incentivo será un monto nominal fijo para cada escala salarial, que permanecerá invariable, será reconocido en la primera quincena del mes de junio de cada año, y pagado de manera retroactiva según la fecha del cumplimiento de la anualidad que en cada caso corresponda.*
>
> *c) El cálculo del monto nominal fijo corresponde a un 1,94% (uno coma noventa y cuatro por ciento) del salario base de las clases profesionales y de 2.54% (dos coma cincuenta y cuatro por ciento) para clases no profesionales, de manera inmediata a partir de la entrada en vigencia de la ley, sobre el salario base que corresponde para el mes de enero del año 2018, de conformidad con lo establecido en el transitorio XXXI de la Ley N° 9635.*
>
> *d) Los cambios respecto al parámetro de cálculo de las anualidades serán aplicables a todos los servidores a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, en las nuevas anualidades que estos adquieran. Las anualidades ya recibidas previo a la entrada en vigencia de dicha ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 y el Transitorio XXV de la misma, mantendrán las condiciones en que se otorgaron".* (El subrayado no corresponde al original)

Además, se considera 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 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.

Para los primeros efectos, debe atenderse lo que señala el artículo 88 incisos a) y b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que disponen en lo que interesa:

> *"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[1] de este Reglamento. El Tribunal ordenará levantar información por medio de la Dirección*

[1] 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."

General, si así lo estimare necesario para dictar su fallo, que será definitivo; y" ...

En espera de haber evacuado la consulta planteada, se suscribe atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

8 de marzo de 2019
AJ-OF-124-2019

Señora
Priscilla Pérez Campos
Asistente de Dirección
CTP San Sebastián

ASUNTO: Consulta sobre Dedicación Exclusiva

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a la consulta presentada vía correo electrónico el 27 de Febrero de 2019, mediante la cual, solicita criterio sobre el pago del plus salarial denominado Dedicación Exclusiva.

En relación con lo consultado es importante acotar que el actuar de la Administración Pública debe ajustarse al principio de legalidad, es decir todo acto de esta Dependencia debe hacerse acatando lo establecido por el ordenamiento jurídico, tal como lo consagra el artículo 11 de la Constitución Política que conceptualiza dicho principio, desarrollado también en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, que es la normativa legal que orienta toda la actuación administrativa o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el principio de juridicidad de la Administración.

Por ende, en estricto apego a las competencias legales que le asisten a este centro de trabajo, debe aclararse que no es posible la emisión de criterio alguno que pretenda resolver situaciones concretas o particulares, en otros términos, se está vedada la intervención de esta Dependencia, en aspectos internos que son propios de la Administración Activa.

Lo anterior por cuanto la descripción del caso planteado, es un asunto de resorte interno, 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".*

Efectuada esta aclaración, se debe indicar que la resolución del caso planteado, es de competencia del órgano superior jerárquico de la Institución cubierta por el Régimen de Servicio Civil respectiva, dado que la descripción del mismo, es un asunto de resorte interno al tratarse de un contrato en donde se plasman las voluntades de las partes, de conformidad con lo señalado en los artículos 4 y 5 del Decreto Ejecutivo N° 41564-MIDEPLAN-H, del 18 de febrero de 2019 que señala:

Artículo 4.- Contratos de dedicación exclusiva. Los porcentajes señalados en el artículo 35 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, serán aplicables a:

a) Los servidores que sean nombrados por primera vez en la Administración Pública, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, en un puesto en el cual cumplen con los requisitos legales y académicos para optar por un contrato de dedicación exclusiva.
b) Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635, no contaban con un contrato de dedicación exclusiva.
c) Los servidores que finalizan su relación laboral y posteriormente se reincorporan a una institución del Estado, por interrupción de la continuidad laboral.
d) Los servidores que cuentan con un contrato de dedicación exclusiva vigente con la condición de grado académico de Bachiller Universitario previo a la publicación de la Ley N° 9635, y proceden a modificar dicha condición con referencia al grado de Licenciatura o superior.

En los cuatro supuestos enunciados, la Administración deberá acreditar una necesidad institucional para suscribir el contrato de dedicación exclusiva, en los términos establecidos en la Ley N° 9635; así como verificar el cumplimiento pleno de los requisitos legales y académicos aplicables.

Artículo 5.- Servidores con contratos de dedicación exclusiva previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635. De conformidad con lo dispuesto en los transitorios XXV y XXVIII, los porcentajes regulados en el artículo 35 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, no serán aplicables a:

a) Los servidores que previo la publicación de la Ley N° 9635, contaban con un contrato de dedicación exclusiva.

b) Aquellos movimientos de personal a través de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, sea en una misma institución o entre instituciones del Estado, siempre y cuando el funcionario cuente con un contrato de dedicación exclusiva previo a la publicación de Ley N° 9635. Lo anterior, siempre que exista la continuidad laboral y no implique un cambio en razón del requisito académico.

c) Las prórrogas de los contratos de dedicación exclusiva de aquellos servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635 suscribieron un contrato de dedicación exclusiva, siempre y cuando la Administración acredite la necesidad de prorrogar el contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de dicha ley.

Con respecto a su consulta sobre el porcentaje a percibir por concepto de dedicación exclusiva, debe indicarse que N° 9635, del 4 de diciembre de 2018 indica en su numeral número 35 los porcentajes a conceder por concepto de compensación por dedicación exclusiva.

Dado lo anterior, se reitera es competencia de la Administración Activa determinar lo correspondiente a su caso concreto.

En espera de haber evacuado la consulta planteada, se suscribe atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Alejandra Barrantes Monge
ABOGADA

24 de mayo de 2019
AJ-OF-231-2019

Señora
Kathia Gamboa Sandí
Correo electrónico: kathiags@costarricense.cr

ASUNTO: Respuesta a la consulta sobre Dedicación Exclusiva

Estimada señora:

Con la aprobación de la encargada de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a la consulta presentada el 24 de mayo de 2019, mediante la cual, solicita criterio sobre el pago del plus salarial denominado Dedicación Exclusiva.

De previo a dar respuesta a la consulta que nos ocupa, resulta conveniente indicarle que, respetando las competencias legales que le asisten a este centro de trabajo, resulta materialmente imposible la emisión de criterio alguno que pretenda resolver situaciones concretas o particulares, ello 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, pues la competencia atribuida impide intervenir en aspectos de resorte netamente internos, ya que de hacerlo se estaría sustituyendo a la Administración Activa.

Lo anterior por cuanto la descripción del caso planteado, es un asunto de resorte interno, 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".

Por su parte, resulta conveniente señalar que la Resolución N° DG-254-2009 del 12 de agosto del 2009 y sus reformas, regulan lo concerniente al Contrato de Dedicación Exclusiva, debiendo aclararse que la Dedicación Exclusiva, responde a un acuerdo entre las partes, mediante el cual, el servidor decide voluntariamente concertar con la Administración, si a su vez ésta conviene en ello, la firma del contrato. Lo anterior, según se desprende del contenido del artículo 2 de la Resolución indicada, el cual señala:

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

En este mismo sentido, la Procuraduría General de la República, en su dictamen número C-423-2005 del 07 de diciembre de 2005 señaló:

> *"(…) Es claro entonces que el criterio unívoco imperante en nuestro medio, en cuanto a la naturaleza jurídica de la dedicación exclusiva, **es el de un contrato administrativo sinalagmático, conmutativo y oneroso**, a través del cual, por razones de eminente interés público y bajo los presupuestos expresamente normados, la Administración pretende contar con un personal de nivel profesional dedicado exclusiva y permanentemente a la función estatal, que comporte una fuerza idónea y eficiente de trabajo".* (El subrayado no corresponde al original)

Bajo esta premisa, el oficio número AJ-583-2012 del 24 de agosto del 2012 emitido por esta Asesoría Jurídica, indica:

> *"La normativa a analizar corresponde a un plus salarial el cual es concedido bajo ciertas condiciones al servidor en el entendido que podrá ejercer su profesión únicamente para el órgano público que contrata sus servicios, lo cual demanda del mismo ostentar una carrera universitaria con el correspondiente grado académico y que ésta se encuentre debidamente acreditada.*
>
> *Como se indica en el capítulo primero de esta normativa,* ***la Dedicación Exclusiva bajo el Régimen de méritos, es de carácter contractual****, por lo que, para poder ser otorgada al servidor, requiere la suscripción de un* ***contrato en dónde se plasmen las voluntades de las partes****, éste documento deberá establecerse en un plazo determinado y obliga al servidor al ejercicio profesional únicamente a favor del órgano público con el cual labora y donde éste lo destaque".* (El subrayado no corresponde al original)

Ahora bien, entendidos que el beneficio de dedicación exclusiva se rige por su carácter y naturaleza consensual, al respecto la Procuraduría General de la República ha dicho en el pronunciamiento número C- 193-86 de 21 de julio de 1986, reiterado por el C-188- 91 de 27 de noviembre de 1991 y en el OJ- 003-97 de 16 de enero de 1997, lo siguiente:

> *"De las normas comentadas y transcritas parcialmente surge la naturaleza u origen de la "dedicación exclusiva"* ***como un convenio bilateral*** *en la que una parte (el servidor público) se compromete a no ejercer en forma particular ninguna profesión, con las excepciones que el propio reglamento contiene y que no es del caso comentar; en tanto que el reparto administrativo se compromete a cambio de esa obligación que adquiere su funcionario público, a retribuirle en forma adicional con un porcentaje sobre el salario base.*
>
> *Es, en consecuencia, la* ***concurrencia de dos voluntades la que origina el pago adicional al salario por concepto de dedicación exclusiva****, originando un acto que si bien administrativo en sentido genérico, en estricto derecho (por su carácter bilateral) se conceptúa como un* ***contrato en el que ambas partes adquieren obligaciones y derechos****."* (El subrayado no corresponde al original)

Efectuada la aclaración anterior, se debe indicar que la resolución del caso planteado, es de competencia del órgano superior jerárquico de la Institución cubierta por el Régimen de Servicio Civil respectiva, dado que la descripción del mismo, es un asunto de resorte interno, de conformidad con lo señalado en el artículo 2 de la Resolución número DG-082-2018 de las 08:00 horas del 15 de junio de 2018, que señala:

> *"Artículo 2: Modificar el artículo 19 de la Resolución DG-254-2009 de las 13 horas del 12 de agosto de 2009, para que se lea de la siguiente manera:*
>
> *"Artículo 19.- Al darse el traslado, reubicación, ascenso, descenso o permuta, de un servidor, o si proviene de otra Institución excluida del Régimen de Servicio Civil, en la que gozaba del incentivo por Dedicación Exclusiva, el mismo podrá optar por su compensación económica por concepto de Dedicación Exclusiva, siempre que el Jerarca de la Institución que lo recibe lo autorice con sujeción a la presente normativa.*
>
> *Para ello la Oficina de Recursos Humanos respectiva, tramitará el addendum de contrato, previa comprobación de la venia de las partes, considerando como rige la fecha en que se hace efectivo el movimiento de personal correspondiente; caso contrario deberá solicitarse un nuevo contrato".*

Dado lo anterior, es competencia de la Administración Activa determinar, la aplicación de la Dedicación Exclusiva en el caso concreto.

En espera de haber evacuado la consulta planteada, se suscribe atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Amy Acón Sánchez
ABOGADA

6 de junio de 2019
AJ-OF-257-2019

Señora
Isabel Rodríguez Vargas
Correo electrónico: isabel.rodriguez@misalud.go.cr

ASUNTO: Criterio sobre dedicación exclusiva

Estimada señora:

Con la aprobación de la encargada de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a la consulta presentada vía correo electrónico el 03 de junio de 2019, en la cual solicita criterio, sobre la aplicación del porcentaje correspondiente a la dedicación exclusiva, a la luz de la Ley N° 9635.

De previo a dar respuesta a la consulta que nos ocupa, resulta conveniente indicarle que, respetando las competencias legales que le asisten a este centro de trabajo, resulta materialmente imposible la emisión de criterio alguno que pretenda resolver situaciones concretas o particulares, ello 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, pues la competencia atribuida impide intervenir en aspectos de resorte netamente internos, ya que de hacerlo se estaría sustituyendo a la Administración Activa.

Lo anterior por cuanto la descripción del caso planteado, es un asunto de resorte interno, 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".

Efectuada la aclaración anterior, se debe indicar que la resolución del caso planteado, es de competencia del órgano superior jerárquico de la Institución cubierta por el Régimen de Servicio Civil respectiva, dado que el análisis y reconocimiento de compensaciones económicas por concepto de dedicación exclusiva en cada caso concreto, es competencia propia de la Administración Activa, y no de esta Dependencia.

Pese a lo indicado, y a manera de colaboración, es menester traer a colación los artículos 4 y 5 del Decreto Ejecutivo N° 41564-MIDEPLAN-H "*Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 del 3 De Diciembre de 2018, Referente a Empleo Público*", que señalan:

"Artículo 4.- Contratos de dedicación exclusiva. *Los porcentajes señalados en el artículo 35 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635,* ***serán aplicables a****:*

a) Los servidores que sean nombrados por primera vez en la Administración Pública, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, en un puesto en el cual cumplen con los requisitos legales y académicos para optar por un contrato de dedicación exclusiva.

b) Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635, no contaban con un contrato de dedicación exclusiva.

c) Los servidores que finalizan su relación laboral y posteriormente se reincorporan a una institución del Estado, por interrupción de la continuidad laboral.

d) Los servidores que cuentan con un contrato de dedicación exclusiva vigente con la condición de grado académico de Bachiller Universitario previo a la publicación de la Ley N° 9635, y proceden a modificar dicha condición con referencia al grado de Licenciatura o superior". (El subrayado y negrita no es del original)

En los cuatro supuestos enunciados, la Administración deberá acreditar una necesidad institucional para suscribir el contrato de dedicación exclusiva, en los términos establecidos en la Ley N° 9635; así como verificar el cumplimiento pleno de los requisitos legales y académicos aplicables.

Por otro lado, el artículo 5 de dicho Decreto establece:

> ***"Artículo 5.- Servidores con contratos de dedicación exclusiva previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635.*** *De conformidad con lo dispuesto en los transitorios XXV y XXVIII, los porcentajes regulados en el artículo 35 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635,* ***no serán aplicables a****:*
>
> *a) Los servidores que previo la publicación de la Ley N° 9635, contaban con un contrato de dedicación exclusiva.*
>
> *b) Aquellos movimientos de personal a través de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, sea en una misma institución o entre instituciones del Estado, siempre y cuando el funcionario cuente con un contrato de dedicación exclusiva previo a la publicación de Ley N° 9635. Lo anterior, siempre que exista la continuidad laboral* ***y no implique un cambio en razón del requisito académico.***
>
> c) *Las prórrogas de los contratos de dedicación exclusiva de aquellos servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635 suscribieron un contrato de dedicación exclusiva, siempre y cuando la Administración acredite la necesidad de prorrogar el contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de dicha ley".* (La negrita y el subrayado no es del original).

Además, se considera 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 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.

Para los primeros efectos, debe atenderse lo que señala el artículo 88 incisos a) y b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que disponen en lo que interesa:

> *"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:*
>
> *c) 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;*
>
> *d) 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[2] 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"...*

[2] 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;
f) La exposición clara y precisa de los hechos;
g) 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;
h) Las peticiones sobre las cuales, deberá recaer resolución; y
i) Señalamiento de casa u oficina para oír notificaciones en el lugar de su domicilio."

En espera de haber evacuado la consulta planteada, se suscribe atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Merilyn Sánchez Garro
ABOGADA

15 de enero de 2019
AJ-OF-013-2019

Señor
Alfredo Hasbum Camacho
Director General
Dirección General de Servicio Civil

ASUNTO: Criterio jurídico sobre incentivos y compensaciones.

Estimado señor:

Reciba un cordial saludo. En atención a la solicitud verbal realizada a esta Asesoría, se procede a realizar el análisis correspondiente al pago de incentivos y compensaciones, a la luz de la Ley 9635 “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicar que, de conformidad con las competencias legales otorgadas a esta Asesoría Jurídica, no puede 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.

En razón de lo anterior, 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.

Puntualmente, puede indicarse que el Título III de la Ley 9635 “*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*”, realiza una adición a la Ley N° 2166 “*Ley de Salarios de la Administración Pública*”, del 9 de octubre de 1957.

Dicho cuerpo legal establece en el artículo 26, su ámbito de aplicación, al señalar:

> *“Artículo 26.- Aplicación*
> *Las disposiciones del presente capítulo y de los siguientes se aplicarán a:*
>
> 1. *La Administración central, entendida como el Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración*

> *adscritos a los distintos ministerios, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, y las dependencias y los órganos auxiliares de estos.*
>
> *2. La Administración descentralizada: autónomas y semiautónomas, empresas públicas del Estado y municipalidades".*

De conformidad con lo indicado, se determina que con la nueva normativa se unifica lo regulado en la Ley N.° 2166, y se amplía su rango de aplicación.

Ahora bien, visto esto, y en lo referente al pago de incentivos y compensaciones remunerados debemos señalar que con la entrada en vigencia de la Ley N.° 9635, se modificó la normativa que regula tanto la concesión como el pago de éstos.

Por ello, es menester analizar la normativa aplicable a aquellos funcionarios cubiertos por el régimen estatutario que ya formaban parte de la Administración Pública de previo a la entrada en vigencia de la Ley N.° 9635.

Para dar respuesta a esta interrogante resulta necesario traer a colación el contenido del Transitorio XXV de la Ley N.° 9635, que establece:

> *"**El salario total de los servidores que se encuentren activos en las instituciones contempladas en el artículo 26 a la entrada en vigencia de esta ley no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten.(**..)".* (El resaltado no corresponde al original)

De la cita textual, se colige con total claridad que, los funcionarios activos contemplados en el artículo 26 de la Ley N.° 9635, son todos aquellos que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, es decir al 4 de diciembre de 2018, ya forman parte de la Administración Pública, de manera tal, que con fundamento en este transitorio, éstos no pueden ser afectados por los cambios legales introducidos en cuanto a los incentivos y compensaciones, ya que, esto implicaría una afectación en el salario de los mismos y por ende en su carrera administrativa.

Con lo cual se puede aseverar que de la literalidad de la norma, se desprende que el contenido de la Ley N.° 9635 aplica a futuro, lo cual es conteste con el principio de irretroactividad de las normas jurídicas, establecido en el artículo 34 de la Constitución Política; con lo cual se reitera que la nueva normativa resulta aplicable a aquellos funcionarios que ingresen a prestar sus servicios a la Administración Pública por primera vez a partir del 4 de diciembre, así como a aquellos funcionarios que formen parte de la Administración Pública, pero que por primera vez se les otorgan dichos incentivos o compensaciones.

En este apartado, resulta conveniente indicar que la norma utiliza el concepto de funcionario de manera amplia, debiendo por ello traerse a colación el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, que menciona:

> *"Artículo 111.-*
>
> *1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.*
> *2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.*
> *3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común".*

Bajo esta inteligencia, en palabras del jurista costarricense Eduardo Ortiz Ortiz, debemos entender que, en sentido amplio, el servidor público es aquel "*que presta un servicio a nombre y por cuenta de un ente público. Cuando se pone en relación con la oficina pública dicho concepto puede expresarse diciendo que es servidor público la persona legalmente encargada de ejercer las competencias públicas."* [3]

De conformidad con lo indicado, tenemos que no puede realizarse una diferenciación, cuando la norma no lo hace, de manera tal que si la norma utiliza el concepto de funcionario, debe entenderse a todo aquel que presta servicios a la Administración, independientemente de la Institución que se trate, por ende dichos porcentajes no pueden ser modificados en aquellos funcionarios que antes de la entrada en vigencia de la Ley 9635, ya contaban con la asignación de los mismos.

Ahora bien y en cuanto a la aplicación a futuro del contenido de la Ley N.° 9635, y la no afectación de derechos adquiridos y/o situaciones jurídicas consolidadas, debe citarse el contenido del Oficio N° AJ-256-2016 del 29 de abril de 2016, que cita jurisprudencia referente a derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, en el tanto indica:

> *"En otras palabras, referirse a los "derechos adquiridos" o a la "situación jurídica consolidada" tiene sentido respecto de la*

[3] ORTIZ ORTIZ, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. Edición 2002. Costa Rica: Biblioteca Jurídica DIKE, 2002, p. 140.

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).”

Efectivamente, no se puede manifestar que por sí mismos los incentivos y compensaciones sean un derecho adquirido o una situación jurídica consolidada, en tanto deben cumplirse una serie de requisitos para su reconocimiento, sin embargo, el análisis realizado, se hace ante la premisa, de que se cuenta con el cumplimiento de la totalidad de dichos requisitos.

Ahora bien, debe realizarse la aclaración, de que la aplicación de los cambios operados por el legislador con relación a los incentivos y compensaciones, resultan procedentes con excepción de aquellos funcionarios que, previo a la entrada en vigencia de la Ley N.° 9635, gozaban de los mismos, siempre y cuando, exista continuidad en la relación laboral, de conformidad con referida Teoría del Estado como Patrono Único.

Sobre esta teoría, el Órgano asesor Estatal, en el Dictamen N° C-086-2007 del 23 de marzo de 2007, indicó:

“La teoría del Estado como patrono único parte de la premisa de que el Estado es un único centro de imputación de derechos laborales, independientemente del ente u organismo específico en el cual desarrolla su actividad productiva el trabajador, ***por lo que al trasladarse el empleado de un lugar a otro dentro del***

***Estado, se mantiene su relación de empleo para efectos del reconocimiento de un mínimo de beneficios que la ley contempla para cada caso en particular**.*

(…)

Sobre esta teoría, hemos señalado que:

*"Nos referimos a la llamada "Teoría del Estado como patrono único", y su consecuencia, al decir de reiterados dictámenes de este Despacho, **de que cualquiera que sea la institución a la que se sirva, se labora para un mismo patrono que es el Estado.** Tal teoría fue ampliamente desarrollada por nuestra jurisprudencia de empleo en el pasado (en la que se fundamentaron aquellos dictámenes) y puede asegurarse que hasta sirvió de inspiración a la citada ley Nº 6835, en cuanto quedó plasmado en ella el reconocimiento de antigüedad contenido en el inciso d) que se adicionó el numeral 12[4] de la Ley de Salarios de la Administración Pública.*

Sí cabe hacer la observación de que tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa citadas, refirieron el reconocimiento de antigüedad no sólo a la materia de aumentos anuales, sino también a las llamadas prestaciones legales, así como a las vacaciones y pensiones.

Con respecto a la jurisprudencia de empleo, y a manera de ilustración, es del caso hacer mención de la sentencia de la Sala Segunda de la Corte Nº 34 de 9:40 hrs. del 5 de marzo de 1993 (citada por la Nº 269 de 9:30 hrs. del 16 de septiembre de 1994, que constituye una verdadera pieza jurídica sobre el tema del reconocimiento de la antigüedad en sus diversas manifestaciones, y donde también se hace referencia a la evolución jurisprudencial ocurrida en ese campo).

En una parte del fallo citado de primero, podría decirse que se condensa lo expuesto hasta ahora en el presente estudio, al sostenerse allí que: "...originalmente el reconocimiento de la antigüedad se hizo aplicando la figura del ESTADO PATRONO UNICO, pero con no poca debilidad, sobre todo, pensando en el principio de la unidad estatal como patrono y en algunos casos, relacionándolo con la otra teoría de la relación estatutaria, fundamentada esta última en el artículo 191 de la Constitución

[4] Modificado mediante Ley 9635 "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas".

Política...no cabe duda, que el reconocimiento de la antigüedad en cuanto a la prestación de servicios para el Estado y sus instituciones ha venido avanzando en cuanto a los derechos respecto de los que se hacía el correspondiente reconocimiento, a saber, vacaciones, aguinaldo, preaviso, auxilio de cesantía, aumentos anuales, jubilaciones y pensiones; ...” (el destacado es nuestro).

De lo anteriormente expuesto, resulta claro que la idea que siempre ha privado, y que se desprende tanto de la normativa escrita, como de la doctrina patria y jurisprudencia que la informan, ha sido la del reconocimiento de la antigüedad en el servicio público -para efecto de aumentos anuales- únicamente por servicios prestados en el ámbito del sector público estatal.

De ahí que si bien en el texto del inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública se utilizó el término “Sector Público”, deba necesariamente entenderse que el legislador, siendo consecuente con los antecedentes a que se ha hecho referencia, lo que tuvo en mente, también fue reconocer exclusivamente el tiempo de servicios prestados en el sector estatal.”

(…)

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho reiteradamente:

*“Del principio de que el Estado es en realidad uno sólo, se deriva la conclusión de que **en la relación de servicio que lo liga con sus servidores, el Estado es un mismo patrono y que no tiene importancia distinguir en cuál de las diversas dependencias públicas se prestó el servicio** al establecer la antigüedad, servida para efectos de salario como servidor activo, o como requisito para acceder a la jubilación”*

(S.C.Voto No. 433-90 de las 15:30 horas del día 27 de abril de 1990)” (Dictamen C-358-2006 del 8 de setiembre del 2006)

*A partir de los anteriores criterios jurisprudenciales, se ha sostenido que **al trasladarse un funcionario de un puesto a otro dentro del Sector Público, la relación de empleo que mantiene dicho funcionario en las diferentes dependencias públicas,***

debe computarse como una sola, *a efectos de proceder al reconocimiento de los derechos laborales que le correspondan.*

Ahora bien, la regulación anterior no hace diferencia alguna en cuanto al tipo de contratación de empleo que ostente el trabajador público, ya que la única condición que se impone para su aplicación es precisamente el carácter de empleado estatal, por lo que en nuestro criterio, y como regla de principio, la aplicación de la teoría del Estado como único centro de imputación de obligaciones laborales resulta de aplicación también para aquellos trabajadores contratados por un plazo determinado.

En este punto nos parece importante recordar que el ordenamiento jurídico de empleo establece dos tipos de contratos de trabajo en atención al tiempo de duración de los mismos: los contratos a tiempo indefinido, que son la regla general, y los contratos a plazo definido, que son de naturaleza excepcional.

A partir de esta distinción, el Código de Trabajo establece también una diferencia en cuanto a las consecuencias económicas por la terminación de cada uno de los contratos señalados. En el caso de los contratos a plazo, al vencer el término estipulado para la realización de la obra o trabajo, la ruptura de la relación de empleo no da derecho al trabajador a recibir ninguna indemnización, al tenor de lo preceptuado por el artículo 82 de aquel cuerpo normativo; en el tanto que al término de la relación de empleo en los contratos a plazo indeterminado y sin que exista causa justa para dicha ruptura, se genera a favor del trabajador el derecho a percibir el auxilio de cesantía y el preaviso, según lo estipulado en los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo.

Como se puede desprender de lo expuesto, las diferencias existentes entre el contrato de trabajo a tiempo indefinido y el contrato de trabajo a plazo fijo, están referidas a aspectos concretos en cuanto a la duración del contrato y los efectos de la terminación de los contratos, siendo que los demás elementos de la relación de empleo se mantienen, por lo que podemos indicar que en ambos tipos de contratos, los trabajadores mantienen su condición de empleados estatales y por ende, se encuentran cubiertos por el principio del Estado como Patrono Único.

No obstante lo señalado, debe advertirse que el principio del Estado como unidad de imputación de obligaciones laborales, está referido a un grupo determinado de derechos mínimos cuya

> *existencia previa será derivada de las diferentes normativas que regulen las relaciones de empleo específicas de los trabajadores**. Bajo esta inteligencia y ante la ausencia de una norma que permita el reconocimiento de determinados derechos o beneficios laborales, no podrá considerarse la aplicación de esta norma para extender los derechos contemplados en una relación de empleo a otra que no los contemple**".*

Bajo esta misma tesitura, en el Dictamen N° C-256-2013 del 15 de noviembre del 2013 señaló:

> *"Distinto es el caso de que su reincorporación a laborar sea en otra corporación municipal e incluso en otras dependencias del Estado, en cuyo caso aplicaría plenamente la restricción contenida en la norma del artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, en el entendido que **al trasladarse el trabajador a laborar de un lugar a otro dentro del aparato estatal (teoría del Estado como patrono único), se considera que la relación laboral es continua –** ya sea que el nuevo vínculo tenga carácter indefinido o a plazo fijo, incluidas las contrataciones por servicios especiales (C-317-2006, C-086-2007 y C-273-2012, entre otros)- y en caso de no haber transcurrido un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía al momento de reincorporarse a laborar, deberá devolver los dineros proporcionales que en condición de auxilio de cesantía haya recibido, de conformidad con el salario percibido por el servidor." (Dictamen C-120-2013 del 1° de julio del 2013)".* (Las regulaciones contenidas en el numeral 586 inciso b) citado en dicho dictamen, fueron corridas al ordinal 686 del mismo cuerpo normativo de conformidad con la reciente Reforma Procesal Laboral. Se aclara de igual manera que tanto el destacado como la negrita no corresponden al documento fuente)

En virtud de lo indicado, debe aclararse que dentro del Régimen Estatutario hay situaciones que producen la ruptura de la relación de empleo público, y otras que erróneamente se ha considerado que producen esta ruptura.

Para ello, es menester indicar que de conformidad con lo estipulado en el artículo 51 del Estatuto de Servicio Civil, los casos no previstos en este cuerpo legal, se resolverán, supletoriamente, entre otras disposiciones normativas, de acuerdo con lo establecido en el Código de Trabajo. Al respecto el Código de Rito señala en su artículo 153, y en lo que interesa, lo siguiente:

> *" **No interrumpirán la continuidad del trabajo, las licencias sin goce de salario, los descansos** otorgados por el presente Código, sus reglamentos y sus leyes conexas, **las enfermedades justificadas, la prórroga o renovación inmediata del contrato de trabajo, ni ninguna otra causa análoga que no termine con éste**".* (El resaltado es de quien redacta)

Del texto normativo precedente se extrae, con meridiana claridad, que los supuestos taxativos enlistados, no producen la interrupción de la continuidad del trabajo, por ende, al existir continuidad laboral, los derechos del funcionario persisten. Además, debe tomarse en consideración, que cualquier tipo de movimiento de personal dentro de la misma Institución o de una Institución a otra, tampoco producen una ruptura en la relación laboral; ello en razón de que no existe una nueva relación de servicios, al tratarse de un único patrono, como lo es el Estado.

Finalmente, resulta relevante enfatizar el contenido del artículo 1 del Estatuto de Servicio Civil, al indicar que:

> *"Artículo 1.- Este Estatuto y sus Reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, **con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores**".* (El resaltado es de quien redacta)

Así, como el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública, que reza:

> *"Artículo 4.- La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios".*

De conformidad con lo cual, es menester señalar que debe realizar una interpretación acorde con lo señalado en el artículo 56 y el transitorio XXV de la Ley N.° 9635, que armonice la restricción del gasto público y los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas de los servidores, con el objetivo de posibilitar el normal funcionamiento de la carrera administrativa, así como procurar la eficiencia en la Administración Pública.

De lo cual, se determina que siempre ha existido un fin único, de incentivar a los funcionarios que han dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimiento al servicio de la Administración Pública, de manera tal, que de la lectura integral de la Ley 9635, y en relación con otros incentivos y compensaciones, se desprende que su

objetivo, no es la modificación de las condiciones salariales, vía incentivos y compensaciones, de los funcionarios que forman parte de la Administración, antes de la entrada en vigencia de la Ley 9635, del 4 de diciembre de 2018.

En este apartado conviene señalar que, del análisis de las actas de discusión parlamentaria de la Ley 9635, se puede determinar que el espíritu del legislador, fue que la normativa que entraría en vigencia se aplicaría a futuro, sin ocasionar variación o modificación alguna a las condiciones laborales citadas de los funcionarios existentes, haciendo valer el ya citado principio de irretroactividad de la ley, consagrado constitucionalmente.

Seguidamente se citarán algunas de las exposiciones que realizaron los señores y señoras Diputadas, que conllevan a concluir lo aquí desarrollado, así como de diversas mociones planteadas por los mismos, entre otros: la señora Sandra Piszk Feinzilber y los señores Ottón Solís Fallas[5], Pedro Muñoz[6] y José María Villalta Flórez-Estrada[7].

.

Entre dichas exposiciones se citan las siguientes frases:

> *"(…) De esa parte. Y yo creo que es importante que quede claro que detrás de todo este asunto, hay un esfuerzo por reconocer que el Estado es un patrón único, que independientemente donde se labora, es el Estado, y la plata sale del mismo presupuesto, porque se ha interpretado a través de los años, de que la autonomía es absoluta, y la autonomía no es absoluta".* [8] Diputada Piszk Feinzilber
>
> *"(…) Yo, en tema de empleo público, inclusive, presenté un proyecto de ley que busca unificar los catorce regímenes de empleo púbico en uno, para nuevos empleados públicos y siempre se lo hice ver así a Albino Vargas y a algunos dirigentes sindicales del sector público, para nuevos empleados públicos".* [9] Diputado Guevara Guth
>
> *"(…) El empleado público per sé no tiene la culpa, es el sistema que ha permitido que esto crezca de esta manera. No ha habido reglas uniformes, un modelo de empleo público que nos permita controlar y tener un sistema que sea transparente.*

[5] Ver folio 1319 de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[6] Ver folio 12632 de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[7] Ver folios 17880, 17882, 17886, entre otros de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[8] Ver folio 333 de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[9] Ver folio 333 de las Actas de discusión de la Ley 9635.

> *... Aquí aclarar: no es el empleado público, son las políticas que a lo largo de todos estos años y las mimas normas que han venido permitiendo la situación que hoy tenemos".*[10] Diputada Acosta Zúñiga
>
> *"(…) Como parte de nuestras bases fundacionales como partido político, creemos que el sector productivo público y privado, incluyendo a los trabajadores y sus familias, "merecen un marco institucional y regulatorio que potencie la eficiencia, incremente la productividad, la inversión, el crecimiento y el empleo, y mejore la calidad ambiental y el uso sostenido de nuestros recursos naturales. Lo anterior con el objetivo central de disminuir sostenidamente la pobreza, mejorar la equidad, la inclusión social y las oportunidades, complementado con un mejor diseño de los programas sociales. Creemos en un programa económico al servicio de las personas, para recuperar la vocación de servicio y potenciar el desarrollo humano, en particular de los más necesitados del país"".* [11] Diputado Avendaño Calvo.

Del análisis realizado, esta Asesoría Jurídica arriba a las siguientes conclusiones:

1. Con la entrada en vigencia de la Ley N.° 9635 se realizan modificaciones a la normativa que regula el pago de incentivos y compensaciones.

2. En lo referente a la procedencia del pago por concepto de compensaciones tenemos que con la entrada en vigencia de la Ley N.° 9635, se establecen nuevos porcentajes para su eventual remuneración.

3. Los porcentajes otorgados a los funcionarios sujetos al pago de dichas compensaciones, previo a la entrada en vigencia de la Ley N.° 9635, deben mantenerse, siempre y cuando exista una continuidad en la relación de servicios, de conformidad con la Teoría del Estado como Patrono Único.

4. Un supuesto similar al esbozado en el apartado segundo aplica a los funcionarios que se encontraban laborando para la Administración Pública, antes del 4 de diciembre de 2018 y que estando devengando el pago compensatorio, producto de la carrera administrativa, sean promovidos y nombrados en la misma institución o de una institución a otra, en un puesto distinto al ostentado; en el entendido de que mantienen las mismas condiciones laborales bajo las cuales fueron contratados.

[10] Ver folio 1123 de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[11] Ver folio 19380 de las Actas de discusión de la Ley 9635.

5. Del análisis legal efectuado, se concluye que la nueva normativa regulada en la Ley N° 9635, resulta aplicable a:

    a) Los servidores que sean nombrados por primera vez en una de las instituciones que reconozcan dichos incentivos, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 9635.
    b) Los servidores que previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635 no cumplían los requisitos para obtener dichos incentivos, pero los cumplen de manera posterior a la publicación de ésta.

En espera de haber atendido sus consultas, con la amplitud que el ejercicio de su cargo requiera.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Irma Velásquez Yánez
DIRECTORA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

29 de enero del 2019
AJ-OF-043-2019

Señora
Ingrid Ventura
iventurago@yahoo.com

Asunto: solicitud de criterio sobre jornada laboral

Estimada señora

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se brinda respuesta a su consulta remitida a este Despacho mediante correo electrónico de fecha 21 de enero del presente año, mediante el cual cita lo siguiente:

> *"¿tengo nombramiento en una institución del MEP donde me desarrollo como profesional 1A en informática, en el lugar donde laboraba antes, mi horario era de 7:00 am a 3:00 pm, y en esta institución tengo más de 4 años de laborar de 7:00 am a 5:00 pm y me dan dos horas de almuerzo, quiero que se me reconozca que soy del servicio civil y no del MEP donde me pueden fraccionar mi horario?.*
>
> *He buscado en sindicatos la ayuda ya que quiero mantener mi horario de 7:00 am a 3:00 pm pero me dicen que mientras no sobrepase el horario nocturno la directora me lo puede hacer.*
>
> *Ustedes me podrían ayudar dándome asesoría para hablar con la directora y dar la razón de mi horario como en oficina central ya que soy Titulo 1 del servicio civil…"*

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."

Por lo anterior, 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. Bajo ese marco regulatorio, se tiene que las consultas de naturaleza jurídica que se sometan a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Es por esa razón que del contenido de su consulta, se aprecia que es un asunto de resorte meramente interno, lo cual una vez más, nos impide emitir pronunciamiento alguno al respecto, por no encontrarse dentro de las competencias atribuidas a esta Dirección General en el artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil.

Por el contrario, los numerales 1) y 2) incisos a), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, señalan

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

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que los funcionarios del Ministerio de Educación Pública están cubiertos por el Régimen de Servicio Civil, por ende no es

correcta su afirmación al señalar que: "*…quiero que se me reconozca que soy del Servicio Civil y no del MEP…"*.

Siendo así, lo correcto es decir que **todos** los funcionarios del Poder Ejecutivo ya sean de entes ministeriales o de sus adscritas son servidores del Régimen de Servicio Civil y por ende a todos los cubre dicha normativa, no obstante deberá comprender que también existe normativa particular que es emitida cada ministerio o institución, tales como circulares, directrices, reglamentos entre otros, que son de acatamiento obligatorio.

Hecha la aclaración anterior, podríamos decir que el tema en discusión encuentra fundamento jurídico en el artículo 58 constitucional, y los numerales 135, 136, 137 del Código de Trabajo, los cuales, en lo que interesa, conviene reproducir:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA:

> ***ARTÍCULO 58***.- *La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis a la semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de lo sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley.*

CÓDIGO DE TRABAJO:

> ***ARTÍCULO 135***.- *Es trabajo diurno el comprendido entre las cinco y las diecinueve horas, y nocturno el que se realiza entre las diecinueve y las cinco horas.*
>
> ***ARTÍCULO 136***.- *La jornada ordinaria de trabajo efectivo no podrá ser mayor de ocho horas en el día, de seis en la noche y de cuarenta y ocho horas por semana.*
>
> *Sin embargo, en los trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosos, podrá estipularse una jornada ordinaria diurna hasta de diez horas y una jornada mixta hasta de ocho horas, siempre que el trabajo semanal no exceda de las cuarenta y ocho horas.*
>
> *Las partes podrán contratar libremente las horas destinadas a descanso y comidas, atendiendo a la naturaleza del trabajo y a las disposiciones legales.*

> ***ARTÍCULO 137***.- *Tiempo de trabajo efectivo es aquél en que el trabajador permanezca a las órdenes del patrono o no pueda salir del lugar donde presta sus servicios durante las horas de descanso y comidas.*
>
> *En todo caso se considerará como tiempo de trabajo efectivo el descanso mínimo obligatorio que deberá darse a los trabajadores durante media hora en la jornada, siempre que ésta sea continua. (Así adicionada la última frase por artículo 1, de la Ley No. 31 del 24 de noviembre de 1943.)*

De conformidad con lo dicho se debe comprender que el horario laboral, no es un derecho adquirido y el mismo puede modificarse por conveniencia institucional.

El ius variandi de conformidad con la jurisprudencia judicial es: *"…la potestad que normalmente ostenta el empleador para modificar, en forma unilateral, las condiciones de la relación contractual, en el ejercicio de las potestades de mando, dirección, organización, fiscalización y disciplina que le confiere el poder directivo del que goza dentro de la contratación. Esta facultad puede ejercerse en el tanto en que las medidas tomadas no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato, ni menoscaben los beneficios del trabajador.*"[12]

Ahora bien, en relación a la modificación de la jornada laboral por parte del empleador, este la Procuraduría General de la República, ha señalado que los jerarcas de la Administración Pública tienen la potestad de organizar la prestación del servicio cuya dirección se le ha encomendado (aspecto dentro del que se encuentra la jornada de trabajo), lo cual lo pueden hacer por medio de la potestad reglamentaria. Así lo señala el dictamen número C-226-2015 del 26 de agosto del 2015, que cita lo siguiente:

> *"Dentro de las potestades con que cuentan los jerarcas de la Administración Pública se encuentra la de organizar la prestación del servicio cuya dirección se les ha encomendado, lo que les permite regular algunos aspectos de la relación de empleo, aspectos dentro de los cuales está el relacionado con la jornada de trabajo.*
>
> *La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia n.° 749-F-04 de las 9:30 horas del 10 de setiembre de 2004, realizó un desarrollo importante con respecto a la potestad reglamentaria administrativa. En esa sentencia, la Sala se refirió a los distintos tipos de reglamentos y a las características de cada uno de ellos:*

[12] Resolución N° 052-2015 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de enero del dos mil quince. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia)

"La doctrina ius publicista señala varias clasificaciones de los reglamentos. Una de ellas, los agrupa en: 1) reglamentos autónomos, subdivididos, a su vez en: a) de organización y b) de servicio; 2) ejecutivos y 3) delegados. Los primeros, revisten la característica de no necesitar una ley previa para ser dictados y promulgados (praeten legem). De ahí, su denominación de autónomos o independientes. Tienen dos ámbitos de regulación: la organización interna y servicios. Los primeros –de organización– son aquellos referidos a la organización interna de los despachos, oficinas y la distribución de las competencias entre los diversos órganos que conforman

el ente. Específicamente, se ocupan de la creación de órganos internos, sin potestades de imperio. Por regla, su destinatario es un órgano interno sin relación directa con los administrados en general o, en particular, con los usuarios de los servicios, pues en caso contrario existe reserva legal. En suma, se trata de normas de carácter interno sin incidencia fuera del ámbito en que fueron dictadas. Por su parte, los segundos –de servicio– se refieren a dos aspectos: i) el servicio público prestado por la administración pública respectiva (competencia del jerarca para regular la organización en la prestación del servicio público a su cargo, aún sin necesidad de ley previa) y ii) la relación de servicio o estatutaria entre la administración pública respectiva y sus funcionarios o servidores (puede regular diversos aspectos, v.gr., régimen disciplinario, permisos, vacaciones, licencias, becas, capacitación, entre otros). Por su parte, los reglamentos ejecutivos (secundum legem –de acuerdo con la ley–), desarrollan (aclaran o precisan), complementan y ejecutan la ley dentro de los parámetros y límites fijados por ésta. La ley puede dejar muchos o algunos aspectos de su aplicación en blanco, lo cual puede ser complementado mediante reglamento ejecutivo. Este tipo de reglamentación norma las relaciones entre los administrados y la Administración Pública para posibilitar la ejecución de la ley dentro de los presupuestos y condiciones que ella fija. Por último, los reglamentos delegados son aquellos que, por autorización expresa de ley, se refieren a la materia reservada a la ley formal, o la derogan o modifican, como si fueran leyes emitidas por el Poder Legislativo. Pueden ser de dos clases: 1) los que cubren o tratan materias reservadas a ley; 2) los que dejan sin efecto y sustituyen una ley. En ambos casos, se requiere siempre de la autorización legal concreta, expresa y manifiesta, pero en el ordenamiento jurídico costarricense no están permitidos".

Por lo tanto con lo analizado hasta ahora, se concluye que la duración de la jornada de trabajo es uno de los elementos de la relación de empleo que pueden ser modificados, siempre que no se sobrepasen las jornadas máximas establecidas en la Constitución Política (artículo 58) y en el Código de Trabajo (artículo 136) y se respete el interés público superior que exige ejecutar eficientemente las competencias asignadas a cada uno de los órganos e instituciones que componen la Administración Pública.

Con lo expuesto se da por atendida su consulta,

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Andrea Brenes Rojas
ABOGADA

31 de mayo de 2019

AJ-OF-241-2019

Señora
Sindy Valverde Umaña
Correo electrónico: sindycr16@gmail.com

ASUNTO: Sobre el pago de horas extras, modificación de la jornada laboral y puestos de confianza.

Estimada señora:

Con la aprobación de la Encargada de esta Asesoría Jurídica, atendemos su oficio sin numeración consecutiva del 20 de mayo de 2019, remitido a este Despacho mediante correo electrónico en la misma fecha indicada supra, mediante el cual solicita criterio técnico jurídico, en relación con los temas del pago de horas extras, la modificación de la jornada laboral y los puestos de confianza, en un escenario o cuadro fáctico que describe la situación de un funcionario que ocupa un puesto de Profesional Jefe del Servicio Civil 1, con cargo de Jefe de Servicios Administrativos y Financieros, ubicado en una oficina o dependencia regional del Ministerio de Educación Pública.

De igual manera, manifiesta la consultante, que su preocupación radica en el hecho de la emisión de una circular por parte del señor Ministro de Educación Pública, en el marco de la reciente aprobación de la Ley N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, denominada "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas", circular que pretende atender la difícil situación fiscal del país con acciones concretas de racionalización y disminución de gastos en dicha Cartera Ministerial, misma que, según la señora Valverde Umaña, en lo relevante señala:

"…*Las personas que ocupan puestos de dirección, subdirección, servidores de confianza, gerentes, puestos de Profesional Jefe de Servicio Civil 1, Profesional Jefe de Servicio Civil 2, Profesional Jefe de Servicio Civil 3, y aquellos otros empleados que trabajen sin fiscalización superior inmediata, les corresponderá el pago de jornada extraordinaria únicamente en aquellos casos excepcionales que excedan las doce horas de trabajo diario…*"

Previo a evacuar sus dudas, conviene aclarar a la consultante, que conforme a las competencias legales de esta Asesoría Jurídica, no le corresponde pronunciarse sobre casos concretos o particulares, los cuales son responsabilidad exclusiva de la Administración Activa el poder resolverlos, en atención de lo preceptuado en el numeral 11 Constitucional y su homónimo de la Ley General de la Administración Pública. No obstante lo anterior, en aras de contribuir con la elucidación de sus interrogantes, se considerará cada una de ellas conforme fueron enunciadas en su escrito, invocando aquella jurisprudencia y normativa general aplicable a los temas traídos a estudio:

- ***"…La descripción del puesto en el Manual del Servicio Civil indica que: "SUPERVISIÓN RECIBIDA Trabaja con independencia…". Que significa trabaja con independencia según el servicio Civil?***

El Manual de Clases del Régimen de Servicio Civil vigente, señala en la descripción de la Clase de Puesto Profesional Jefe de Servicio Civil 1, en lo que interesa, lo siguiente:

> ***"…CONDICIONES ORGANIZACIONALES Y AMBIENTALES***
>
> ***SUPERVISION RECIBIDA***
>
> *Trabaja con independencia, con base en los problemas y situaciones que son puestos bajo su conocimiento, de acuerdo con métodos y procedimientos, planes estratégicos y operativos, políticas, legislación y directrices aplicables a su campo de actividad. Requiere de juicio para manejar información, procedimientos o políticas sobre cada situación que se presenta en el desarrollo de las actividades.*
>
> *Su labor es evaluada por medio del análisis de los informes que presenta, los aportes originales a las actividades asignadas, el grado de cumplimiento de las metas y objetivos, la comprobación de su aptitud para organizar y dirigir, así como por la verificación de la calidad, oportunidad y exactitud de los resultados obtenidos, la contribución al trabajo en equipo, la eficacia y eficiencia de los métodos empleados y el acierto de las recomendaciones…"*

Siendo un tema más orientado al ámbito técnico que jurídico, se podría decir que el manual referido es claro y prácticamente se explica por sí solo en los términos semánticos que ha sido redactado, toda vez que se entiende que el profesional que ostenta esta clase de puesto, por norma general, ocupa un cargo de Jefatura, casi siempre con personal bajo su responsabilidad, ejerciendo una serie de actividades

que le han sido encargadas a su dependencia, conforme a la naturaleza técnica de la misma.

Las funciones que lleva a cabo el mencionado profesional, son ejercidas, según el Manual de cita, con un grado de independencia tal que le posibilita tomar decisiones en su ámbito de competencia, establecer o decidir cuál es la mejor estrategia y los métodos de trabajo, y orientar el proceso de planificación de las actividades propias del área, oficina o dependencia, de forma tal que se dé un cumplimiento adecuado de objetivos y metas propuestas.

En esta tesitura, se podría decir, que un profesional como el señalado, goza de mayor holgura en su ámbito de acción, en comparación con otro personal ubicado en escalafones ocupacionales inferiores, donde la supervisión resulta más directa y permanente. No obstante, esto no quiere decir, que sus funciones estén ayunas de cualquier mecanismo o procedimiento de control o evaluación, usualmente utilizados en el entorno público.

Nótese que el mismo Manual al que se ha hecho referencia, contempla una evaluación de la labor que realiza dicho profesional, por medio de los informes que debe rendir, el resultado final de los productos obtenidos y el cumplimiento de metas y objetivos, así como la eficacia y eficiencia de los métodos de trabajo implementados y las recomendaciones definitivas, de manera que se pueda determinar su impacto en el trabajo en equipo.

Evidentemente, se entiende que esta evaluación del trabajo realizado por el mencionado profesional, no supone una supervisión permanente o constante, de manera directa, precisamente por el grado de independencia con el que desempeña sus labores; sino que se hace a través de la evaluación de resultados, en los momentos y la forma que su superior jerárquico considera oportuno efectuarlo.

- ***Puede el patrono cambiar la jornada de trabajo únicamente porque el manual de clases indica que se trabaja con independencia aunque durante 10 años el puesto no ha sido visto de esta manera, e incluso la administración ha otorgado el pago de horas extras a profesionales jefes de diferentes puestos?***

En relación con esta interrogante, el referido Manual de Clases del Régimen de Méritos, señala, en lo pertinente, lo siguiente:

> ***"...CONDICIONES DE TRABAJO***
>
> *Labora en condiciones normales de una Oficina. Dependiendo del cargo y de la razón de ser de la Institución para la cual labora, le puede corresponder visitar otras instituciones públicas y empresas*

> *privadas o incluso realizar giras a diferentes lugares del país, así como laborar fuera de su jornada ordinaria, cuando las necesidades institucionales así lo ameriten…"* (El subrayado es propio)

Del texto anterior supra transcrito, se colige con meridiana claridad, que el profesional aludido páginas atrás, le podría corresponder, eventualmente, laborar fuera de su jornada ordinaria, en aquellos casos o actividades debidamente justificadas como una necesidad institucional. Sin embargo, el mencionado Manual no hace ninguna otra referencia al establecimiento, cambio o modificación de dicha jornada, en virtud de que este es un aspecto regulado constitucionalmente, así como en la legislación laboral costarricense, cuya aplicación queda debidamente plasmado en los contratos de trabajo, o en su defecto, en las acciones de personal, propias del proceso de contratación.

En términos generales, el tema de la jornada laboral se encuentra regulado en el numeral 58 constitucional, que a la letra reza:

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

Este precepto constitucional ha sido llevado a la legislación laboral de nuestro país, como una forma de protección de la persona trabajadora y el establecimiento de reglas claras y obligatorias, que deben ser observadas estrictamente por el sector patronal, tanto en el ámbito privado como público, en el momento de realizar sus contrataciones de personal. En esta línea, el Código de Trabajo señala, en lo conducente, lo siguiente:

> ***"…ARTICULO 135.-***
>
> *Es trabajo diurno el comprendido entre las cinco y las diecinueve horas, y nocturno el que se realiza entre las diecinueve y las cinco horas.*
>
> ***ARTICULO 136.-***
>
> *La jornada ordinaria de trabajo efectivo no podrá ser mayor de ocho horas en el día, de seis en la noche y de cuarenta y ocho horas por semana.*

Sin embargo, en los trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosos, podrá estipularse una jornada ordinaria diurna hasta de diez horas y una jornada mixta hasta de ocho horas, siempre que el trabajo semanal no exceda de las cuarenta y ocho horas…

(…);

ARTICULO 138.-

Salvo lo dicho en el artículo 136, la jornada mixta en ningún caso excederá de siete horas, pero se calificará de nocturna cuando se trabajen tres horas y media o más entre las diecinueve y las cinco horas.

ARTICULO 139.-

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

Sobre la posibilidad o no que tiene el empleador de modificar la jornada laboral, es un tema que ha sido abordado reiteradamente por nuestros Tribunales Ordinarios, al analizar la figura del *ius variandi* o potestad que tiene el patrono de variar, unilateralmente, algunos aspectos no esenciales del contrato de trabajo. En este sentido ha dicho la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia[13]:

"…Es necesario en primer término diferenciar entre lo que es "jornada laboral" y "horario", debiendo entenderse que la primera corresponde al tiempo efectivo máximo que el trabajador está al servicio del empleador en condiciones de subordinación o dependencia en razón de un contrato de trabajo. Por su parte, el horario es más bien la distribución diaria de dicha jornada, teniendo como base un punto de inicio y otro de término, y que comprende el o los intervalos de descanso que se convengan. Martín Valverde, en lo tocante a este tema, expone: "Cuando se habla de "jornada" como condición de trabajo diferente al "horario" se está haciendo referencia a la duración o cantidad de tiempo de la prestación de servicios, medida en unos u otros módulos temporales. Etimológicamente, la jornada propiamente dicha es el tiempo de trabajo de un día (…). En su sentido más

[13] Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 2008-000827 de las 09:50 horas del 26 de setiembre de 2008.

corriente "horario de trabajo" designa la distribución en las horas del día del tiempo de la prestación de servicios" (Antonio Martín Valverde, Modificación de la jornada y del horario de trabajo, en: Estudios sobre la jornada de trabajo, Madrid, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1991, p. 685). En otro orden de ideas, la figura del "ius variandi" ha sido analizada ampliamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y foránea. Así, por ejemplo, Rodríguez Pastor explica: "El empresario tiene reconocido por el ordenamiento jurídico un poder de especificación o concreción de la prestación laboral (ius variandi) que implica la modificación no sustancial de las condiciones de trabajo" (Rodríguez Pastor (Guillermo), La Modificación del horario del trabajo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, p. 48). Refiriéndose al caso de España indica: "Los tribunales han considerado que determinadas variaciones de la prestación de trabajo, bien del contenido bien de las condiciones, no son sustanciales y, en consecuencia, "pertenecen a la esfera del poder de dirección del empresario, el cual, en uso de su poder de ius variandi, puede concretar o especificar el contenido necesariamente genérico de la prestación laboral en el marco de un contrato como el de trabajo que es de tracto sucesivo o ejecución continuada en el tiempo" (ibid, pp. 48-49). ***En nuestro país, esta Sala se ha referido al tema en numerosas ocasiones, considerando lo siguiente: "En efecto, con la figura jurídica del "ius variandi", se denomina genéricamente la facultad jurídica que tiene el empleador, para poder modificar, legítimamente y en forma unilateral, las condiciones de la relación laboral, en el efectivo ejercicio de sus propias potestades de mando, de dirección, de organización, de fiscalización de disciplina, que se le confieren, de principio, ante el innegable, por necesario, poder directivo del cual goza dentro de la contratación. Ahora bien, esta facultad debe ejercerse siempre que las medidas tomadas no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato, ni mermen los beneficios del trabajador. En efecto, si el patrono ejerce su derecho de manera abusiva o arbitrariamente, con perjuicio directo a los intereses del empleado, queda éste colocado en una clara situación que le permite romper justificadamente la respectiva relación"*** *(en este sentido pueden consultarse las sentencias n° 492 de las 10 horas del 4 de octubre y 567 de las 9:15 horas del 8 de noviembre, ambas del 2002). El horario, a diferencia de la jornada, no se considera como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, por lo que, de no implicar perjuicios para el trabajador, puede ser modificado por el empleador de acuerdo a las necesidades que puedan eventualmente surgir durante la relación laboral. Generalmente se ha aceptado la posibilidad de que el patrono pueda variar el horario en el*

> *que el trabajador desempeña sus actividades, siempre que tal cambio no atente gravemente contra los derechos de este último. Sobre este particular se ha apuntado: "En principio, el patrono o empresario tiene poder discrecional para modificar el horario de trabajo, según las necesidades de la empresa. Pero esa facultad discrecional cesa cuando se ejerce arbitrariamente o cuando las condiciones particulares del vínculo contractual demuestran que el cambio es antijurídico. De no haberse pactado en un principio la potestad patronal para introducir modificaciones en este aspecto, cuando el trabajador no acepte el cambio, y éste se base en el capricho o mala intención del patrono, deberá sufrir el empresario la responsabilidad por incumplimiento de las condiciones contractuales... Por eso, toda alteración de importancia debe ser consentida por la otra parte, salvo ser obligada por motivo razonable que no perjudique seriamente al trabajador" (Cabanellas de Torres, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, tercera edición, Editorial Heliasta S.R.L., 1992, p.p. 625-626). En esta misma orientación Carro Zúñiga y Carro Hernández acotan: "Por regla, el cambio de horario no procede si significa una violación sustancial del contrato individual, del convenio colectivo, laudo arbitral o del reglamento interior de trabajo, si los hubiese. Tampoco procede cuando atente de modo importante contra los intereses materiales del empleado, su salud física o moral, o valores de análoga jerarquía; o si limita o impide en forma apreciable el desarrollo normal de sus actividades culturales, sociales, económicas, etc.; o si de algún modo lesiona legítimos y especiales derechos adquiridos por el trabajador, o si le impide continuar desempeñando funciones en otra empresa, singularmente si este hecho es conocido del empleador" (Derecho Laboral Costarricense: Cincuenta ensayos sobre temas usuales, Tomo I, San José, Editorial Juritexto, p.p. 37-38).* ***(El resaltado en negrita no es del original).***

En tratándose de instituciones públicas, y siempre sobre el tema en análisis, el Tribunal de Trabajo Sección Primera del Segundo Circuito Judicial de San José, ha advertido que:[14]

> *"…Las principales disposiciones legales y constitucionales atinentes tanto a jornada ordinaria como extraordinaria, estipulan el tiempo máximo laborable dentro de cada una de las jornadas. El artículo 58 Constitucional estipula: "La jornada de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas*

[14] Tribunal de Trabajo, Sección Primera, II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2004-0059 de las 08:35 horas del 16 de febrero de 2004.

diarias y treinta y seis a la semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley ". Tal disposición es desarrollada por los artículos 135 a 146 inclusive, del Código de Trabajo, donde se define la diferencia entre jornada diurna y nocturna, el número de horas que componen cada jornada, la jornada acumulativa semanal, la jornada total, extraordinaria y algunos tipos de jornadas especiales. En tales disposiciones quedan definidos los límites máximos que componen las jornadas ordinaria y extraordinaria de trabajo, pero ello no excluye en modo alguno que el patrono fije jornadas laborales por debajo de tales extremos. Es en consecuencia factible que el patrono fije, en beneficio del trabajador, forjadas menores a tales extremos. En los casos en que así sucede, todo aumento posterior en el número de horas laborables ha de estar plenamente justificado, sin detrimento del derecho del trabajador a exigir la compensación correspondiente. La fijación de las condiciones laborales en esos términos, en modo alguno contradice la tesis sostenida reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que, tratándose de funcionarios públicos, vinculados en una relación de servicio de naturaleza estatutaria, la vigencia del principio de legalidad impide la aplicación del contrato realidad que abiertamente es aceptado en contrataciones de derecho privado. Si desde el momento en que fue contratado, como agente de seguridad del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, en noviembre de 1984, el actor se ha desempeñado dentro de una jornada laboral de cinco días a la semana, para un total de cuarenta horas laborales, debe concluirse que la contratación del actor fue en esas condiciones. En este caso no estamos ante el restablecimiento a su jornada correcta de trabajo, porque como se indicó, desde el inicio de la relación laboral esa fue la jornada exigida, la cual se ha de considerar entonces como su jornada ordinaria de labores. " (En este sentido podrá ser consultado el voto No. 361-01 de las ocho horas treinta minutos del cinco de julio del dos mil uno, también de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, respecto del cual ha hecho referencia el recurrente). (Se agrega el subrayado)

Los fallos citados son precisos en indicar, que la jornada laboral, a diferencia del horario de trabajo, se constituye en un elemento esencial del contrato individual de trabajo, que establece un límite importante a la potestad o posibilidad que tiene el patrono en su intensión de modificarla, especialmente cuando de esa acción puede derivar un perjuicio en las condiciones particulares del trabajador o funcionario, el cual no había manifestado previamente su anuencia a dicho cambio.

- ***"…El código de trabajo en su artículo 143 dice:***

  ARTÍCULO 143.-Quedarán excluidas de la limitación de la jornada de trabajo, (…), los trabajadores que ocupan puestos de confianza…

  Esto puede significar que el puesto de Profesional Jefe de Servicio Civil 1, con este oficio el patrono lo define como puesto de confianza y podría disponer de la plaza como lo indica el régimen de confianza aunque el trabajador no lo haya aceptado?..."

En relación con este tema, se debe indicar a la consultante, que al amparo del Régimen Estatutario, los puestos de confianza se encuentran excluidos del mismo, de conformidad con lo estipulado en los artículos 3 y 4 del Estatuto de Servicio Civil, que en lo oportuno, señala:

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:

a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal.

b) El Procurador General de la República.

c) Los Gobernadores de Provincia.

d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República.

e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.

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, subdirectores, directores generales y subdirectores 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 desempeñan el puesto en propiedad, permanecerán en sus puestos hasta que cese su relación laboral, ya sea por renuncia, despido, jubilación o reorganización. Una vez vacante, el Servicio Civil deberá elaborar la correspondiente resolución declarando el puesto como puesto de confianza. Se exceptúan de lo anterior los cargos de directora(o) general de Presupuesto Nacional, tesorero nacional y subtesorero, de conformidad con los artículos 177 y 186 de la Constitución Política…"

Conforme a la cita normativa estatutaria precedente, se debe comprender que un puesto ocupado en propiedad, y por tanto dentro del Régimen de Servicio Civil, no puede ser considerado de confianza, hasta tanto no se cumpla los supuestos o circunstancias contempladas en el transitorio al inciso g) del artículo 4 de previa cita, o que en su defecto, no siendo un puesto de los contemplados en dicho numeral, se cree una ley especial, como por ejemplo la del Presupuesto Ordinario o Extraordinario de la República, en donde taxativamente así se disponga.

Aunado a lo anterior, y sin entrar en consideraciones sobre la circular que la consultante aduce ha sido firmada por el Despacho del señor Ministro de Educación Pública, (la cual se desconoce), conviene hacer hincapié en el hecho de que bajo el Régimen Estatutario los puestos excluidos, así como los que ingresan al régimen, se hace efectivo porque así lo establece una ley especial, en este caso la Ley

1581del 30 de mayo de 1953, de forma tal que, si se operara distinto, violentaría flagrantemente tales disposiciones.

- ***Es posible ganar horas extras después de laborar 12 horas? Como lo indica la circular?***

Sobre el particular, la normativa laboral, concretamente el Código de Trabajo resulta bastante amplio al disponer en el numeral 139, citado supra, que todo trabajo que se ejecute fuera de los límites de la jornada laboral ordinaria, entiéndase la realizada en horario diurno o nocturno, o que exceda de la jornada inferior a dichos límites contractualmente pactados, constituye jornada extraordinaria y debe ser remunerada como tal, según se ha dicho.

Complementariamente, el canon 140 del Código de Rito, advierte que: "…*La jornada extraordinaria, sumada a la ordinaria, no podrá exceder de doce horas, salvo que por siniestro ocurrido o riesgo inminente peligren las personas, los establecimientos, las máquinas o instalaciones, los plantíos, los productos o cosechas y que, sin evidente perjuicio, no puedan sustituirse los trabajadores o suspenderse las labores de los que están trabajando…"* (El subrayado es propio)

Tales normas son las que puntualmente establecen las reglas a seguir por parte del patrono a la hora de conceder y remunerar el tiempo extraordinario de trabajo, de manera que, se insiste, elaborar y/o aplicar regulaciones diferentes a la establecida en el ordenamiento jurídico costarricense en materia laboral, constituiría, eventualmente, y a todas luces, un abuso intolerable.

Con estas consideraciones finales, se da por atendida su consulta.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Richard Fallas Arias
ABOGADO

11 de febrero del 2019
AJ-OF-066-2019

Señora
Yilena Alcázar Arroyo
Auditora Interna
Museo de Arte Costarricense

Asunto: Solicitud de criterio sobre plazas para servicios especiales

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se brinda respuesta a la consulta remitida a este Despacho mediante oficio número MAC-AUD-004-2019 del 29 de enero del 2019, en el que solicita criterio a esta Sede y expone las siguientes interrogantes que se transcriben a continuación:

> *"…A una plaza de Profesional 1-B autorizada por la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria (STAP) del Ministerio de Hacienda, por servicios especiales por un plazo definido, le aplica el Régimen del Servicio Civil?*
>
> *2. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, surge la siguiente consulta: Una persona nombrada en una plaza de Profesional por servicios especiales por un período determinado de seis meses, tiene derecho a que se le conceda un permiso sin goce de salario para asistir a una capacitación? A quién le corresponde autorizar dicho permiso? …"*

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."*

Por lo anterior, 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. Bajo ese marco regulatorio, se tiene que las consultas de naturaleza jurídica que se sometan a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Una vez expuesto lo anterior, debe traerse a colación el texto del artículo primero y segundo del Estatuto de Servicio Civil, Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953 y sus reformas, que señala:

> "*Artículo 1º.- Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores.*
>
> *Artículo 2°. – Para los efectos de este Estatuto se considerarán servidores del Poder Ejecutivo, los trabajadores a su servicio remunerados por el erario público y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial."*

Ahora bien, el punto es definir cuáles son estos servidores, que gozan de la protección de la normativa anteriormente descrita, al respecto el numeral 30 del Estatuto de cita indica:

> *"**Artículo 30**.*
> *Para que un servidor público reciba la protección de esta ley, debe pasar satisfactoriamente un período de prueba hasta de tres meses de servicio contados a partir de la fecha de vigencia del acuerdo de su nombramiento."*

Lo anterior, toda vez que, con la promulgación de la Ley N° 8131, del 4 de setiembre de 2001, se estableció en el numeral 21 inciso a), que la Autoridad Presupuestaria será un Órgano Colegiado encargado de asesorar al Presidente de

la República en materia de política presupuestaria; y que tendrá entre otras, las siguientes funciones específicas:

> *"...**Formular, para la aprobación posterior del órgano competente según el inciso b) del presente artículo, las directrices y los lineamientos generales y específicos de política presupuestaria para los órganos referidos en los incisos a), b) y c) del artículo 1, incluso lo relativo a salarios, empleo, inversión y endeudamiento.** No estarán sujetos a los lineamientos de la Autoridad Presupuestaria los órganos mencionados en el inciso d) del artículo 1, además de los entes públicos, cuyos ingresos provengan, mediante una legislación especial, del aporte de los sectores productivos a los que representan. Se exceptúa de lo establecido en este inciso lo referente a la remuneración del presidente de la República, que se regirá por ley especial." (Lo resaltado no corresponde al texto original)*

Aunado a ello, es importante precisar que el concepto de *"servicios especiales"*, concepto contenido en el "*Clasificador Presupuestario por Objeto de Gasto"*[15], emitido mediante el Decreto Ejecutivo N°. 31459-H del 6 de octubre de 2003, que fue posteriormente reformado con la finalidad de adecuarlo a los requerimientos actuales con el Decreto Ejecutivo N° 34325 del 5 de diciembre de 2007, cita:

> ***"0.01.03 Servicios especiales.** Remuneraciones al personal profesional, técnico o administrativo contratado para realizar trabajos de carácter especial y temporal, que mantienen una relación laboral menor o igual a un año. Se exceptúan los gastos de los proyectos de carácter plurianual, entendidos éstos como aquellos proyectos de inversión de diversa naturaleza que abarcan varios períodos presupuestarios. También contempla aquellas remuneraciones correspondientes a programas institucionales que por las características de los servicios que brindan, tales como de educación y formación, el perfil del personal a contratar exige mayor versatilidad y un período mayor de contratación, acorde con las necesidades cambiantes del mercado laboral.*
>
> *Las anteriores erogaciones podrán clasificarse en esta subpartida manteniéndose una relación laboral hasta por un máximo de tres años.*
>
> *El personal contratado por esta subpartida, debe sujetarse a subordinación jerárquica y al cumplimiento de un determinado horario de trabajo, por tanto, la retribución económica respectiva, se establece*

15 http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=51981&nValor3=114762&strTipM=TC

de acuerdo con la clasificación y valoración del régimen que corresponda".

Con lo expuesto, válidamente se puede afirmar que es la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria (STAP), la entidad encargada de asesorar lo relativo a las normas y lineamientos aplicables a aquellas personas contratadas bajo la modalidad de servicios especiales, al no ser cubiertos por el Régimen de Méritos.

Teniendo en consideración lo señalado líneas previas, se desprende que su consulta se refiere a un tópico del cual esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para hacer referencia, por tratarse de puestos no contemplados en el Régimen de Servicio Civil, como ya se reiteró.

No obstante lo expuesto, a manera de colaboración, se traer a colación el dictamen de la Procuraduría General de la República número N° C-015-2009 del 28 de enero del 2009, mismo que referente al tema del otorgamiento de permisos sin goce salarial, externó lo que seguidamente se transcribe*:*

"(…) Es importante señalar, en términos generales, que en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de otorgar permisos a servidores o funcionarios públicos para ausentarse de sus labores, deviene de la natural potestad que ejerce la Administración Pública para la consecución de sus fines en pro de la colectividad. Potestad discrecional que vale enfatizar, se encuentra sujeta al principio de legalidad estipulado en el artículo 11 de la Constitución Política, en virtud del cual, " Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Postulado que se desarrolla en el artículo 11. 1 de la Ley General de la Administración Pública que prescribe que, "La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes." De ahí que, bajo ese norte, se ha establecido, expresamente, en el artículo 15 Ibid, que "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". Así, por ejemplo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado en lo conducente, que:

"…En el caso de actos producto del ejercicio de una potestad discrecional, éstos 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 ésta." (Sentencia Número 19 de las 14:40 horas del 2 de abril de 1997)"*

De lo expuesto se concluye, que será la Administración Activa, la que ante la valoración de cada caso en particular, establezca las condiciones que a su juicio resulten ser las más beneficiosas para la satisfacción del interés público, y con base a ello decidir el otorgamiento de un permiso sin goce salarial.

Siendo así, se determina que del tema traído a estudio, es un asunto de resorte interno de la institución consultante, por ende escapa de las competencias atribuidas a esta Asesoría Jurídica y según el artículo 13 del Estatuto de Servicio Civil, esta dependencia se encuentra impida para emitir pronunciamiento alguno al respecto.

Con lo expuesto se da por atendida su consulta,

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Andrea Brenes Rojas
ABOGADA

20 de diciembre de 2018
AJ-OF-554-2018

Señor
Alfredo Hasbum Camacho
Director General
Dirección General de Servicio Civil

ASUNTO: Criterio jurídico prohibición

Estimado señor:

Reciba un cordial saludo. En atención a la solicitud verbal realizada a esta Asesoría, se procede a realizar el análisis correspondiente al pago de compensación por prohibición, a la luz de la Ley 9635 "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas".

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicar 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, se indica 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 el Título III de la Ley 9635 "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*", se realiza una adición a la Ley N° 2166 "*Ley de Salarios de la Administración Pública*", del 9 de octubre de 1957.

Dicho cuerpo legal establece en su artículo 26, su ámbito de aplicación, en el tanto señala:

> *"Artículo 26.- Aplicación*
> *Las disposiciones del presente capítulo y de los siguientes se aplicarán a:*

2. *La Administración central, entendida como el Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración adscritos a los distintos ministerios, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, y las dependencias y los órganos auxiliares de estos.*

   2. La Administración descentralizada: autónomas y semiautónomas, empresas públicas del Estado y municipalidades".

De conformidad con lo indicado, se determina que con la nueva normativa se unifica lo regulado en la Ley 2166, y se amplía su rango de aplicación.

Ahora bien, visto esto, y en lo referente al pago compensatorio por prohibición, esta Asesoría Jurídica en el Oficio N° AJ-256-2016 del 29 de abril de 2016, señaló:

> *"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)"

(…)

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.

Por otro lado, tenemos que la Ley número 5867, del 15 de diciembre de 1975, denominada "*Ley de Compensación por Pago de Prohibición*", previo a la reforma introducida por la Ley 9635, estipulaba los siguientes porcentajes de compensación

por prohibición, 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.*
> *(...)"*

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 9635, se establecen nuevos porcentajes de compensación por concepto de prohibición y además el legislador reformó el artículo 1 inciso b) de la Ley 5867, y derogó los incisos c) y d) de dicho numeral. Valga la ocasión para mencionar, que no se hizo referencia a ninguna reforma o derogatoria expresa, del inciso a) de dicho artículo, dado esto, el texto vigente de dicho artículo, es el siguiente:

> *"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 quince por ciento (15%) para quienes sean bachilleres universitarios".* (El resaltado no pertenece al original)

Pese a lo anterior, tenemos que, a criterio de esta Asesoría válidamente puede afirmarse que con el nuevo marco normativo, contenido en la Ley 9635, se reformó no de manera expresa, pero sí tácitamente el artículo 1 inciso a) de la Ley 5867.

Contestes con esta tesitura, sobre la reforma tácita el Órgano Asesor Estatal, ha señalado lo siguiente:

> *"Nuestro ordenamiento jurídico regula lo relacionado con la derogación de normas, específicamente en el párrafo final del artículo 129 de la Constitución Política, en relación con el artículo 8° del Código Civil.*
>
> *'Artículo 129.-… La Ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario'*
> *.*
>
> *'Artículo 8. - Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la ley anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado'.*
>
> *La Procuraduría General de la República, por su parte, se ha pronunciado en esta materia, partiendo para ello de lo expresado por nuestro Tratadista don Alberto Brenes Córdoba en su Obra 'Tratado de las Personas' (Editorial Juricentro S.A., San José, 1986, p. 95), al afirmar que 'desde el punto de vista doctrinario, el acto mediante el cual el legislador deja sin efecto una ley, se conoce con el nombre de abrogación o derogación. Términos que se utilizan para expresar la acción y el resultado de abolir una ley en su totalidad o en parte nada más. La derogación puede ser expresa o tácita, según se haga en términos explícitos, o que resulte de la incompatibilidad de la ley nueva con la ley anterior, ya que es principio general, que las leyes nuevas destruyen las leyes viejas en todo aquello que se le oponga'".*
>
> *Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 130 de las 14:30 horas del 26 de agosto de 1992, indicó lo siguiente:*
>
> *"La derogación de una norma jurídica se origina en la promulgación de otra posterior, a la cual hace perder vigencia. Tal principio lo consagra nuestro Derecho Positivo en el artículo 8 del Código Civil y en el 129 de la Constitución Política. Asimismo, según se deriva*

de dichas disposiciones, la derogatoria puede ser expresa o tácita. ***La tácita sobreviene cuando surge incompatibilidad de la nueva ley con la anterior, sobre la misma materia, produciéndose así contradicción****. ..".*

Sin ánimo de profundizar mucho en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de la Procuraduría General de la República sobre el tema de la derogatoria tácita, se puede afirmar, con un alto grado de certeza, que para que este fenómeno jurídico acontezca se requiere de dos condiciones. En primer lugar, que la normativa posterior regule la misma materia de la normativa anterior. En segundo término, que del análisis comparativo entre ambas normativas se produzca una antinomia que las torne incompatibles e impida la armonización del régimen jurídico ahí establecido. Se requiere, en síntesis, que la nueva ley o norma, por su contenido, alcance y significado, sustituya completamente la disposición anterior.

Por lo tanto, la derogatoria tácita cesa la vigencia de una norma cuando esta es incompatible con otra del ordenamiento jurídico que regula la misma materia y la norma más reciente no indica en forma expresa la terminación de la vigencia de aquella norma anterior que le es incompatible. En consecuencia, al no indicarse expresamente, es el operador jurídico quien debe determinar si opera o no una derogatoria tácita.

Para constatar la reforma *o derogatoria* ***tácita de una norma****, como se indicó atrás, son* ***dos pasos*** *que* ***deben seguirse****:*

a.- ***Establecer la existencia efectiva de la incompatibilidad objetiva entre el contenido de los preceptos de la antigua norma y los de la nueva.***
b.- ***La determinación de los alcances de esa incompatibilidad*** *(véase el dictamen C-215-95 de 22 de setiembre de 1995).*

Es importante indicar que la incompatibilidad debe ser de tal grado o magnitud que permita calificar de contradicción insalvable, puesto que no fue la voluntad expresamente manifiesta del legislador derogar la norma*".*[16] (Lo resaltado es nuestro)

[16] Ver Dictamen C-297-2007 del 27 de agosto de 2007 de la Procuraduría General de la República

Dado lo anterior, debe indicarse que en el caso del inciso a) de la Ley 5867, lo que aplicaría es una reforma tácita, debiendo interpretarse el alcance del nuevo porcentaje de prohibición, es decir 30%; el cual además se desprende del espíritu integral de la Ley 9635.

Ahora bien, tenemos que la Ley 9635 en el artículo 57 inciso i) reformó el artículo 5 de la Ley 5867, cuyo texto vigente es:

> *"Artículo 57.- Reformas*
>
> *Se modifican las siguientes leyes, de la manera que se describe a continuación:*
>
> *(…)*
>
> *i) Se reforma el artículo 5 de la Ley N.° 5867, Ley de Compensación por Pago de Prohibición, de 15 de diciembre de 1975. El texto es el siguiente:*
>
> *Artículo 5- Salvo que exista un régimen especial de remuneración para el funcionario público, los beneficios dispuestos en los incisos a) y b) del artículo 1 de esta ley se aplican a los empleados del Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal Supremo de Elecciones, Registro Civil, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la República y municipalidades, referidos en el artículo 244 de la Ley N.° 8, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 29 de noviembre de 1937.*
>
> ***Tal compensación se calculará sobre el salario más bajo indicado en la escala de sueldos de la Administración Pública que emite la Dirección General del Servicio Civil****".* (El resaltado no pertenece al original)

De la literalidad de los artículos 1 y 5 de la Ley 5867, se desprende que por un lado el artículo 1 indica que el cálculo del pago por concepto de prohibición, se realizará sobre el salario base de la escala de sueldos de la Administración Pública y por otro lado, el artículo 5, establece que el cálculo del pago por concepto de prohibición de los funcionarios referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se realizará sobre el salario más bajo indicado en la escala de sueldos de la Administración Pública que emite la Dirección General del Servicio Civil.

Según lo indicado, se determina que tanto el artículo 1 como el artículo 5, regulan supuestos fácticos diferentes con consecuencias jurídicas distintas, de manera tal, que no podría considerarse que exista una antinomia, ya que el artículo 1 cubre a

un grupo de funcionarios, y el 5 del mismo cuerpo legal cubre a otro, los funcionarios citados en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sobre este concepto jurídico, la Procuraduría General de la República en el Dictamen C-176-2012 del 19 de julio del 2012 señaló:

> *"Con total independencia de que el sistema jurídico sea coherente o que se utilice como si lo fuera, es unánimemente admitido que el Derecho no puede estar compuesto de normas jurídicas incompatibles, de manera que si son detectadas en los procesos de aplicación jurídica* ***dos normas que atribuyen al mismo supuesto de hecho dos soluciones normativas incompatibles, una de las dos****, y a veces ambas, deben ser eliminadas para restaurar la coherencia del sistema".* (El resaltado no pertenece al original)

Nótese que las normas analizadas no se encuentran bajo ese supuesto, pues su ámbito de aplicación va dirigido a diferentes grupos de funcionarios, por lo cual no existe entre ambas normas contradicción alguna.

Por otra parte tenemos que, la Ley 9635, establece en su artículo 36 los porcentajes que corresponden a los funcionarios, por concepto de compensación:

> *"Artículo 36.- Prohibición y porcentajes de compensación*
>
> *Los funcionarios públicos a los que por vía legal se les ha impuesto la restricción para el ejercicio liberal de su profesión, denominada prohibición, y que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 31 de la presente ley, recibirán una compensación económica calculada sobre el salario base del puesto que desempeñan, de conformidad con las siguientes reglas:*
>
> *1. Un treinta por ciento (30%) para los servidores en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*
> *2. Un quince por ciento (15%) para los profesionales en el nivel de bachiller universitario".*

Con lo cual, podemos aseverar que, los porcentajes regulados por la Ley 9635, así como las reformas introducidas por ésta, son los que actualmente constituyen el marco general aplicable para todos los funcionarios que ingresen a prestar servicios por primera vez para la Administración Pública, a partir del 4 de diciembre de 2018, o para los que por primera vez perciban la compensación por prohibición, es decir estos porcentajes son los que rigen y son los que se encuentran vigentes.

Visto eso, resulta relevante indicar que en cuanto a la aplicación de dichos porcentajes, el artículo 56 de la Ley 9635, establece lo siguiente:

> *"Artículo 56.- Aplicación de los incentivos, topes y compensaciones*
>
> *Los incentivos, **las compensaciones**, los topes o las anualidades remunerados a la fecha de entrada en vigencia de la ley serán aplicados a futuro y no podrán ser aplicados de forma retroactiva en perjuicio del **funcionario** o sus derechos patrimoniales".* (El resaltado no corresponde al original)

De la literalidad de la norma, se desprende que el contenido de la Ley 9635 aplica a futuro, lo cual es conteste con el principio de irretroactividad de las normas jurídicas, establecido en el artículo 34 de la Constitución Política; con lo cual se reitera que resulta aplicable a aquellos funcionarios que ingresen a prestar sus servicios a la Administración Pública por primera vez a partir del 4 de diciembre, así como a aquellos funcionarios que formen parte de la Administración Pública, pero que por primera vez se les otorgue la compensación por prohibición, ello por cuanto la norma utiliza el concepto de funcionario de manera amplia, debiendo traerse a colación el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, que menciona:

> *"Artículo 111.-*
>
> *1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.*
> *2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.*
> *3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común".*

Bajo esta inteligencia, en palabras del jurista costarricense Eduardo Ortiz Ortiz, debemos entender que, en sentido amplio, el servidor público es aquel "*que presta un servicio a nombre y por cuenta de un ente público. Cuando se pone en relación*

con la oficina pública dicho concepto puede expresarse diciendo que es servidor público la persona legalmente encargada de ejercer las competencias públicas." [17]

De conformidad con lo indicado, tenemos que no puede realizarse una diferenciación, cuando la norma no lo hace, de manera tal que si la norma utiliza el concepto de funcionario, debe entenderse a todo aquel que presta servicios a la Administración, independientemente de la Institución que se trate, por ende dichos porcentajes no pueden ser modificados en aquellos funcionarios que antes de la entrada en vigencia de la Ley 9635, ya contaban con la asignación de los mismos.

De igual manera, es importante citar el contenido del Transitorio XXV de la Ley 9635, que establece:

> *"**El salario total de los servidores que se encuentren activos en las instituciones contempladas en el artículo 26 a la entrada en vigencia de esta ley no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten.***
>
> *Las remuneraciones de los funcionarios que a la entrada en vigencia de la presente ley superen los límites a las remuneraciones establecidos en los artículos 41, 42, 43 y 44, contenidos en el nuevo capítulo V de la Ley N.° 2166, Ley de Salarios de la Administración Pública, de 9 de octubre de 1957, no podrán ajustarse por ningún concepto, incluido el costo de vida, mientras superen dicho límite".* (El resaltado no corresponde al original)

Una vez visto este, de la lectura del mismo, se desprende con total claridad que, los funcionarios activos contemplados en el artículo 26 de la Ley 9635, son todos aquellos que ya forman parte de la Administración Pública, de manera tal, que con fundamento en este transitorio, éstos no pueden ser afectados por los cambios introducidos a los porcentajes de prohibición, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 9635, ya que lo contrario implicaría una afectación en el salario de los mismos y por ende en su carrera administrativa.

En cuanto a este tópico, es importante traer a colación el contenido del Oficio N° AJ-256-2016, indicado supra, que indica:

> *"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*

[17] ORTIZ ORTIZ, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. Edición 2002. Costa Rica: Biblioteca Jurídica DIKE, 2002, p. 140.

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).”

Efectivamente, no se puede manifestar que por sí misma, la prohibición sea un derecho adquirido o situación jurídica consolidada, en tanto deben cumplirse una serie de requisitos para su reconocimiento, sin embargo, el análisis realizado, se hace ante la premisa, de que se cuenta con el cumplimiento de la totalidad de dichos requisitos.

Ahora bien, debe realizarse la aclaración, de que la aplicación de los porcentajes asignados de previo a la entrada en vigencia de la Ley 9635, deben ser respetados, siempre y cuando, exista continuidad en la relación laboral, ello atendiendo la Teoría del Estado como Patrono Único.

Sobre esta teoría, la Procuraduría General de la República, en su Dictamen N° C-086-2007 del 23 de marzo de 2007, indicó:

“La teoría del Estado como patrono único parte de la premisa de que el Estado es un único centro de imputación de derechos laborales, independientemente del ente u organismo específico en el cual desarrolla su actividad productiva el trabajador, ***por lo que al trasladarse el empleado de un lugar a otro dentro del Estado, se mantiene su relación de empleo para efectos del reconocimiento de un mínimo de beneficios que la ley contempla para cada caso en particular****.*

(…)

Sobre esta teoría, hemos señalado que:

"Nos referimos a la llamada "Teoría del Estado como patrono único", y su consecuencia, al decir de reiterados dictámenes de este Despacho, ***de que cualquiera que sea la institución a la que se sirva, se labora para un mismo patrono que es el Estado.*** *Tal teoría fue ampliamente desarrollada por nuestra jurisprudencia de empleo en el pasado (en la que se fundamentaron aquellos dictámenes) y puede asegurarse que hasta sirvió de inspiración a la citada ley Nº 6835, en cuanto quedó plasmado en ella el reconocimiento de antigüedad contenido en el inciso d) que se adicionó el numeral 12[18] de la Ley de Salarios de la Administración Pública.*

Sí cabe hacer la observación de que tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa citadas, refirieron el reconocimiento de antigüedad no sólo a la materia de aumentos anuales, sino también a las llamadas prestaciones legales, así como a las vacaciones y pensiones.

Con respecto a la jurisprudencia de empleo, y a manera de ilustración, es del caso hacer mención de la sentencia de la Sala Segunda de la Corte Nº 34 de 9:40 hrs. del 5 de marzo de 1993 (citada por la Nº 269 de 9:30 hrs. del 16 de septiembre de 1994, que constituye una verdadera pieza jurídica sobre el tema del reconocimiento de la antigüedad en sus diversas manifestaciones, y donde también se hace referencia a la evolución jurisprudencial ocurrida en ese campo).

En una parte del fallo citado de primero, podría decirse que se condensa lo expuesto hasta ahora en el presente estudio, al sostenerse allí que: "...originalmente el reconocimiento de la antigüedad se hizo aplicando la figura del ESTADO PATRONO UNICO, pero con no poca debilidad, sobre todo, pensando en el principio de la unidad estatal como patrono y en algunos casos, relacionándolo con la otra teoría de la relación estatutaria, fundamentada esta última en el artículo 191 de la Constitución Política...no cabe duda, que el reconocimiento de la antigüedad en cuanto a la prestación de servicios para el Estado y sus instituciones ha venido avanzando en cuanto a los derechos respecto de los que se hacía el correspondiente reconocimiento, a

[18] Modificado mediante Ley 9635 "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas".

saber, vacaciones, aguinaldo, preaviso, auxilio de cesantía, aumentos anuales, jubilaciones y pensiones; ...” (el destacado es nuestro).

De lo anteriormente expuesto, resulta claro que la idea que siempre ha privado, y que se desprende tanto de la normativa escrita, como de la doctrina patria y jurisprudencia que la informan, ha sido la del reconocimiento de la antigüedad en el servicio público -para efecto de aumentos anuales- únicamente por servicios prestados en el ámbito del sector público estatal.

De ahí que si bien en el texto del inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública se utilizó el término “Sector Público”, deba necesariamente entenderse que el legislador, siendo consecuente con los antecedentes a que se ha hecho referencia, lo que tuvo en mente, también fue reconocer exclusivamente el tiempo de servicios prestados en el sector estatal.”

(…)

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho reiteradamente:

*“Del principio de que el Estado es en realidad uno sólo, se deriva la conclusión de que **en la relación de servicio que lo liga con sus servidores, el Estado es un mismo patrono y que no tiene importancia distinguir en cuál de las diversas dependencias públicas se prestó el servicio** al establecer la antigüedad, servida para efectos de salario como servidor activo, o como requisito para acceder a la jubilación”*

(S.C.Voto No. 433-90 de las 15:30 horas del día 27 de abril de 1990)” (Dictamen C-358-2006 del 8 de setiembre del 2006)

*A partir de los anteriores criterios jurisprudenciales, se ha sostenido que **al trasladarse un funcionario de un puesto a otro dentro del Sector Público, la relación de empleo que mantiene dicho funcionario en las diferentes dependencias públicas, debe computarse como una sola,** a efectos de proceder al reconocimiento de los derechos laborales que le correspondan.*

Ahora bien, la regulación anterior no hace diferencia alguna en cuanto al tipo de contratación de empleo que ostente el trabajador

público, ya que la única condición que se impone para su aplicación es precisamente el carácter de empleado estatal, por lo que en nuestro criterio, y como regla de principio, la aplicación de la teoría del Estado como único centro de imputación de obligaciones laborales resulta de aplicación también para aquellos trabajadores contratados por un plazo determinado.

En este punto nos parece importante recordar que el ordenamiento jurídico de empleo establece dos tipos de contratos de trabajo en atención al tiempo de duración de los mismos: los contratos a tiempo indefinido, que son la regla general, y los contratos a plazo definido, que son de naturaleza excepcional.

A partir de esta distinción, el Código de Trabajo establece también una diferencia en cuanto a las consecuencias económicas por la terminación de cada uno de los contratos señalados. En el caso de los contratos a plazo, al vencer el término estipulado para la realización de la obra o trabajo, la ruptura de la relación de empleo no da derecho al trabajador a recibir ninguna indemnización, al tenor de lo preceptuado por el artículo 82 de aquel cuerpo normativo; en el tanto que al término de la relación de empleo en los contratos a plazo indeterminado y sin que exista causa justa para dicha ruptura, se genera a favor del trabajador el derecho a percibir el auxilio de cesantía y el preaviso, según lo estipulado en los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo.

Como se puede desprender de lo expuesto, las diferencias existentes entre el contrato de trabajo a tiempo indefinido y el contrato de trabajo a plazo fijo, están referidas a aspectos concretos en cuanto a la duración del contrato y los efectos de la terminación de los contratos, siendo que los demás elementos de la relación de empleo se mantienen, por lo que podemos indicar que en ambos tipos de contratos, los trabajadores mantienen su condición de empleados estatales y por ende, se encuentran cubiertos por el principio del Estado como Patrono Único.

No obstante lo señalado, debe advertirse que el principio del Estado como unidad de imputación de obligaciones laborales, está referido a un grupo determinado de derechos mínimos cuya existencia previa será derivada de las diferentes normativas que regulen las relaciones de empleo específicas de los trabajadores. Bajo esta inteligencia y ante la ausencia de una norma que permita el reconocimiento de determinados derechos o beneficios laborales, no podrá considerarse la aplicación de esta norma para

> *extender los derechos contemplados en una relación de empleo a otra que no los contemple".* (El resaltado no corresponde al original)

Bajo esta misma tesitura, en el Dictamen N° C-256-2013 del 15 de noviembre del 2013 señaló:

> *"Distinto es el caso de que su reincorporación a laborar sea en otra corporación municipal e incluso en otras dependencias del Estado, en cuyo caso aplicaría plenamente la restricción contenida en la norma del artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, en el entendido que* ***al trasladarse el trabajador a laborar de un lugar a otro dentro del aparato estatal (teoría del Estado como patrono único), se considera que la relación laboral es continua –*** *ya sea que el nuevo vínculo tenga carácter indefinido o a plazo fijo, incluidas las contrataciones por servicios especiales (C-317-2006, C-086-2007 y C-273-2012, entre otros)- y en caso de no haber transcurrido un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía al momento de reincorporarse a laborar, deberá devolver los dineros proporcionales que en condición de auxilio de cesantía haya recibido, de conformidad con el salario percibido por el servidor." (Dictamen C-120-2013 del 1° de julio del 2013)".* (El resaltado no corresponde al original)

En virtud de lo indicado, debe aclararse que dentro del Régimen Estatutario hay situaciones que producen la ruptura de la relación de empleo público y otras, que erróneamente se ha considerado que producen esta ruptura.

Para ello, es menester indicar que de conformidad con lo estipulado en el artículo 51 del Estatuto de Servicio Civil, los casos no previstos en este cuerpo legal, se resolverán entre otros, de acuerdo con lo establecido en el Código de Trabajo. El cual en su artículo 153, puntualmente en su último párrafo regula que:

> *"* ***No interrumpirán la continuidad del trabajo, las licencias sin goce de salario, los descansos*** *otorgados por el presente Código, sus reglamentos y sus leyes conexas,* ***las enfermedades justificadas, la prórroga o renovación inmediata del contrato de trabajo, ni ninguna otra causa análoga que no termine con éste****".* (El resaltado es de quien redacta)

Con ello, podemos extraer que dicho numeral señala que las causales que contiene, no producen la interrupción de la continuidad del trabajo, por ende, al existir la continuidad laboral, los derechos del funcionario persisten. Además, debe

tomarse en consideración, que cualquier tipo de movimiento de personal dentro de la misma Institución o de una Institución a otra, tampoco producen una ruptura en la relación laboral; ello en razón de que no existe una nueva relación de servicios, al tratarse de un único patrono, como lo es el Estado.

Por su parte, se debe señalar que la reglamentación vigente de la Ley 5867, contenida en el Decreto Ejecutivo número 22614-H del 22 de octubre de 1993, denominado: "*Reglamento para el pago de compensación económica por concepto de prohibición*", no fue modificado por la entrada en vigencia de la Ley 9635.

El artículo 1 de dicho Decreto establece el ámbito de aplicación de la compensación por prohibición, al señalar que resulta aplicable para el personal de la Administración Pública, según la normativa específica que así lo dispone:

> *"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 resaltado es de quien redacta)

Asimismo, el artículo 24 de dicho cuerpo normativo señala de manera taxativa las causales por las que cesará el pago por concepto de prohibición, al indicar:

> *"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".*

Finalmente, es relevante citar que el artículo 1 del Estatuto de Servicio Civil estipula:

> *"Artículo 1.- Este Estatuto y sus Reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores,* ***con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores****".* (El resaltado es de quien redacta)

Así, como el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública, que reza:

> *"Artículo 4.- La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios".*

De conformidad con lo cual, es menester señalar, que existen además razones de oportunidad y conveniencia, así como de lógica jurídica, que determinan, que realizar una interpretación diferente, produciría afectación a la carrera administrativa de los funcionarios, quienes a todas luces, no estarían dispuestos a asumir mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, ya que de aplicarse la nueva normativa implicaría la reducción de sus porcentajes de prohibición, cuya consecuencia inmediata, sería que la experiencia y conocimiento de dichos funcionarios se desaprovecharía, pues no asumirían dichos cargos, obligándose con esto a que la Administración contrate a nuevos servidores que no tendrían el

conocimiento técnico en las materias que manejan las diferentes instituciones públicas, lo cual iría en detrimento de la eficiencia de la Administración.

A manera de ilustración de este párrafo se trae a colación lo estipulado por la Procuraduría General de la República en el Dictamen C -242-2005 del 1 de julio de 2005, en relación con la anualidad, en el tanto señala que:

> *"Es un reconocimiento otorgado por la Administración, cuya finalidad es* ***premiar la experiencia adquirida de sus funcionarios que han permanecido en forma continua prestando sus servicios a ésta****. Básicamente, este incentivo es un* ***premio por la antigüedad del funcionario que ha dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimiento adquirido en el transcurso de los años para ponerlo al servicio de un solo patrono, en este caso del Estado y sus instituciones****."* (El resaltado es de quien redacta)

De lo cual, se determina que siempre ha existido un fin único, de incentivar a los funcionarios que han dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimiento al servicio de la Administración Pública, de manera tal, que de la lectura integral de la Ley 9635, y en relación con otros incentivos y compensaciones, se desprende que su objetivo, no es la afectación de los funcionarios que forman parte de la Administración, antes de la entrada en vigencia de la Ley 9635, del 4 de diciembre de 2018.

En este apartado conviene señalar que, del análisis de las actas de discusión de la Ley 9635, se puede determinar que el espíritu del legislador, fue que la normativa que entraría en vigencia se aplicaría a futuro, sin ocasionar perjuicio alguno a los funcionarios, al aplicarse la misma de manera retroactiva.

Seguidamente se citarán algunas de las exposiciones que realizaron los señores Diputados, que conllevan a concluir lo aquí desarrollado, así como de diversas mociones planteadas por los señores Diputados Sandra Piszk Feinzilber y Ottón Solís Fallas[19], Pedro Muñoz[20], José María Villalta Flórez-Estrada[21], entre otros.

Entre dichas exposiciones se citan las siguientes frases:

> *"(…) De esa parte. Y yo creo que es importante que quede claro que detrás de todo este asunto, hay un esfuerzo por reconocer que el Estado es un patrón único, que independientemente donde se labora, es el Estado, y la plata sale del mismo presupuesto, porque*

[19] Ver folio 1319 de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[20] Ver folio 12632 de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[21] Ver folios 17880, 17882, 17886, entre otros de las Actas de discusión de la Ley 9635.

se ha interpretado a través de los años, de que la autonomía es absoluta, y la autonomía no es absoluta". [22] Diputada Piszk Feinzilber

"(…) Yo, en tema de empleo público, inclusive, presenté un proyecto de ley que busca unificar los catorce regímenes de empleo púbico en uno, para nuevos empleados públicos y siempre se lo hice ver así a Albino Vargas y a algunos dirigentes sindicales del sector público, para nuevos empleados públicos". [23] Diputado Guevara Guth

"(…) El empleado público per sé no tiene la culpa, es el sistema que ha permitido que esto crezca de esta manera. No ha habido reglas uniformes, un modelo de empleo público que nos permita controlar y tener un sistema que sea transparente.

... Aquí aclarar: no es el empleado público, son las políticas que a lo largo de todos estos años y las mimas normas que han venido permitiendo la situación que hoy tenemos".[24] Diputada Acosta Zúñiga

"(…) Como parte de nuestras bases fundacionales como partido político, creemos que el sector productivo público y privado, incluyendo a los trabajadores y sus familias, "merecen un marco institucional y regulatorio que potencie la eficiencia, incremente la productividad, la inversión, el crecimiento y el empleo, y mejore la calidad ambiental y el uso sostenido de nuestros recursos naturales. Lo anterior con el objetivo central de disminuir sostenidamente la pobreza, mejorar la equidad, la inclusión social y las oportunidades, complementado con un mejor diseño de los programas sociales. Creemos en un programa económico al servicio de las personas, para recuperar la vocación de servicio y potenciar el desarrollo humano, en particular de los más necesitados del país"". [25] Diputado Avendaño Calvo.

Del análisis realizado esta Asesoría Jurídica, arriba a las siguientes conclusiones:

6. En lo referente a la procedencia del pago compensatorio por prohibición, se debe distinguir entre dos presupuestos: el primero, la existencia de una ley que prohíba a un determinado grupo de funcionarios el ejercicio de una

[22] Ver folio 333 de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[23] Ver folio 333 de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[24] Ver folio 1123 de las Actas de discusión de la Ley 9635.
[25] Ver folio 19380 de las Actas de discusión de la Ley 9635.

profesión y el segundo, una norma, también de rango legal, que permita el pago de una compensación económica derivada de esa prohibición.

7. La Ley 9635 establece los porcentajes de pago de compensación por prohibición, pero no impone la restricción para el ejercicio liberal de su profesión a ningún funcionario.

8. Con la entrada en vigencia de la Ley 9635, se establecen nuevos porcentajes de compensación por prohibición. Se reformó el artículo 1 inciso b) de la Ley 5867, y se derogaron los incisos c) y d) de dicho numeral. No se hizo referencia a ninguna reforma o derogatoria expresa, del inciso a) de dicho artículo, por ende debe entenderse que existe una reforma tácita al artículo 1 inciso a) de la Ley 5867, cuyo porcentaje correspondería a un 30%.

9. No existe antinomia entre el contenido de los artículos 1 y 5 de la Ley 5867, por cuanto los mismos regulan supuestos fácticos diferentes con consecuencias jurídicas distintas.

10. Los porcentajes otorgados a los funcionarios sujetos al pago de compensación por prohibición, previo a la entrada en vigencia de la Ley 9635, deben mantenerse incólumes siempre y cuando, exista una continuidad en la relación de servicios, de conformidad con la Teoría del Estado como Patrono Único.

11. Igual supuesto aplica a los funcionarios que se encontraban laborando para la Administración Pública, antes del 3 de diciembre de 2018 y que devengaban el pago compensatorio por prohibición, y que producto de la carrera administrativa sean nombrados por cualquier tipo de movimiento de personal, dentro de la misma Institución o de una Institución a otra; ya que mantienen las condiciones laborales bajo las cuales, fueron contratados.

12. Del análisis legal efectuado, se concluye que a los funcionarios que ingresaron a prestar servicios a la Administración Pública, por primera vez a partir del 4 de diciembre del 2018, así como a aquellos funcionarios que formen parte de la Administración Pública, pero que por primera vez se les otorgue la compensación por prohibición, les resulta aplicable la nueva normativa.

En espera de haber atendido sus consultas, con la amplitud que el ejercicio de su cargo requiera.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Irma Velásquez Yánez
DIRECTORA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

29 de mayo de 2019
AJ-OF-239-2019

Señora
Marianella Guardiola Leiva
Jefa, Unidad de Gestión Institucional de Recursos Humanos
Dirección General de Servicio Civil

ASUNTO: Criterio jurídico prohibición

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta al oficio N° ASI-UGRH-OF-228-2019 del 27 de mayo de 2019, recibido ese mismo día, mediante el cual realiza una consulta sobre el tema de prohibición a la luz de la Ley N° 9635, denominada "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas".

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicar 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, se indica que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la Administración Activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

Como primer aspecto, debe señalarse que mediante el Título III de la Ley 9635 "*Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*", se realizó una adición a la Ley N° 2166 "*Ley de Salarios de la Administración Pública*" del 9 de octubre de 1957.

Dicha Ley, establece en su artículo 36 lo siguiente:

> *"Artículo 36- Prohibición y porcentajes de compensación. Los funcionarios públicos a los que por vía legal se les ha impuesto la restricción para el ejercicio liberal de su profesión, denominada prohibición, y que cumplan con los requisitos establecidos en el*

> *artículo 31 de la presente ley, recibirán una compensación económica calculada sobre el salario base del puesto que desempeñan, de conformidad con las siguientes reglas:*
>
> *1. Un treinta por ciento (30%) para los servidores en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*
>
> *2. **Un quince por ciento (15%)** para los profesionales en el nivel de bachiller universitario".* (El resaltado no corresponde al original)

Asimismo, mediante el artículo 58 se derogan los incisos c) y d) del artículo 1 de la Ley N° 5867, Ley de Compensación por Pago de Prohibición, estableciendo lo siguiente:

> *"Artículo 58.- Derogatorias. Se derogan las siguientes disposiciones:*
>
> *a) Los incisos c) y d) del artículo 1 de la Ley N°5867, Ley de Compensación por Pago de Prohibición, de 15 de diciembre de 1975. (…)"*

Dado ello, el texto vigente de dicho artículo, señala:

> *"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.*
>
> *(Nota de Sinalevi: De acuerdo con el artículo 36 de la Ley de Salarios de la Administración Pública No.2166 de 9 de octubre de 1957, reformada por artículo 3 (Título III) de la Ley para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas No.9635 de 3 de diciembre de 2018, el porcentaje correspondiente a prohibición para los funcionarios públicos a los que por vía legal se les ha impuesto la restricción para el ejercicio liberal de su profesión, será de un treinta por ciento (30%)*

*b) Un **quince por ciento (15%) para quienes sean bachilleres universitarios.***

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 3° del título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, que adicionó el numeral 57 aparte h) a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 del 9 de octubre de 1957)

c) (Derogado por el artículo 3° del título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, que adicionó el numeral 58 aparte a) a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 del 9 de octubre de 1957)

d) (Derogado por el artículo 3° del título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, que adicionó el numeral 58 aparte a) a la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 del 9 de octubre de 1957)

En todos los casos, dentro de la disciplina antes citada.

Tendrán derecho a los beneficios otorgados por este artículo, según los porcentajes establecidos, sujetos a las mismas obligaciones y prohibiciones de esta ley; los siguientes funcionarios:

1) Quienes desempeñen los puestos de jefatura en la organización financiera básica del Estado, según el artículo 2 de la Ley de la Administración Financiera de la República, No. 1279, de 2 de mayo de 1951 y sus reformas.

*2) Quienes ocupen puestos de "técnicos" y "técnicos profesionales" en la Oficina de Presupuesto Nacional, la Tesorería Nacional, la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda, la Dirección General de Industrias del Ministerio de Industria, Energía y Minas y la Dirección General Forestal del Ministerio de Agricultura; asimismo, **los servidores de la Dirección General de Servicio Civil que ocupen puestos de la serie técnico y profesional,** los funcionarios de la Dirección General de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, los del Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública y los*

funcionarios de la Dirección General de Tributación que gocen de este beneficio.

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

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

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

Los beneficios y las prohibiciones indicados en este artículo y sus reformas, incluyen al personal técnico de la auditoría interna del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS)". (El resaltado no corresponde al original)

Por su parte, el Decreto Ejecutivo N° 41564-MIDEPLAN-H, denominado "Reglamento del Título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, referente a Empleo Público", estableció en su artículo 10 lo siguiente:

"Artículo 10.- Servidores sujetos al régimen de prohibición previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635. Los porcentajes señalados en el artículo 36 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, así como aquellos señalados en las reformas legales a los regímenes de prohibición del artículo 57 de esa misma ley, ***no resultan aplicables a****:*

a) *Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635 se encontraban sujetos a algún régimen de prohibición y* ***mantengan la misma condición académica.***

b) *Aquellos movimientos de personal a través de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, sea en una misma institución o entre instituciones del Estado, siempre que el*

> *funcionario se hubiese encontrado sujeto a algún régimen de prohibición, previo a la publicación de la Ley N° 9635. Lo anterior, siempre que exista la continuidad laboral y no implique un cambio en razón del requisito académico".* (El resaltado no corresponde al original)

De la literalidad de la norma se colige, que en los casos en los que opera un cambio en el grado académico del servidor, no es posible mantener los porcentajes anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, a contrario sensu la única manera de mantener los porcentajes previos a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, es manteniendo la condición académica, dado que si existe un cambio en dicha condición, deben ser aplicados los porcentajes actualmente vigentes.

Pese a ello, en el caso concreto de la prohibición debe indicarse que cuando exista un cambio en la condición académica, y únicamente cuando éste produzca una disminución en el salario actual de los funcionarios, esta Asesoría Jurídica, recomienda, salvo mejor criterio técnico del Área consultante, mantener los porcentajes actuales que disfrutan los servidores, de conformidad con lo regulado en el artículo 56 y el Transitorio XXV de la Ley N° 9635, que establecen que la aplicación de la normativa no puede producir un perjuicio al funcionario, según se transcriben a continuación:

> *"Artículo 56- Aplicación de los incentivos, topes y compensaciones. Los incentivos, las compensaciones, los topes o las anualidades remunerados a la fecha de entrada en vigencia de la ley serán aplicados a futuro y* ***no podrán ser aplicados de forma retroactiva en perjuicio del funcionario o sus derechos patrimoniales****.*
>
> *TRANSITORIO XXV.* ***El salario total de los servidores que se encuentren activos en las instituciones contempladas en el artículo 26 a la entrada en vigencia de esta ley no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten.***
>
> *Las remuneraciones de los funcionarios que a la entrada en vigencia de la presente ley superen los límites a las remuneraciones establecidos en los artículos 41, 42, 43 y 44, contenidos en el nuevo capítulo V de la Ley N.° 2166, Ley de Salarios de la Administración Pública, de 9 de octubre de 1957, no podrán ajustarse por ningún concepto, incluido el costo de vida, mientras superen dicho límite".* (El resaltado no corresponde al original)

Finalmente, se debe advertir que no es posible establecer a priori y para todos los casos, una regla general para determinar el porcentaje de prohibición que debe aplicarse a cada servidor, por lo que deberá ser analizado el porcentaje a otorgar en cada caso concreto, considerando la normativa legal y reglamentaria vigente.

En espera de haber atendido sus consultas, con la amplitud que el ejercicio de su cargo requiera.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

7 de enero del 2019
AJ-OF-001-2019

Señora
Ivannia Espinoza
iespinoza2005@hotmail.com

Asunto: Consulta sobre aplicación de Ley 9635

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. Me refiero a su consulta remitida a este Centro de Trabajo mediante correo electrónico el 5 de diciembre de 2018, mediante el cual solicita información respecto a la aplicación de la ley número 9635 Fortalecimiento de las Finanzas Públicas y en específico cita:

> *"…De manera atenta le agradezco me pueda indicar como se da la aplicación de la ley 9635 en tema de re asignación.*
>
> *Soy funcionaria con grupo profesional 1B en derecho y hace unos meses solicité la reasignación, la cual me establecieron 6 meses para el periodo de consolidación de funciones y se cumplen en 2 meses. ¿Cómo se aplicaría en caso de darme favorable la reasignación el porcentaje de prohibición?..."*

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."*

Por lo anterior, 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. Bajo ese marco regulatorio, se tiene que las consultas de naturaleza jurídica que se sometan a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Respecto a su consulta me permito informarle que esta Dirección General de Servicio Civil se encuentra avocada al proceso de análisis de la citada Ley; sin embargo se reitera que deberá ser la Administración Activa quien aplique lo correspondiente a sus servidores de acuerdo a la normativa vigente.

Pese a lo anterior, nos permitimos indicar que la Ley de marras no hace referencia al tema que en concreto consulta sobre reasignaciones, siendo que si aborda otros temas tales como prohibiciones, dedicación exclusiva, evaluación del desempeño, entre otros.

Siendo así el monto de prohibición que le podría corresponder de acuerdo al puesto y clase profesional que ocupe, debe ajustarse a la normativa vigente, siempre y cuando se reúnan los requisitos respectivos, de lo cual la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos del Ministerio para la cual labora, es la que debe velar por el acatamiento de la normativa aplicable.

Con las anteriores consideraciones se tiene por atendida su consulta

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Andrea Brenes Rojas
ABOGADA

9 de enero del 2019
AJ-OF-047-2019

Señora
Sidaney Madrigal Jiménez
Jefe a.i. Departamento de Gestión de Potencial Humano
Ministerio de Hacienda

Asunto: solicitud de aclaración del oficio N° AJ-529-2018 del 30 de noviembre del 2018

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se brinda respuesta a su consulta remitida a este Despacho mediante oficio número DGPH-UGOT-37-2019 del 11 de enero del 2019.

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."*

Por lo anterior, 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. Bajo ese marco regulatorio, se tiene que las consultas de naturaleza jurídica que se sometan a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Ahora bien, en cuanto al oficio número AJ-529-2018 en mención, se debe precisar en primer lugar, que lo concluido por esta Asesoría Jurídica, sobre el tema puesto a estudio es lo siguiente:

> *"…Merece destacar que actualmente, el pago de las diferencias salariales producto de actos de reasignación de puestos, se tramitan conforme las normas del Oficio Circular DG-CIR-008-2018, de fecha 03 de julio del 2018…"*

Ante lo expuesto, se debe reiterar lo señalado en el oficio circular número CIR-008-2018, de fecha 03 de julio de 2018, el cual cita:

> *"1. Únicamente a los puestos que se encuentren pendientes de reasignar y cuenten con la **nota de autorización emitida por el jerarca institucional o jefe autorizado,** antes de la entrada en vigencia del Decreto Ejecutivo Nº 41071-MP, es decir, antes del 26 de abril del 2018; se les aplicará las normas y lineamientos que estuvieron vigentes antes del citado Decreto…" destacado es nuestro*

En virtud de lo dicho, sería errónea la apreciación vertida en el oficio de consulta, en cuanto a que no puedan pagarse diferencias salariales a los funcionarios que presentaron reclamo administrativo con anterioridad al 26 de abril del 2018.

En este apartado es importante traer a colación que mientras una norma jurídica forme parte del ordenamiento jurídico su aplicación es obligatoria y se mantiene incólume. Tesis que se fundamenta en los criterios vertidos por la Procuraduría General de la República en los dictámenes C-0259-99 del 29 de enero de 1999 y C-126-2011, del 10 de junio del 2011, entre otros y que sostienen que aún en los casos en los que una norma o un numeral de ésta, sea idéntica a otra anulada por la Sala Constitucional, la Administración debe seguir aplicando la primera mientras no exista un pronunciamiento expreso; en sentido contrario, de la propia Sala Constitucional, o bien que la norma en cuestión sea derogada por otra posterior de igual rango.

*"…aún cuando la Sala Constitucional anuló ya una disposición similar a la que actualmente se encuentra en la ley nº 7623 …**por ser ésta última una ley vigente, que no ha sido anulada ni derogada, al operador jurídico (en atención al principio de legalidad antes descrito) no le queda otra opción que aplicarla**. **Cabe mencionar, que si bien la propia Sala Constitucional ha reconocido la posibilidad de desaplicar normas (incluso de rango legal) cuando sean contrarias a la Constitución, ese reconocimiento ha sido a favor únicamente de los funcionarios que administran justicia**. **La razón de ello radica en que es el propio ordenamiento jurídico (nos referimos al artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nº 8 de 29 de noviembre de 1937) el que autoriza la desaplicación de normas infraconstitucionales en esas circunstancias, autorización que no existe tratándose del resto de servidores públicos**…"* (lo resaltado no pertenece al texto original).

De manera que no es procedente desaplicar en vía administrativa, normas que gozaban de presunción de legitimidad en el momento histórico que se presentaron las reasignaciones, es decir todas las realizadas antes del 26 de abril de 2018, deben regirse por la normativa que se encontraba vigente en ese entonces y las realizadas con posteridad a esta data, se regirán con la reforma legal realizada al numeral 117 de cita y en este tanto las autoridades administrativas deben aplicarlas de conformidad ya que la desaplicación de las normas es un reconocimiento que ha sido únicamente otorgado a favor de los funcionarios que administran justicia, tal como lo señala el Órgano Asesor Estatal.

Lo anterior, ya que, tanto el oficio circular como el oficio emitido por esta Asesoría son contestes en manifestar que:

> *"… aquellos procesos de reasignación autorizados y/o aprobados por autoridad competente, antes de las modificaciones realizadas al Reglamento del Estatuto de Servicio Civil (Decreto Ejecutivo Nº 41071-MP), se les deberá aplicar lo señalado en el artículo 117 vigente antes del 26 de abril del 2018, es decir, el pago de la diferencia salarial que resulte de la reasignación ascendente, regirá a partir del primer día del siguiente mes calendario de conformidad con la fecha indicada en la resolución que dicte la Dirección General…"*

Visto esto, válidamente se concluye que los lineamientos emitidos por el Área de Gestión de Recursos Humanos de esta Dirección General de Servicio Civil, son suficientemente claros para que sirvan de insumo a las Oficinas de Gestión de Recursos Humanos para la atención de las situaciones particulares y concretas que se les presenten y deban resolver.

Por lo tanto, será la Administración Activa, la que determine la forma en que corresponde realizar el pago, si este es procedente, y determine si existe partida presupuestaria para sufragar dicha erogación.

Con lo expuesto se da por atendida su consulta,

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Andrea Brenes Rojas
ABOGADA

4 de febrero del 2019
AJ-OF-056-2019

Señor
Carlos Manuel Rodriguez Echandi
Ministro
Ministerio de Ambiente y Energía

Asunto: solicitud de criterio sobre estudios de factibilidad en reasignaciones

Estimado señor

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se brinda respuesta a la consulta remitida a este Despacho mediante oficio número DM-0032-2019 del 21 de enero del presente año, mediante el cual plantea las siguientes interrogantes:

> *"a) Cuál es el procedimiento que debe aplicarse, para la tramitación de las solicitudes de realización de estudios de factibilidad, presentadas ante las Direcciones de Recursos Humanos por los Jerarcas respectivos, entre el período del 26 de abril al 5 de junio del 2018?*
>
> *b) Qué sucede con los estudios de factibilidad emitidos por las Direcciones de Recursos Humanos con posterioridad al 5 de junio del 2018, si su solicitud se realizó entre el período del 26 de abril al 5 de junio del 2018?*
>
> *c) De conformidad con el Manual de Procedimientos: Reasignaciones de puestos DGSC-GRH-GOT-AO-000011-2009(puntos 5.2.19 al 5.2.25) Y oficio circular DG-008-2016), ¿cuál es el procedimiento seguir al finalizar el estudio de factibilidad?, ¿a quién se le debe notificar este estudio?, ¿Que recursos administrativos caben contra este estudio de reasignación? "*

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."*

Por lo anterior, 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. Bajo ese marco regulatorio, se tiene que las consultas de naturaleza jurídica que se sometan a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Al respecto debe indicarse que el Área de Gestión de Recursos Humanos de esta Dirección General es la encargada de dirigir la aplicación de diversos procesos modernos de la gestión de los recursos humanos; transfiriendo modelos y lineamientos, brindando asesorías, proveyendo ayuda técnica y evaluando la funcionalidad de los procesos vinculados, en esa materia; con el propósito de fortalecer la efectividad del funcionamiento de las Oficinas de Gestión de los Recursos Humanos (OGEREH), a fin de contribuir con la efectiva prestación de los servicios a cargo de las instituciones públicas del Poder Ejecutivo, cuyo personal se encuentra bajo la cobertura del Régimen de Méritos del Servicio Civil.

En razón de ello, si la OGEREH del Ministerio de Ambiente y Energía tuviera alguna situación particular que amerite aclaración para gestionar correctamente los procesos de reasignación, puede solicitar asesoría técnica el Área de Gestión de Recursos Humanos de esta Dirección.

Una vez visto esto, debe indicarse que antes de realizar un análisis normativo para brindar respuestas a las consultas planteadas, se deberá comprender que dentro de los procesos de reasignación se dan una serie de estudios que podemos llamar "*previos o preparatorios"*. Ahora bien, es importante indicar que los dictámenes e

informes que se emiten en estos estudios previos, tienen como finalidad facilitar ciertos elementos de opinión o juicio, que son emitidos por los órganos especialmente cualificados en materias determinadas, en este caso los analistas de las OGEREH, que brindan insumos técnicos para la formación de la voluntad administrativa. Indudablemente la realización de los estudios de factibilidad forma parte de los actos previos o preparatorios a la emisión de aquella voluntad, y por ende, se integra como una etapa de carácter consultivo-deliberativo en el procedimiento administrativo de la conformación de un estudio de reasignación.

Ante lo descrito se puede afirmar que los estudios de factibilidad no deben ser comunicados al interesado, al tratarse tal como se expuso de una fase preparatoria, en razón de ello, resulta improcedente la habilitación de una fase recursiva, por no constituir estos estudios actos finales, pues son únicamente recomendaciones técnicas para la Administración Activa.

Ahora bien, esto es importante traerlo a colación, ya que, debe señalarse que para que un reclamo administrativo resulte admisible, el artículo 163 de la Ley General de la Administración Pública dispone que debe tratarse de actos finales, por ende los vicios de los actos preparatorios se impugnaran conjuntamente con el acto final; salvo que ese acto preparatorio tenga efecto propio[1].

Aplicando el anterior artículo, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo en la sentencia N° 00012 de las 10:18 horas del 14 de febrero del 2013 indicó lo siguiente:

> *"(…) Cabe recordar que como regla general, es revisable el acto final, es decir, aquel que resuelve el objeto del procedimiento administrativo, con plenos efectos en la esfera jurídica del administrado, sea imponiendo obligaciones o confiriendo derechos. De tal suerte que, constituye la manifestación final de la voluntad de la Administración. Distinto es el caso del acto de trámite en sentido estricto, que se distingue por ser un acto preparatorio que integra el procedimiento antes de la emisión de la decisión final. Por sí mismo no es capaz de generar efectos jurídicos directos, inmediatos o propios puesto que no tiene la virtud de decidir el fondo del asunto; ergo, su impugnación debe realizarse de forma conjunta a la del acto final según lo dispone el canon 163 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública. La excepción a esa regla la componen los actos de trámite con efecto propio, que si bien mantienen su naturaleza preparatoria, se caracterizan por incidir de forma autónoma en los derechos subjetivos e intereses legítimos del justiciable (…)".*

[1] Ley N° 6227. "Ley General de la Administración Pública", Artículo 163.-"(…) 2. Los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio (…)".

En este apartado, una vez visto lo antes expuesto y habiendo analizando las consultas planteadas, es preciso traer a colación el decreto ejecutivo N° 41071-MP, que reformó los artículos 109, 111 incisos a) y b), 117 y 118 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Procediendo seguidamente a examinar las interrogantes enumeradas en su misiva, las cuales procedemos a desglosar en el mismo orden que se realizaron:

1. *Cuál es el procedimiento que debe aplicarse, para la tramitación de las solicitudes de realización de estudios de factibilidad, presentadas ante las Direcciones de Recursos Humanos por los Jerarcas respectivos, entre el período del 26 de abril al 5 de junio del 2018?*

En lo referente a la primera consulta planteada, debe indicarse que el Decreto Ejecutivo Nº 41071-MP, del 2 de abril del 2018, publicado en el Diario La Gaceta Nº 73 del 26 de abril del 2018, rige a partir de su publicación, ante esto, tenemos que los efectos aplican a partir del 26 de abril del 2018, es decir el mismo rige a partir de su publicación.

En este tanto se cita el numeral 111 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que señala:

> *"**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 que hacen las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos, un período no menor de doce meses. La jefatura del puesto afectado elaborará en coordinación con la OGEREH un expediente que contenga las pruebas que demuestren la plena manifestación de los cambios, y sirva para la determinación de la fecha de rige según lo indicado en el artículo 117.*
>
> *b) Las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos, con base en el resultado del estudio, emitirán la resolución que corresponda y notificarán a la persona ocupante del puesto. Contra las resoluciones que emitan las OGEREH, cabrán los recursos ordinarios de revocatoria y apelación. Estos recursos podrán interponerse por el recurrente ante la OGEREH respectiva, dentro de los tres días hábiles*

siguientes, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de la resolución. Corresponde a la OGEREH 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. Si el recurso de revocatoria fuere declarado sin lugar y también se hubiere interpuesto el recurso de apelación, la OGEREH 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 Sistema de Gestión de Recursos Humanos (SIGEREH). (Destacado no corresponde al original)

En concordancia con el artículo anterior, se debe citar el numeral 118 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que expresa:

*"**Artículo 118**.- Los jefes de las unidades o dependencias en donde puedan ocurrir cambios en las tareas y responsabilidades de los puestos, previamente deben obtener la autorización del jerarca o jefe autorizado de la institución para iniciar la consolidación de dichas tareas y responsabilidades.*

***Para ello, el jerarca debe requerir a las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos que analice la factibilidad de tramitar la reasignación del puesto**, conforme lo dispone el inciso b) del artículo 111 de este Reglamento.*

Con el análisis de factibilidad, el jerarca o jefe autorizado de la institución decidirá si autoriza o no el inicio de la consolidación de las tareas y responsabilidades del puesto y fijará la fecha de inicio." (Destacado no corresponde al original)

Entonces con fundamento en lo anterior, queda claro que le corresponde al Jerarca institucional, en este caso al señor Ministro del Ministerio de Ambiente y Energía requerir a la oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos de dicha dependencia (La OGEREH), que analice la factibilidad (realizar un estudio de factibilidad) para tramitar la reasignación de un determinado puesto, esto de conformidad con lo regulado y transcrito en el artículo 111 inciso b) del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil. Lo cual se deberá realizarse a la luz de la Directriz Presidencial N°003-H, dictada por la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda que se cita seguidamente de manera puntual, en el tanto establece que:

> *"(…)*
> *Artículo 20— **Los ministerios, órganos desconcentrados y entidades cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria en lo que resta del 2018 no podrán iniciar nuevos procesos de reasignación de puestos**. Conforme a lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, los procesos ya iniciados, en los que los cambios de funciones ya se han autorizado y consecuentemente las nuevas funciones ya se ejecutan y/o aquellos en los que los estudios de reasignación ya se están elaborando podrán continuarse…"* (Lo resaltado no pertenece al texto original)

Lo cual fue reiterado con la Directriz Presidencial Nº 98-H, vigente a partir del 26 de enero de 2018 hasta el 31de diciembre de 2019, con lo cual se determina que, previo a dar inicio a **nuevos procesos de reasignación de puestos** en las instituciones, debe valorarse la procedencia o no de estos.

> 2. *Qué sucede con los estudios de factibilidad emitidos por las Direcciones de Recursos Humanos con posterioridad al 5 de junio del 2018, si su solicitud se realizó entre el período del 26 de abril al 5 de junio del 2018?*

La respuesta a esta segunda interrogante queda satisfecha con la aclaración realizada a la primera interrogante planteada, siendo que el procedimiento es el señalado en el artículo 111 supracitado, cuya aplicación rige a partir del 26 de abril del 2018.

> 3. *De conformidad con el Manual de Procedimientos: Reasignaciones de puestos DGSC-GRH-GOT-AO-000011-2009(puntos 5.2.19 al 5.2.25) Y oficio circular DG-008-2016), ¿cuál es el procedimiento seguir al finalizar el estudio de factibilidad?, ¿a quién se le debe notificar este estudio?, ¿Que recursos administrativos caben contra este estudio de reasignación? "*

En cuanto a la última interrogante planteada, conviene aclarar que previo a las indicaciones que se harán en este apartado, el Procedimiento para reasignaciones aludido (Contenido en el Manual de Procedimientos N° DGSC-GRH-GOT-AO-000011-2009(puntos 5.2.19 al 5.2.25, emitido por el Área de Gestión de Recursos Humanos, de esta Dirección) y que cita en su misiva no se encuentra vigente.

Actualmente el Área de Gestión de Recursos Humanos de esta Dirección General está avocada en la elaboración de un nuevo manual de procedimiento, para aclarar las interrogantes técnicas que surgen en este tipo de procedimientos, el mismo será oportunamente puesto en conocimiento de las OGEREH´S para la debida aplicación.

Como se dijo líneas previas, debe reiterarse que el estudio de factibilidad no habilita la fase recursiva, pues no es un acto final, sino una mera fase preparatoria. En razón de ello, únicamente la resolución que emita la OGEREH como resultado del estudio de reasignación tendrá habilitada la fase recursiva, tal como lo establece el inciso b del artículo 111del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, transcrito supra, mismo que cita seguidamente en lo conducente:

> *"(…)*
> *b) Las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos, con base en el resultado del estudio, emitirán la resolución que corresponda y* ***notificarán a la persona ocupante del puesto****. Contra las resoluciones que emitan las OGEREH,* ***cabrán los recursos ordinarios de revocatoria y apelación****. Estos recursos podrán interponerse por el recurrente ante la OGEREH respectiva, dentro de los tres días hábiles siguientes, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de la resolución. Corresponde a la OGEREH 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. Si el recurso de revocatoria fuere declarado sin lugar y también se hubiere interpuesto el recurso de apelación, la OGEREH 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 Sistema de Gestión de Recursos Humanos (SIGEREH*). (Destacado no corresponde al original)

Finalmente se debe precisar que la resolución final que contiene el estudio de reasignación de un puesto, se le debe notificar únicamente al ocupante del puesto sometido a estudio, con la finalidad de que éste en caso de inconformidad inicie la fase recursiva, al ser quien ostenta legitimidad para ello.

En el supuesto que el puesto se encuentre vacante, podrá comunicarse dicha resolución final a la jefatura del Área, o Departamento donde se encontraré el puesto que fue sujeto a estudio de reasignación, sin embargo deberá entenderse que ésta jefatura no está legitimada para presentar los recursos mencionados.

Lo anterior, en razón de que por legitimación debe entenderse la capacidad procesal derivada de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de un sujeto con la conducta realizada por otro sujeto, que ilegítimamente invadió su esfera de intereses y derechos. En ese entendido, será sujeto legitimado, todo aquél que se encuentra en esta hipótesis de situación relacional. En síntesis, es la aptitud especial o una capacidad cualificada para ser parte en algún procedimiento administrativo o proceso determinado.

Sobre esa misma base, Guasp (Jiménez, Jinesta, Milano y González 2006, p.79), menciona que: *"la legitimación es la consideración especial que la ley reconoce dentro de cada proceso a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y, en virtud de la cual se exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes del proceso".*

En cuanto a la figura de la legitimación y su regulación dentro del ordenamiento jurídico, llama la atención que en materia civil, a nuestro entender uno de los procesos más formalistas que existen en el sistema jurídico costarricense, se tiene una regulación muy abierta de la legitimación.

El artículo 21 del Código Procesal Civil, denominado precisamente Legitimación procesal, hace referencia al tema de una forma muy concisa pero suficiente. En lo que interesa indica el mencionado numeral:

> *"**ARTÍCULO 21.- Legitimación procesal***

21.1 Parte legítima. *Será parte legítima aquella que alegue tener o a quien se le atribuya una determinada relación jurídica con la pretensión.*

Con lo expuesto se da por atendidas las consultas planteadas,

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Andrea Brenes Rojas
ABOGADA

18 de enero del 2019
AJ-OF-028-2019

Señor
Omar Jiménez Camareno
Actuario Tribunal de Servicio Civil

Asunto: Ref. Oficio N° TSC-A-001-2019 del 7 de enero del 2019

Estimado señor

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se brinda respuesta a su consulta remitida a este Despacho mediante oficio número TSC-A-001-2019 del 7 de enero del presente año, mediante el cual cita lo siguiente:

> *"…le solicito indicarme si existe en efecto fundamento jurídico para considerar que es prohibido que dos hermanos laboren dentro de una misma institución, en este caso desempeñando ambos el mismo puesto y dentro del mismo edificio, por violentar ello las normas de control interno…"*

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."

Por lo anterior, 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. Bajo ese marco regulatorio, se tiene que las consultas de naturaleza jurídica que se sometan a estudio, versan sobre el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Conviene en cuanto al tema en concreto sometido a estudio, traer a colación el artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que en lo que interesa señala:

"El artículo 9.

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

(…)

b) No estar ligado por parentesco de consanguinidad o de afinidad en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive, con el jefe inmediato ni con los superiores inmediatos de éste en el respectivo Departamento, Oficina o Ministerio.

No Obstante, cuando se compruebe mayor idoneidad para un puesto determinado y así lo amerite la necesidad del servicio público, a juicio del Ministro o jerarca nominador, el Tribunal podrá excepcionalmente dispensar al interesado de este requisito…" (destacado es nuestro)

De lo señalado en su misiva se desprende que ambos servidores ocupan el mismo puesto y cargo, por lo tanto no aplicaría la restricción citada en el artículo en mención. Pese a lo anterior no se detallan las circunstancias propias en que acontecieron los nombramientos de dichos servidores en su oportunidad.

Como es sabido, las restricciones que el ordenamiento jurídico impone para el nombramiento de ciertas personas en razón de sus vínculos de parentesco con funcionarios públicos, buscan evitar que en razón de ese ligamen familiar, así como del poder de decisión que puedan ostentar tales funcionarios, éstos busquen colocar en la misma institución en que trabajan, a sus familiares, es decir se refiere básicamente a una prevención para evitar el Nepotismo en nombramientos.

Esta Asesoría Jurídica se refirió al tema en cuestión, en oficio número AJ-198-2010 de fecha 16 de marzo de 2010, haciendo referencia a los requisitos citados en el artículo 9 de cita, y dijo:

> *"…Con base a esa idoneidad que debe ser imperiosa dentro del Régimen de Méritos, se tiene que dentro de los sistemas selectivos, el concurso por oposición sigue siendo el común y frecuente, lo que hace que sus principios y lineamiento deben ser respetados ya que mediante los mismos se garantiza una imparcialidad y objetividad de la selección de quienes quieran integrar este Régimen…"*

Dentro del mismo tema, el oficio número AJ-547-2012 del 10 de agosto del 2012, de esta Asesoría se manifestó:

> *"…Así las cosas, resulta necesario retomar lo expuesto mediante el oficio de esta Asesoría Jurídica número AJ-571-98 del 29 de setiembre de 1998, en el que se indicó lo siguiente:*
>
> *" ...la limitación impuesta no sólo abarca el ingreso sino también la carrera administrativa, con el propósito de garantizar la imparcialidad de la escogencia y su absoluto apego a los criterios de mérito y capacidad inherentes al Régimen de Servicio Civil, lo cual se garantiza aún en el caso de que existiendo esa relación de parentesco, la mayor idoneidad comprobada del candidato perfectamente pueda ser así reconocida por el Tribunal de Servicio Civil que por su misma naturaleza dirime imparcialmente los conflictos que se le presentan a su conocimiento y resolución-, permitiéndose la escogencia, pero con toda la transparencia del caso, para que no quede duda de los verdaderos motivos atribuibles entera y únicamente al merito que determinaron la designación..."*

Ante lo analizado finalmente se manifiesta que se cuenta con el Manual de Ética de la Función Pública elaborado por la Dirección General de Servicio Civil, el cual fue creado con el fin de abordar, apropiadamente, todos los tópicos posibles concernientes a los valores éticos, sobre los que se puede afirmar, propios de toda estructura organizacional de cualquier institución del Estado, advirtiendo el accionar y la conducta que los funcionarios públicos deben observar, en el cumplimiento de la normativa estatutaria y los más altos principios asociados al servicio que prestan a la comunidad nacional.

Por lo anterior, y en razón de lo que su nota detalla, no se encuentran razones jurídicas que evidencien que esté prohibido que dos hermanos laboren dentro de una misma institución, desempeñando ambos el mismo puesto y dentro del mismo edificio puesto que entre ambos funcionarios no existe ninguna relación de subordinación

En cuanto a vulneración de las Normas de control interno que manifiesta la Licenciada Ugalde Huezo, deberá la administración activa valorar si efectivamente existe una imparcialidad en el control cruzado de las labores que cada uno de los servidores realizan. Se han visto innumerables casos de servidores que han perdido su trabajo a consecuencia de la inadecuada aplicación de la ley de incompatibilidad por razón de parentesco, solo por el hecho de ser hermanos, primos o cuñados de otro servidor de la institución, que nada tiene que ver con nombramientos o contrataciones del personal de esa institución, lo cual en definitiva atenta contra el derecho constitucional al trabajo, y a la igualdad de oportunidades laborales que consagra nuestra Constitución en el numeral 1 del artículo 26º, situación, que afecta no sólo al trabajador, sino a la familia que de ellos dependen.

En espera de haber atendido su consulta satisfactoriamente,

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Andrea Brenes Rojas
ABOGADA

8 de enero de 2019
AJ-OF-005-2019

Señora
Marisol Bolaños Gudiño
Directora Jurídica
Ministerio de la Presidencia

ASUNTO: Criterio jurídico vacaciones

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta al oficio N° DJ-677-2018 del 12 de noviembre de 2018, recibido el 15 de noviembre del año en curso, mediante el cual se realizan diversas consultas sobre el tema de vacaciones.

Previo a evacuar la consulta, resulta conveniente indicar 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, se indica que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la Administración Activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

Para un análisis más claro del tópico, se responderán las interrogantes esbozadas, de manera individual.

1) La primera consulta planteada es la siguiente: ¿En caso de reingreso a la administración pública después de un periodo cesante. Cuál es el mayor plazo cesante que puede haber entre el fin y el reinicio a la relación de empleo público, para que se deba aplicar la ruptura o la continuidad laboral?

Como primer aspecto, debe aclararse que dentro del Régimen Estatutario hay situaciones que producen la ruptura de la relación de empleo público y otras, que erróneamente se ha considerado que producen esta ruptura.

Para ello, es menester indicar que a falta de regulación expresa en el Estatuto de Servicio Civil, se debe remitir al Código de Trabajo, el cual en su artículo 153, en el último párrafo indica:

> *"No interrumpirán la continuidad del trabajo, las licencias sin goce de salario, los descansos otorgados por el presente Código, sus reglamentos y sus leyes conexas, las enfermedades justificadas, la prórroga o renovación inmediata del contrato de trabajo,* ***ni ninguna otra causa análoga que no termine con éste****"* (el resaltado es de quien redacta)

Se puede extraer del artículo indicado, que las causas que no dan por finalizada la relación laboral, no interrumpirán la continuidad del trabajo, por ende, al existir la continuidad laboral, el derecho a vacaciones persiste.

Es decir, para efectos del Régimen Estatutario, las licencias sin goce o con goce salarial, suspensiones sin goce o con goce salarial, las incapacidades y cualquier otra causa análoga que dé por concluida la relación de servicios, tampoco la interrumpe; con lo cual puede aseverarse que, únicamente el despido, la renuncia, la jubilación y la muerte del servidor, son las causales que producen dicha ruptura.

Con lo cual se tiene que, independientemente del plazo que exista entre el fin y reinicio de la relación de empleo público, lo que efectivamente produce esta ruptura, es la causal que la originó.

Ahora bien, realizada esta aclaración, es menester indicar, que en casos que no se produzca la ruptura de la relación de servicios, como es el caso de caso de licencias e incapacidades, aplican ciertas reglas, para el disfrute de las vacaciones.

Incapacidades:

En tesis de principio, es menester indicar que el derecho al disfrute de vacaciones no se verá interrumpido cuando se otorgue una incapacidad. Sobre este punto, esta Asesoría Jurídica ya se ha pronunciado con anterioridad, mediante Oficio N° AJ-0056-2014, emitido el 30 de enero de 2014, y en el cual, en lo que interesa, expresó lo siguiente:

> *"Tratándose del disfrute de vacaciones, como bien se señala en la consulta, la existencia de una incapacidad, se presume que por razones de enfermedad, al no estar el servidor en condiciones de disfrutar del descanso vacacional, el mismo se interrumpe para que, una vez superada la dolencia, pueda continuar con la recuperación física y emocional propia de las vacaciones."*

Pese a lo indicado, sobre el particular, la Procuraduría General de la República, en el Dictamen N° C-229- 2002, del 5 de setiembre de 2002, externó que si la interrupción no supera el periodo de un año, debe considerarse que no hay suspensión de la continuidad de la prestación del servicio, ello para efectos del cómputo de vacaciones; sin embargo cuando la incapacidad o la licencia superan un año, no nacerá el derecho al disfrute de vacaciones para ese periodo. Seguidamente se cita el dictamen de cita, en lo conducente:

> *"Este es el criterio que se debe seguir para determinar si existe o no derecho a vacaciones en los casos de incapacidades por enfermedad, licencias para laborar en organismos internacionales y otras licencias en general. Si la interrupción no supera el período de un año, debe considerarse que no suspende la continuidad de la prestación del servicio para efectos del cómputo de vacaciones; por el contrario, si la incapacidad o la licencia superan el período de un año, no nacerá el derecho al disfrute de vacaciones para ese período, pues no se habrá completado el período de cincuenta semanas continuas de servicio requerido para que surja tal derecho".* (El subrayado no corresponde al original)

Licencias

De conformidad con el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, las licencias constituyen una concesión unilateral de la Administración, en los casos expresamente ahí indicados, para los servidores cubiertos por el Régimen Estatutario. De manera tal, que la Administración, ante la solicitud de licencia por parte de un servidor, discrecionalmente autorizará su disfrute, previa verificación de la causal que habilitaría esa concesión unilateral.

Ahora bien, de igual manera que el caso de las incapacidades, en tesis de principio las licencias no producen ninguna afectación en el disfrute de vacaciones, sin embargo, para que se habilite dicho disfrute, debe cumplirse con la prestación del servicio superior a cincuenta semanas. Así lo ha indicado la Procuraduría General de la República, en su Dictamen C-282-2002 del 21 de octubre de 2002, que menciona lo siguiente:

> *"Concretamente, en punto a la interrogante objeto de este estudio, un servidor que disfrute de una licencia sin goce de salario por un año - por encima de cincuenta semanas- ningún salario podría recibir al no existir prestación de servicios durante dicho lapso, es decir, "que resultaría del todo absurdo pretender el disfrute de vacaciones anuales pagadas, en casos donde no ha existido del todo "un supuesto de trabajo realizado que amerite el descanso" durante las cincuenta semanas que generan ese derecho.*

(…)

De ahí que no procede el disfrute de vacaciones anuales remuneradas, cuando la licencia sobrepase las cincuenta semanas, por cuanto faltaría el supuesto de hecho establecido en la disposición legal, sea, el indicado plazo en semanas generador del derecho". (El subrayado no corresponde al original)

Sobre el particular, debe indicarse que éste es el criterio jurídico que sobre esta materia ha venido prevaleciendo, tal como se indicó en el Oficio N° AJ-829-2005 del 7 de octubre de 2005, emitido por esta Asesoría Jurídica, el cual tiene como fundamento el criterio vertido por la Procuraduría General de la República, en sus dictámenes N° C-129-2002 del 05 de septiembre de 2002 y N° C-163-2005 del 4 de mayo del 2005, que arribaron a la siguiente conclusión:

"De modo que, si una persona disfruta de un permiso sin goce salarial para trabajar particularmente o bien para laborar en la empresa privada, es claro que ese tiempo no puede ser útil a los efectos del cómputo de las vacaciones, sino se ha cumplido con el mínimun de cincuenta semanas que exige el tantas veces citado artículo 153 del Código de Trabajo. Es decir, de acuerdo con el dictamen de recién cita, las licencias sin goce de salario otorgadas en el sector público menores de cincuenta semanas, son las que tienen la virtud de no interrumpir la continuidad del trabajo, y por ende, es factible que se genere derecho al disfrute vacacional, computando lo que realmente trabajó.

III.- CONCLUSIÓN:

De conformidad con el artículo 153 del Código de Trabajo, Voto Constitucional Número 4571 de 12:55 horas del 1 de agosto de 1997 y Dictamen C- 229-2002 de 05 de septiembre del 2002, este Despacho arriba a la conclusión de que para el otorgamiento de las vacaciones de algún funcionario que haya disfrutado de una licencia sin goce de salario para actividades personales, o fuera del gobierno, debe haber cumplido, exigidamente, durante el periodo correspondiente, el mínimo de dos semanas de labores efectivamente laboradas. A contrario sensu, no es posible computar a los efectos del disfrute de las vacaciones aquellas licencias sin goce de salario que traspase el término de las aludidas cincuenta semanas, a que refiere la citada disposición legal." (El subrayado no pertenece al original).

En este apartado, resulta importante aclarar que este supuesto, es diferente a la situación de los servidores a los que se les concede licencias para estudio, de conformidad con lo regulado en el artículo 37 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, pues éstas se otorgan con goce de salario. Con lo cual, válidamente puede afirmarse que en estos casos la relación de servicio no se suspende, sino que se considera vigente para todos los efectos, de manera que el servidor mantiene el derecho a disfrutar de la totalidad de sus vacaciones.

Suspensiones

En lo referente a este tema, tenemos que los numerales 41 y 42 del Estatuto de Servicio Civil, establecen lo siguiente:

> *"Artículo 41.*
>
> *Para garantizar mejor el buen servicio público se establecen cuatro clases de sanciones disciplinarias:*
>
> *d) La suspensión del trabajo sin goce de sueldo procederá también en los casos de arresto y prisión preventiva, durante todo el tiempo que una y otro se mantengan, pero dará lugar al despido en cuanto excedan de tres meses. Si el arresto o la prisión preventiva es seguida de sentencia absolutoria después de transcurrido el referido término, el servidor tendrá derecho a ser tomado en cuenta para ocupar el primer puesto que quede vacante de clase igual a la que ocupaba. Conforme a la gravedad del cargo y mérito de los autos, el Jefe Superior decidirá si la excarcelación bajo fianza interrumpe o no los efectos de dicha corrección disciplinaria. Es entendido que la suspensión del trabajo sin goce de salario podrá aplicarse por más de quince días en los casos de excepción que expresamente determinen los reglamentos de trabajo.*
>
> *Artículo 42.*
> *La imposición de las correcciones disciplinarias a que se refiere el artículo anterior no tendrá más consecuencia que las que se derivan de su aplicación y, por tanto, no implica pérdida de los derechos otorgados por la presente ley.*
>
> *Las correcciones se anotarán en el prontuario y se archivarán los papeles respectivos en el expediente personal del servidor".* (El subrayado no pertenece al original).

De lo cual se deriva, que la situación de fondo en el caso de las incapacidades, licencias, suspensiones y causas análogas, aplica la misma regla, la cual consiste en que, para que se genere el derecho al disfrute de vacaciones, debe existir una prestación de servicios de cincuenta semanas, o dicho de otro modo, cuando un servidor no haya prestado servicios durante las cincuenta semanas de labores continuas al servicio de un mismo patrono, independientemente de que esa interrupción esté prevista expresamente o no, en el párrafo último del artículo 153 del Código de Trabajo, no se generaría dicho derecho.

Bajo esta misma inteligencia, resulta importante traer a colación el Oficio N° AJ-1638-2004, emitido por esta Asesoría Jurídica, en el tanto determinó que:

> *"El criterio que se debe seguir para determinar si existe o no derecho a vacaciones en los casos de incapacidades por enfermedad, licencias para laborar en organismos internacionales y otras licencias en general. Si la interrupción no supera el período de un año, debe considerarse que no suspende la continuidad de la prestación del servicio para efectos del cómputo de vacaciones; por el contrario, si la incapacidad o la licencia superan el período de un año, no nacerá el derecho al disfrute de vacaciones para ese período, pues no se habrá completado el período de cincuenta semanas continuas de servicio requerido para que surja tal derecho".*

En esta misma tesitura, tenemos que el criterio jurídico vertido en el Dictamen N° C-468-2006 del 22 de noviembre de 2006, por la Procuraduría General, indica al efecto:

> ***"...***
>
> *Con fundamento en lo expuesto, es criterio de esta Procuraduría que no son útiles para el cómputo de vacaciones, aquellas interrupciones en la continuidad del servicio* ***que se prolonguen por cincuenta semanas o más,*** *independientemente de que esa interrupción esté prevista o no en el párrafo último del artículo 153 del Código de Trabajo".*

Por ende, se determina que en aquellos casos en que las licencias, incapacidades, suspensiones y causas análogas, sean iguales o superen el plazo de las cincuenta semanas, se constituiría el supuesto fáctico que implicaría el no disfrute de las vacaciones, pues en tal caso, no hubo continuidad en la prestación del servicio durante las cincuenta semanas, como lo exige el código de Rito.

En conclusión, se tiene por acreditado y sin discusión, que si esos lapsos son superiores a cincuenta semanas, no hay prestación de servicios y no hay derecho a vacaciones; y a contrario sensu, si esos lapsos son inferiores a cincuenta semanas, sí hay derecho a vacaciones. Asimismo, debe aclararse, que la existencia de lapsos de no prestación de servicios inferiores a cincuenta semanas, no menoscaban el disfrute de la cantidad de vacaciones a que se tenga derecho, porque no existe fundamento jurídico que sustente un cálculo proporcional, el cual es propio de la terminación de la relación de servicios y porque aplicar la eventual proporcionalidad, podría causar situaciones de desigualdad, incluso por debajo del derecho mínimo legalmente establecido. De igual manera, debe aclararse, que si de previo a la incapacidad, licencia, suspensión o causa análoga, el servidor contaba con vacaciones legales, el mismo podrá disfrutarlas una vez que se reincorpore a sus funciones, ya que la interrupción, no implica que se pierdan o prescriban los periodos anteriores de vacaciones, por cuanto la relación de servicios se encuentra vigente.

2) La segunda consulta planteada es la siguiente: ¿Es procedente de conformidad con el art. 153 y siguientes del Código de Trabajo, reconocer saldos de vacaciones legales y/o proporcionales de cualquier institución del sector público?

Vista la interrogante planteada, el primer aspecto que debe analizarse, es si las funciones realizadas dentro de la Institución Pública, lo clasifican o no como funcionario público, a la luz de lo establecido en el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, pues debe señalarse que no toda persona que trabaja para la Administración Pública, puede ser considerada como funcionario público.

Para ejemplificar esta diferenciación, se cita seguidamente el Dictamen N° C-279-98, del 21 de diciembre de 1998, emitido por la Procuraduría General de la República, que en lo que interesa al tema de consulta, señala:

> *"… En cuanto a la regulación que contiene la Ley en relación con los trabajadores de la empresa, el primer dato a considerar sería entonces que rige a lo interno el Código de Trabajo, quedando en lo sucesivo desligados de la aplicación del Estatuto de Servicio Civil.*
>
> *Por otro lado, los incisos b) y g) de su artículo 8º califican como función de la Junta Directiva la definición de la organización y estructura administrativa de la empresa y de sus "políticas en materia de personal"; definiciones que habrán de plasmarse atendiendo al imperativo legal de garantizar la mayor eficiencia en el uso de sus recursos humanos (art. 4.d).*

> *(...) Tal manera de regular las cosas es suficiente para entender que, al menos como regla de principio, el vínculo de la empresa con sus trabajadores es de naturaleza laboral y está regido por el Código de Trabajo.*
>
> *...los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, cuya aplicación a la empresa sólo se ha excluido en lo que se refiere a procedimientos (2), estipulan que no se considerarán como servidores públicos, y por tanto sus relaciones de servicio quedarán regidas por el derecho laboral, los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común; y, por ende, sólo aquéllos de sus empleados que participan de la gestión pública tienen un vínculo de servicio regido por el derecho administrativo."*

Ahora bien, habiendo determinado que se trata de un funcionario público, puede aseverarse que de conformidad con la normativa legal vigente, es posible el reconocimiento de vacaciones de un servidor que proviene de otra Institución. Lo anterior, fue indicado en el Oficio N° AJ-715-2011 del 26 de octubre de 2011, emitido por esta Asesoría Jurídica y que desarrolló ampliamente este tema, al señalar que:

> *"(…) En este sentido, encontramos que tanto el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, como los demás Reglamentos Autónomos de Servicio y Organización, existentes en las instituciones públicas cubiertas por el Régimen Estatutario, que incorporan de alguna manera la materia de vacaciones, lo hacen, precisamente, a la luz de lo estipulado al respecto en el Código de Trabajo; señala así este último cuerpo normativo en su numeral 153, lo siguiente:*
>
> *"…Todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales remuneradas, cuyo mínimo se fija en dos semanas por cada cincuenta semanas de labores continuas, al servicio de un mismo patrono.*
>
> *En caso de terminación del contrato antes de cumplir el período de las cincuenta semanas, el trabajador tendrá derecho, como mínimo, a un día de vacaciones por cada mes trabajado, que se le pagará en el momento del retiro de su trabajo…"*

Como indicamos anteriormente, esta norma general es recogida prácticamente en su literalidad por el artículo 29 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, cuyos supuestos y requisitos se constituyen en condición, diríamos, "sine qua non", para que el derecho se materialice

como condición de goce y disfrute por parte del servidor. De igual manera, el artículo 30 del mismo cuerpo reglamentario establece que:

"…Para los efectos de computar el tiempo servido, se observarán las siguientes reglas:

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

b. La antigüedad de los servidores regulares nombrados con posterioridad al primero de junio citado, se contará a partir de las fechas de sus nombramientos, y si sus servicios no hubieren sido consecutivos, tendrán derecho a la acumulación de sus períodos de servicio al Estado posteriores a dicha fecha…" (El subrayado no aparece en el documento fuente)

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

En este sentido, ya en el mes de mayo del 2009, el Despacho del señor Director General de Servicio Civil, hacía del conocimiento público[26], ante consulta formulada por una de las dependencias ministeriales de gobierno, el listado de las instituciones y organismos públicos que pertenecen al Régimen de Méritos, así como aquellas que aún estando fuera del mismo, forman parte del sector público costarricense[27], y por lo tanto, son susceptibles de ser consideradas en el trámite de reconocimiento de anualidades, que como se verá más adelante, ha sido extendido a otros pluses y

[26] Ver Oficio DG-252-2009 de fecha 7 de mayo del 2009.
[27] A criterio del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN)

derechos de los servidores como bien puede ser las vacaciones legales.

En esta misma línea y como complemento a lo apuntado hasta aquí, hemos de decir, que la discusión sobre el reconocimiento o no del tiempo efectivamente laborado en otras instituciones del sector público, (no cubiertas por el Régimen Estatutario), con el propósito de que sean consideradas en el cómputo de vacaciones, deviene, indudablemente, en el esclarecimiento oportuno y adecuado de la teoría del "Estado como Patrono Único o Unidad del Estado", sobre la que se ha discutido y analizado en no pocas ocasiones.

Es así como conviene recordar que esta Asesoría Jurídica en el año 2007 se pronunció ampliamente sobre esta temática[28], enfatizando en lo pertinente a su consulta, lo siguiente:

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

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

En abono a lo expuesto, la autorizada doctrina, ha sostenido también, que el origen de los premios de antigüedad, probablemente tiene su fundamento, en el beneficio y utilidad por mantener funcionarios dentro de la Administración Pública, de gran trayectoria y experiencia en la función pública. De ahí que se les ha venido recompensando la permanencia y constancia del trabajo, acumulándose incluso, las tareas desempeñadas en otras dependencias públicas.

[28] Refiérase al Oficio AJ-594-07 del 26 de octubre del 2007.

Por consiguiente, a tenor de los artículos 59 constitucional y 153 del Código de Trabajo – norma ésta que suple al ordenamiento estatutario en lo correspondiente- así como toda la doctrina en torno al tópico de estudio, es que este Órgano Consultor de la Administración Pública, concluye en este aparte, que el tiempo acumulado en otras instituciones

públicas para el disfrute real de las vacaciones, debe ser tomado en cuenta en el lugar en donde la persona se traslada, dado que continúa prestando sus servicios dentro del mismo sector patronal.

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

"... Dicho texto no solo viene a reafirmar la teoría del Estado como Patrono Único, en lo que atañe al otorgamiento de las vacaciones de los funcionarios que laboran en la Administración Pública, -tema de interés en este estudio - sino que allí se sostiene que, a tenor de ausencia de norma legal que lo regule, es claro que en aquellos supuestos en donde existen saldos de vacaciones, se podría recurrir a una solución práctica y de orden presupuestario, ***en tanto la institución de origen opte por cancelar las vacaciones a las personas que no las han podido disfrutar, a fin de no trasladar el costo al componente administrativo en donde prestarán sus servicios, sin solución de continuidad****; toda vez que al final de cuentas, constituye una obligación económica derivada de la relación de servicio entre el funcionario y la institución anterior, aprobada por ley en su oportunidad. ..." (El subrayado y resaltado no es del original)*

Se puede afirmar entonces que bajo la Teoría del Estado como Patrono Único, resulta procedente el "arrastre" de vacaciones de un servidor de su institución de origen a la institución que lo recibe.

No obstante, debe llamarse la atención respecto a la obligación de disfrutar de las vacaciones en el momento oportuno y la prohibición de su acumulación.

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

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

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

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

"…En una parte del fallo citado de primero, podría decirse que se condensa lo expuesto hasta ahora en el presente estudio, al sostenerse allí que: "...originalmente el reconocimiento de la antigüedad se hizo aplicando la figura del ESTADO PATRONO UNICO, pero con no poca debilidad, sobre todo, pensando en el principio de la unidad estatal como patrono y en algunos casos, relacionándolo con la otra teoría de la relación estatutaria, fundamentada esta última en el artículo 191 de la Constitución Política...no cabe duda, que el reconocimiento de la antigüedad en cuanto a la prestación de servicios para el Estado y sus instituciones ha venido avanzando en cuanto a los derechos respecto de los que se hacía el correspondiente reconocimiento, a saber, vacaciones, aguinaldo, preaviso, auxilio de cesantía, aumentos anuales, jubilaciones y pensiones; ..." (El subrayado lo suple quien redacta)[29]

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

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

Para mayor abundamiento sobre el tema, se sugiere a la consultante revisar lo resuelto por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia Nº 34 dictada a las nueve horas cuarenta minutos del 5 de marzo del año 1993".

De conformidad con el criterio antes expuesto, resultaría conveniente que el servidor antes de retirarse de la Institución en donde se generó el derecho a las vacaciones, disfrutara de las mismas; sin embargo, en caso de que esto no haya ocurrido y el servidor se trasladara a otra institución del Estado, resultaría aplicable la Teoría del Estado como Patrono Único y por lo tanto, la Institución receptora de dicho servidor, deberá reconocer las vacaciones que le correspondan. Lo anterior, salvo en aquellos casos en los que exista una ruptura de la relación de servicios, en cuyo caso procedería que el ex servidor recurra al cobro de las vacaciones no disfrutadas.

[29] Dictamen C-182-2005 del 16 de mayo del 2005

Asimismo, debe aclararse que la Institución receptora, debe reconocer las vacaciones a las que tiene derecho el funcionario por disposición constitucional y legal, aún aquellas que por diferentes razones no ha podido disfrutarlas en la anterior Institución. Asimismo, le correspondería a la Dependencia receptora el pago de aquellas vacaciones si posteriormente, y antes del disfrute, se produzca un cese de labores por cualquier causa.

Sobre el particular, la Procuraduría General de la República en el Dictamen N° C-016-2009 del 28 de enero de 2009, respecto a este tema señaló:

> *"A.- En cuanto a la primera inquietud, y con fundamento en la jurisprudencia de los Altos Tribunales de Justicia, ya este Despacho ha tenido oportunidad de señalar en Dictamen Número C-229-02, de 05 de setiembre del 2002, que cuando existen vacaciones pendientes de disfrutar por parte del servidor o funcionario que se le otorga un permiso sin goce de salario o se le traslada a otra institución pública para prestar sus servicios allí, es aplicable el concepto del Estado como Patrono Único para la continuación del otorgamiento de determinados derechos laborales; aunque indica que, en la práctica administrativa, es un tema que además de falta absoluta de regulación jurídica, no ha sido tratada puntualmente a nivel doctrinal y jurisprudencial. Así, expresó, en lo conducente,*
>
> *"(…) El problema a tratar se presenta tanto con períodos vacacionales completos como con lapsos proporcionales o saldos no disfrutados.* ***Ello por cuanto, al terminar el permiso, existe una fecha en que el servidor debe regresar a la institución de origen, casi siempre sin haber disfrutado de sus vacaciones. Otras veces sucede que al trasladarse a otra institución, lo hace con alguno o varios períodos de vacaciones sin disfrutar, o con algún saldo pendiente. Todo ello hace surgir la inquietud de cuál es la institución que debe otorgar el disfrute del derecho vacacional, o en su caso, satisfacer su importe en dinero cuando ocurra un cese sin haberlas disfrutado, o bien, acordar pagos por compensación en caso de que ésta procediere según las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables.***
>
> *Se mencionó ante la ausencia de regulación sobre el punto, así como la falta de antecedentes jurisprudenciales, lo cual dificulta sin lugar a dudas una solución puntual a las interrogantes objeto de este análisis.*

No obstante, la solución a la situación que se apunta ***es posible al amparo del denominado concepto de la unidad estatal como patrono, es decir, en la teoría de "Estado Patrono Único", elaborada por la jurisprudencia laboral y constitucional****, en la que básicamente no es importante distinguir en cuál de las diversas dependencias públicas se presta el servicio, puesto que el Estado es un mismo patrono.*

Fundamentalmente, la utilidad práctica de dicho concepto ha sido en cuanto al reconocimiento de la antigüedad para efectos de vacaciones, preaviso, cesantía, jubilación y pago de anualidades. *(Ver entre otros: Nº 433-90 de 15:30 hrs. de 27 de abril de 1990 de la Sala Constitucional y Nº 269 de 9:30 hrs. de 16 de setiembre de 1994 de la Sala Segunda).*

En nuestro criterio, igualmente, mediante este mismo principio es también posible fundamentar el otorgamiento del disfrute del derecho a las vacaciones, o su cancelación en dinero en su caso, por servicios prestados en otra institución. *Es decir, llevando el punto a una situación comparativa, puede verse que el costo que significa para una determinada institución reconocer el tiempo servido en otra u otras, a efecto de otorgar el disfrute vacacional en los términos graduales, según antigüedad, sea, aumento progresivo de vacaciones según años servidos, o bien, aceptar servicios prestados en otras instituciones con ocasión de la cancelación de preaviso y cesantía, o para un determinado régimen de pensiones el reconocer servicios en otras dependencias que no estaban cobijadas por éste, no difiere en nada del que se asume al conceder vacaciones generadas en otra institución,* ***considerando la unidad patronal del Estado como uno sólo. Es decir, se está ante una situación de igualdad que debe resolverse de idéntica manera, lo que supone la aplicación, en este caso, de la analogía como procedimiento de integración del derecho. Significa lo anterior, que en las situaciones descritas en la consulta, es jurídicamente posible que una determinada institución otorgue el disfrute vacacional generado en otra, en la que se han prestado servicios con ocasión de un permiso sin goce de sueldo.*** *Paridad de razón y principio de razonabilidad llevan a la anterior conclusión.*

3 - Cabe referirse a la última interrogante, ***referente al caso en que un servidor se traslada a otra dependencia y al finalizar su relación con la institución de origen le queda un saldo de vacaciones sin disfrutar. En efecto, no pocas veces esos***

traslados operan sin que el servidor haya disfrutado sus vacaciones en la institución de origen, por lo que al finalizar su relación con ésta le queda un saldo, o a veces hasta varios períodos de vacaciones sin aprovechar. En este caso, como puede verse, no está de por medio un permiso sin goce de sueldo, sino, un traslado a otra institución, lo que implica que el servidor tenga que renunciar en la institución de origen para, sin solución de continuidad, pasar a la nueva dependencia. En este caso pueden presentarse dos situaciones. Una, que de acuerdo con lo dicho sobre el Estado Patrono Único, la institución receptora asuma el costo vacacional del servidor, otorgándole el disfrute, o el pago de las mismas si posteriormente, y antes del disfrute, se produzca un cese de labores por cualquier causa. Pareciera a simple vista injusto asumir dicha obligación, en razón de que el derecho se generó en otra institución. Sin embargo, jurídicamente nada impide que se asuma ese costo, *al igual que se asume cuando una institución debe reconocer antigüedad generada en otros sectores administrativos para efectos de anualidades, o bien con ocasión de cancelar indemnización por preaviso y cesantía que implique reconocer tiempo servido en otros repartos de la Administración Pública. Un tratamiento similar dispone el párrafo final del artículo 112 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, para el caso de traslados de servidores con carácter transitorio a otras instituciones del Estado, en el sentido de que: "El aumento en los salarios que tales circunstancias originen, puede ser cubierto tanto por la institución a que pertenece el servidor, como por la institución que se beneficie de sus servicios,* ***…". La otra situación que podría ponderarse como eventual solución al punto sería sufragar el importe en dinero suponiendo un cese de labores en la institución de pertenencia. Sin embargo, un remedio en este sentido presenta el inconveniente de que no se está realmente ante un cese o extinción de la relación tal y como lo prevé el inciso a) del artículo 156 del Código de Trabajo. No obstante, como solución a un problema práctico sin regulación jurídica, es aceptable desde el punto de vista presupuestario proceder en esos términos, en razón de que el pago de vacaciones a los servidores constituye una obligación económica que deriva de la relación de servicio, y como tal, se encuentra legislativamente aprobado.*** *De ahí que, reiteramos, con el propósito de solventar una situación práctica no regulada por el ordenamiento jurídico, es posible acudir al pago del referido*

derecho en aquellos casos de traslados de servidores a otra institución, que impliquen renuncia en la institución de origen. "

(Lo resaltado en negrilla no es del texto original)

En tesis de principio, puede reseñarse de lo transcrito, que aún cuando el servidor público se traslada a prestar sus servicios a otra institución o entidad del Estado, sea temporal o permanentemente, existen determinados derechos laborales, que casi siempre por su sustento jurídico y carácter general, se deben continuar otorgando, ya sea para su efectivo disfrute o pago de los mismos, según sea el caso; computándose para esos efectos, la antigüedad laboral en la Administración Pública como un todo. Tales pueden ser, por ejemplo, las vacaciones, el derecho a la pensión y auxilio de cesantía, así como el pago de los aumentos anuales a la luz de lo que dispone el inciso d) del artículo 12 de la Ley de la Administración Pública – reformada por Ley Número 6835 de 22 de diciembre de 1982-. Siendo precisamente en este último supuesto en donde la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que con esta reforma legal se fortalece aún más la Teoría del Estado como Patrono Único. Así, valga citar el Dictamen No. C-118 de 16 de junio de 1998, cuando en lo conducente, indicó:

"Nos referimos a la llamada "Teoría del Estado como patrono único", y su consecuencia, al decir de reiterados dictámenes de este Despacho, de que cualquiera que sea la institución a la que se sirva, se labora para un mismo patrono que es el Estado. Tal teoría fue ampliamente desarrollada por nuestra jurisprudencia laboral en el pasado (en la que se fundamentaron aquellos dictámenes) y puede asegurarse que hasta sirvió de inspiración a la citada ley Nº 6835, en cuanto quedó plasmado en ella el reconocimiento de antigüedad contenido en el inciso d) que se adicionó el numeral 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública.

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

"Del principio de que el Estado es en realidad uno sólo, se deriva la conclusión de que en la relación de servicio que lo liga con sus servidores, el Estado es un mismo patrono y que no tiene importancia distinguir en cuál de las diversas dependencias públicas se prestó el servicio al establecer la antigüedad, servida

para efectos de salario como servidor activo, o como requisito para acceder a la jubilación".

(Sentencia No. 433-90 de las 15:30 horas del día 27 de abril de 1990)

En lo que atañe al punto de interés en este análisis, es claro que en los casos de permisos sin goce de salarios, o bien traslados de puestos sin solución de continuidad a otras dependencias públicas, no habría problema en precisar a cuál de éstas le correspondería otorgar al servidor o funcionario el derecho al disfrute de las vacaciones, si al cabo siempre estaría cubierto dentro del citado concepto de unidad patronal; siendo suficiente la institución para la cual presta su servicio, quien incluso, asumiría la obligación de continuar otorgando a sus funcionaros las vacaciones pendientes de disfrutar, aún cuando éstas fueron generadas en la anterior institución, sea cual fuere el motivo por el que no se disfrutaron oportunamente.

De manera que, una vez que el servidor o funcionario público cumpla con los presupuestos jurídicos correspondientes para el efectivo disfrute de las vacaciones, cualquier entidad pública en la que el servidor presta sus labores, corre con la obligación de otorgarlas, en virtud de la naturaleza que ostentan en nuestro ordenamiento jurídico[1], así como el pago correspondiente, si posteriormente y antes del disfrute de esas vacaciones, se produzca un cese de labores por cualquier causa; o bien, compensarlas cuando así proceda, al tenor de lo que dispone el artículo 156 del Código de Trabajo, tal y como claramente se apuntó en el mencionado Dictamen C- 229-2002.

En lo que respecta a la posibilidad de que esos períodos de vacaciones puedan ser pagados previo al traslado del servidor o funcionario -sin solución de continuidad- a otra institución del Estado, esta Procuraduría ha observado en el citado pronunciamiento, que nada obsta para que, por consideraciones ***de orden presupuestario****, la administración estime la posibilidad de sufragar el importe económico correspondiente. Lo anterior, aún cuando indica que no se trata propiamente de un cese o extinción en los términos previstos del inciso a) del artículo 156 del Código de Trabajo, pero que en razón de que el pago de vacaciones a los servidores constituye una obligación derivada de la relación de servicio habida entre el servidor y la entidad original, no habría problema alguno que así se procediera".*

Finalmente y como último aspecto de consulta, debe analizarse el tema de las vacaciones proporcionales.

En relación con esta interrogante, se reitera lo señalado por esta Asesoría Jurídica en el Oficio N° AJ-677-2001, del 7 de noviembre de 2001, que replica el criterio vertido en otros oficios, en el tanto se establece que, el reconocimiento de vacaciones proporcionales únicamente procede en el caso de rompimiento de la relación de servicios, por cualquier causa. Con lo cual, se puede afirmar que si no hay ruptura, no hay fundamento para el reconocimiento de vacaciones proporcionales.

En este mismo sentido, se cita lo establecido en el numeral 29 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, que indica:

> *"Para obtener derecho a la vacación anual, es necesario que el servidor haya prestado sus servicios durante cincuenta semanas continuas. Sin embargo,* ***si por cualquier causa el servidor no cumpliera dicho período por terminación de su relación de servicio, tendrá derecho a vacaciones proporcionales****..."* (Lo resaltado no pertenece al texto original)

Ahora bien, debe indicarse que en aquellos casos en los que el servidor arrastre un saldo de vacaciones proporcionales, y previo al movimiento de la persona servidora a otra Institución, aún no se dé el cumplimiento de las cincuenta semanas, efectivamente éstas deben ser reconocidas en la Institución receptora cuando se cumpla el supuesto de servicio prestado en la Ley; debiendo reconocerse el periodo completo que le correspondería disfrutar al servidor.

De lo anterior se concluye válidamente que únicamente en los casos en que haya rompimiento de la relación de servicio, tendrá el servidor derecho a vacaciones proporcionales.

3) La tercera consulta planteada es la siguiente: ¿En caso de continuidad o reingreso, cuál es la fecha para el cómputo anual de las vacaciones y de antigüedad, es posible correr la fecha de cumplimiento en qué supuestos?

En cuanto a la presente consulta, debe indicarse que el artículo 30 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, establece que:

> *"…Para los efectos de computar el tiempo servido, se observarán las siguientes reglas:*

> *a. Si se tratare de servidores públicos nombrados con anterioridad al primero de junio de mil novecientos cincuenta y tres, la antigüedad de los servidores se contará a partir de la fecha de sus nombramientos, siempre que desde dicha fecha hayan servido al Estado ininterrumpidamente; y*
>
> *b. La antigüedad de los servidores regulares nombrados con posterioridad al primero de junio citado, se contará a partir de las fechas de sus nombramientos, y si sus servicios no hubieren sido consecutivos, tendrán derecho a la acumulación de sus períodos de servicio al Estado posteriores a dicha fecha…" (El subrayado no aparece en el documento fuente)*

De conformidad con la norma citada, la antigüedad para contabilizar estrictamente el supuesto de vacaciones, inicia a partir de la fecha del nombramiento del servidor, y el reconocimiento de las vacaciones, se otorga cuando se cumplen las cincuenta semanas de servicio.

Ahora bien, efectivamente la fecha de rige y vence pueden ser modificadas en algunos casos concretos, dependiendo de la situación específica de cada funcionario. Es así, como el Oficio N° AJ-676-2007 del 14 de diciembre de 2007, emitido por esta Asesoría Jurídica, determinó:

> *"De ahí que independientemente de la fecha de rige y vence para el cómputo de las cincuenta semanas, si el lapso de no prestación de servicios es superior a esas cincuenta semanas y hubiere una prestación de servicios anterior al inicio del lapso de no prestación de servicios, ese lapso se computará cuando se reinicie la prestación de servicios y se tendrá el derecho al disfrute cuando se cumplan las cincuenta semanas de su prestación.*
>
> *En caso contrario, si el lapso de no prestación de servicios es inferior a las cincuenta semanas, no tiene efectos suspensivos o interruptores de la relación de servicio y por tal motivo, no se afectarían las fechas de rige y vence del derecho del disfrute.*
>
> *Disentimos de la afirmación final de que la interrupción de un año no es preponderante, pues más bien, es todo lo contrario, es lo que determina si se tiene el derecho o no, y si este mueve las fechas de rige y vence o no".*

Dado lo anterior, se debe indicar que la fecha de rige y vence, dependerán de la prestación del servicio de cincuenta semanas, las interrupciones, rupturas y otras situaciones, que deriven de una modificación en estas fechas.

Sin embargo, sobre la solicitud para que se le señalen los "supuestos" en que proceden las modificaciones en la fecha de cumplimiento del periodo de vacaciones, debe manifestarse, que ello se imposibilita, por cuanto del contenido del artículo que aquí se discute, no se desprende una lista taxativa, de manera tal, que sería ir más allá de la interpretación, que una Asesoría Jurídica pueda darle a la norma, ya que se trata de un asunto de discrecionalidad y análisis de cada jerarca, y de las situaciones concretas de cada servidor.

4) La cuarta consulta planteada es la siguiente: ¿Cuando la institución de origen reporta saldos negativos de vacaciones, procede legalmente la deducción de esos saldos, cuándo es la oportunidad legal para realizar la deducción?

De conformidad con la Teoría del Estado como Patrono Único desarrollada en la segunda interrogante, debe manifestarse que en el caso de que exista un saldo negativo de vacaciones, entendiéndose éste en el caso de las vacaciones colectivas otorgadas a los

funcionarios de manera general, por cuanto en principio, no debería existir otro supuesto para que un servidor cuente con saldos negativos, es legalmente procedente que la Institución receptora, realice la deducción de vacaciones respectiva, pues indudablemente si surge el derecho a las vacaciones en aquellas situaciones en donde no se supere las cincuenta semanas, lo lógico es que sí deban rebajarse de las vacaciones legales del servidor, aquellos días por concepto de vacaciones colectivas; pues de lo contrario se estaría extralimitando el derecho a vacaciones a favor del funcionario.

Pese a que no existe una normativa que regule este apartado, por analogía se interpreta, que este rebajo debe realizarse, cuando el servidor cumpla el periodo de prestación de cincuenta semanas, como ocurre en la práctica con los demás funcionarios del Régimen Estatutario.

En espera de haber atendido sus consultas, con la amplitud que el ejercicio de su cargo requiera.

Atentamente,

ASESORÍA JURÍDICA

Engie Vargas Calderón
ABOGADA

JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

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

RESULTADO Y ACTOR	ASUNTO	POSICIÓN DE LA SALA
SIN LUGAR		
La Sala se reserva el dictado de la sentencia en este proceso de amparo y se otorga a la parte recurrente el plazo de 15 días hábiles, contado a partir de la notificación de esta resolución, para que interponga acción de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3 y 4 del decreto ejecutivo Nº 41261-MEP. Manuel Morera Chaves AJ-OF-024-2019 Exp 18-017017-0007-CO	La parte recurrente alega que es funcionario interino del MEP desde hace 7 años. Acusa que el Decreto Ejecutivo Nº 41261 le afecta, toda vez que pretende nombrar en propiedad a funcionarios sin que se les dé prioridad a los interinos que llevan más tiempo laborando para el ministerio.	Los agravios esgrimidos por la parte accionante atañen directamente a lo preceptuado en el decreto ejecutivo Nº 41261-MEP. Ahora bien, aun cuando este Tribunal verifica que la norma de cita se encuentra impugnada en la acción de inconstitucionalidad que se tramita en el expediente Nº 18-17852- 0007-CO; lo cierto es que dicha acción no engloba todos los agravios reseñados aquí por el recurrente. En este sentido, la acción aludida se interpuso contra el artículo 1° del decreto, mientras que el aquí recurrente impugna también los artículos 2, 3 y 4 del decreto.
Se suspende la tramitación de este recurso de amparo, hasta tanto no sea resuelta la acción de inconstitucionalidad que se tramita en el expediente Nº 18-017852-0007-CO". María del Carmen Murillo Morales AJ-OF-026-2019 Exp. 18-017371-0007-CO	La recurrente estima lesionados sus derechos fundamentales, toda vez que por decreto ejecutivo No. 41261, publicado en La Gaceta el 10 de octubre de 2018, se dispuso la potestad de nombrar en propiedad a los	Los Magistrados determinaron lo siguiente: "Visto que la norma de cita se encuentra impugnada en la acción de inconstitucionalidad que se tramita en el expediente Nº 18-017852-0007-CO, la Sala considera

	interinos que han ocupado durante dos más años una plaza, con lo cual se perjudica y discrimina a las personas que, como su caso, no han podido optar por un traslado por excepción, a pesar de requerirlo al evitar el concurso respectivo.	procedente suspender la tramitación de este recurso de amparo, hasta tanto no sea resuelto dicho proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.
"Se suspende la tramitación de este recurso de amparo, hasta tanto no sea resuelta la acción de inconstitucionalidad que se tramita bajo el expediente número 18-17852-0007-CO". Carol Yesenia Vindas Arce AJ-OF-027-2219 Exp. 18-016057-0007-CO	La amparada labora para el ministerio accionado desde hace diecisiete años y, recientemente, finalizó una maestría, lo que le permitiría acceder a un puesto de mayor categoría. No obstante, basándose en un acuerdo suscrito con el Sindicato de Educadores Costarricenses -SEC-, el Ministerio de Educación Pública emitió el decreto ejecutivo 41261-MEP, el cual fue publicado en La Gaceta de 10 de octubre de 2018. Expone que mediante dicho decreto, se pretende nombrar quince mil plazas interinas, sin que medie concurso alguno y estableciendo, como único requisito, que las personas hayan ocupado, de forma interina, las plazas durante los dos últimos años.	Los Magistrados determinaron lo siguiente: En el presente asunto, el recurrente reclama violación a los derechos fundamentales de la amparada, pues acusa que el Ministerio de Educación Pública dispuso, por medio del Decreto No. 41261-MEP, repartir 15.000 plazas interinas sin concurso, con el único requisito de haber estado nombrado en la plaza durante los últimos dos años, afectando a otras personas que han estado nombradas en forma interina en otro momento. Al respecto, este Tribunal, mediante resolución número 2018-018262, dispuso lo siguiente: "Se reserva el dictado de la sentencia en este proceso de amparo y se otorga a la parte recurrente el plazo de 15 días hábiles, contado a partir de la

		notificación de esta resolución, para que interponga acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo No. 41261-MEP". Ahora bien, se constata que efectivamente el recurrente interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra de ese decreto, gestión que se le otorgó el número de expediente 18-17852-0007-CO. Por consiguiente, la Sala considera procedente suspender la tramitación de este recurso de amparo, hasta tanto no sea resuelto dicho proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.
La Sala considera procedente suspender la tramitación de este recurso de amparo, hasta tanto no sea resuelto dicho proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. German Andrés Castro Hernández AJ-OF-032-2019 Expediente 18-016079-0007-CO	Refiere que pese a lo expuesto, el mencionado decreto lesiona su derecho a acceder a una plaza vacante en igualdad de condiciones, toda vez que el requisito que impone, de estar ocupando actualmente una plaza de forma interina, deja sin efecto su oferta de servicios. De igual forma, cuestiona que el decreto tampoco contempla la utilización del registro de elegibles en orden	La recurrente presenta reclama (sic) que el MEP y la Presidencia de la República suscribieron el Decreto Ejecutivo No. 41261-MEP, publicado en el diario oficial la Gaceta No. 187 del 10 de octubre del 2018 pese a que es discriminatorio y atenta contra la igualdad de condiciones de acceso a plazas vacantes en la función pública, en el tanto impone como requisito de nombramiento, estar

	descendente de calificaciones para realizar los nombramientos, como lo indica el artículo 85 del Estatuto de Servicio Civil; sino que, propone la asignación de plazas en propiedad basándose tan solo en el simple hecho de haberlas ocupado. Adicionalmente, descarta la posibilidad de mejorar su calificación y optar por un puesto acorde a sus necesidades, favoreciendo el nombramiento de personas menos calificadas.”.	ocupando una plaza de forma interina, lo que deja sin efecto su oferta de servicios. Además propone la asignación de plazas en propiedad basándose tan solo en el simple hecho de haberlas ocupado, sin utilizar el registro de elegibles en orden descendente de calificaciones para realizar los nombramientos como lo establece el Estatuto del Servicio Civil. Acota que, la Contraloría General de la República en su informe No. DFOE-SOC-IF-13-2018, publicado el 11 de setiembre del 2018, evidenció los problemas de falta de trasparencia en los nombramientos por el citado decreto. Además alega que, llevó a cabo una solicitud formal de traslado el 06 de julio de 2018 por motivo de salud y no ha recibido respuesta a la fecha de interposición de este recurso. Agrega que, la solicitud de traslado que presentó es anterior a la fecha de publicación de dicha norma. Ahora bien, siendo que de conformidad con lo instruido en la resolución No. 2018-017881, fue presentada la acción de

		inconstitucionalidad que se tramita bajo el expediente No. 18-17852- 0007-CO, contra el Decreto Ejecutivo No. 41261-MEP.
SIN LUGAR Walter Fernando Abarca Rodríguez AJ-OF-033-2019 18-018616-0007-CO	El recurrente alega que la Dirección General de Servicio Civil no ha corregido en el sistema que ya no está inelegible para laborar en la Función Pública, sino legible, a pesar de que el 14 de noviembre de 2018 les entregó (sic) la certificación del Ministerio de Hacienda que le solicitaron, donde se indica que renunció al puesto de Oficial de Seguridad del Servicio Civil 1 y no que fue despedido.	Sin que corresponda a esta Sala entrar a determinar si esa inclusión fue por despido o renuncia del trabajador, como éste alega, por cuanto son extremos de legalidad ordinaria, impropios de atender y conocer en esta sede constitucional. En tercer lugar, se ha explicado que la condición de inhabilitado, erróneamente mencionado como inelegible, se produce al tenor de un efecto jurídico originado por el acuerdo de despido con justa causa y sin responsabilidad del Ministerio de Hacienda mediante el cual, se le otorgó al amparado, un periodo de inhabilitación al acceso de la función pública del 01 de octubre de 2014 al 01 de octubre de 2017. Finalmente, en cuarto lugar, respecto al objeto del recurso, se ha informado que el 19 de noviembre pasado, fue excluido del Registro de Inhabilitados. Lo anterior significa que desde antes de la presentación de

		este amparo, lo demandado en éste, ya había sido otorgado y con ello, la posibilidad del recurrente de participar en diferentes concursos. En ese tanto, la Sala considera que se ha resguardado su derecho de acceso a cargos públicos. Aunado a lo anterior se hace necesario mencionar que lo acontecido con su nombramiento en el SINAC, según lo refiere el tutelado, se está conociendo en el expediente No. 18-000359-0166-LA ante el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José.
SIN LUGAR María del Rocío Bolaños Campos AJ-OF-044-2019 Exp.18-016793-0007-CO	La parte recurrente alega que es funcionaria en propiedad del MEP y solicitó un traslado en propiedad porque requiere laborar más cerca de la casa de sus papás para atenderlos, toda vez que tienen ciertos padecimientos de salud. Reclama que la autoridad recurrida aún no ha resuelto dicha solicitud. Acusa que la otra forma de lograr el traslado es por medio de un concurso mediante el registro de elegibles; empero, considera que dicha opción se está	En reiteradas oportunidades, esta Sala ha indicado que el agravio esgrimido en el amparo debe ser de efectivización presente o pasada y, en este último caso, deben mantenerse sus efectos; además, si la realización es futura, debe ser una amenaza cierta, inminente y próxima, mas no solo probable. Sin embargo, en el sub lite, el agravio expuesto por la amparada es un hecho futuro e incierto, es decir, solo probable, toda vez que sus

	viendo perjudicada por el decreto ejecutivo Nº 41261, pues dicho cuerpo legal dispone la potest*ad* de la Administración de nombrar en propiedad a interinos por el solo hecho de haber ocupado durante dos años una plaza. Además, aduce que el decreto favorece el nombramiento en propiedad de personal no idóneo. Solicita que se deje sin efecto el decreto impugnado y se resuelva su solicitud de traslado en propiedad.	cuestionamientos respecto al decreto se relacionan directamente con su participación en un concurso; empero, no consta que la recurrente esté participando en un concurso determinado para un puesto en la Administración Pública.
"Archívese el expediente". Eunice del Socorro Angulo Díaz AJ-OF-045-2019 Exp.18-016358-0007-CO	La recurrente estima lesionados sus derechos fundamentales, toda vez que por decreto ejecutivo No. 41261, publicado en La Gaceta el 10 de octubre de 2018, se dispuso la potestad de nombrar en propiedad a los interinos que han ocupado durante dos más años una plaza, con lo cual se discrimina a las personas que, como su caso, no han podido optar por tales nombramientos interinos en una misma plaza vacante con ese plazo.	Visto lo anterior y con base en el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por resolución No. 2018-18463 se procedió a suspender la tramitación de este recurso, a los efectos de otorgar a la parte actora un plazo de 15 días hábiles para interpusiera una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 41261- MEP y el ordinal 10 de la Convención Colectiva MEP-SEC-SITRACOME-ANDE vigente, bajo el apercibimiento de que, si no lo hiciera, se

		archivaría el expediente. En el sub lite, según se acreditó, la tutelada incumplió lo prevenido, pues no planteó la acción respectiva sino una gestión de coadyuvancia en la acción de inconstitucionalidad No. 18-017852-0007-CO promovida por otra persona, lo que no tiene los mismos efectos procesales. Dado lo anterior y el incumplimiento de lo prevenido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se procede a archivar este recurso.
SIN LUGAR Jessica Isabel Rojas Calvo AJ-OF-063-2019 Exp. 18-019689-0007-CO	La recurrente alega que la Dirección General de Servicio Civil no ha dispuesto la apertura de un concurso en la especialidad de Trabajo Social desde finales del año 2011, pese a que existe concurso de reclutamiento abierto y permanente desde el año 2017. Refiere que se reclutó el 22 de diciembre de 2017, sin que haya sido convocada para la	Así las cosas, el recurso de amparo deviene improcedente pues la Dirección General de Servicio Civil sí tiene actualmente abierto un proceso de reclutamiento abierto y permanente, al cual la recurrente ingresó y, en este momento, está en proceso de selección, en espera de que le sean practicados los exámenes y pruebas de conocimiento necesarias para determinar su

	realización de las pruebas referidas.	idoneidad.
SIN LUGAR María Susana López Rivera AJ-OF-064-2019 Exp. 18-020247-0007-CO	La recurrente aduce que las autoridades recurridas, con motivo de un procedimiento disciplinario tramitado en su contra, dictaron una medida cautelar a través de la cual se dispuso su traslado del puesto de Directora Jurídica del MOPT a una plaza y cargo distinto en el Consejo de Transporte Público, el cual implica funciones de abogada y no de jefatura. Acusa que al despojársele de sus funciones y potestades de jefatura, se incurre en un ius variandi abusivo. De otra parte, alega que durante la tramitación del referido procedimiento se violentó el debido proceso. Finalmente, sostiene que los hechos por los cuales se dictó la citada medida cautelar y se inició el procedimiento, no son ciertos.	Finalmente, conviene aclarar a la tutelada que este Tribunal Constitucional no es competente, por tratarse de un tema de mera legalidad, para analizar y, consecuentemente, determinar si los hechos por los cuales se dictó la medida cautelar que reclama y se inició el respectivo procedimiento disciplinario, son o no ciertos. Lo anterior conlleva la práctica de un sinnúmero de diligencias y actuaciones que exceden, sin duda alguna, el carácter sumario del recurso de amparo, así como la competencia de este Tribunal otorgada por la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la propia Constitución Política. De este modo, el referido alegato lo deberá plantear la interesada, si a bien lo tiene, ante las vías ordinarias de legalidad establecidas al efecto.
SIN LUGAR Danny Alejandro Mena Calderón AJ-OF-065-2019 18-019096-007-CO	El recurrente estima lesionado su derecho fundamental de acceso a los cargos públicos. Indica que el 2 de diciembre de 2017	Así las cosas, el recurso de amparo deviene improcedente pues la Dirección General de Servicio Civil sí tiene en la actualidad abierto un

	presentó formal solicitud electrónica ante el Área de Reclutamiento y Selección de Personal de la Dirección General de Servicio Civil, para que se le considerara como oferente en el caso que se hiciera la apertura de algún concurso, a fin de que le aplicasen las pruebas pertinentes para las especialidades de Trabajo Social y Equipos Interdisciplinarios y de esta manera ser incluido dentro de las nóminas correspondientes y quedar elegible. No obstante, alega que aún no le han aplicado las pruebas.	proceso de reclutamiento abierto y permanente, al cual el amparado ingresó y, en este momento, está en proceso de selección, en espera de que le sean practicados los exámenes y pruebas de conocimiento necesarias para determinar su idoneidad. Ergo, lo correspondiente es desestimar este asunto.
SIN LUGAR AJ-OF-073-2019 Exp. 19-000144-0007-CO Teodora Gómez Reyes	La recurrente estima lesionados sus derechos fundamentales, toda vez que acusa que por un error en el sistema de inscripción del concurso, se le limitaron las opciones de optar por un nombramiento en propiedad o interino.	Así las cosas, el recurso de amparo deviene improcedente pues la Dirección General de Servicio Civil sí tiene actualmente abierto un proceso de reclutamiento abierto y permanente, al cual la recurrente ingresó y, en este momento, está en proceso de selección, en espera de que le sean practicados los exámenes y pruebas de conocimiento necesarias para determinar su idoneidad.
SIN LUGAR Alexander Joaquín Porras Castillo	El recurrente estima que con la actuación de las autoridades recurridas,	Se declara parcialmente con lugar el recurso, únicamente contra el

AJ-OF-075-2019 Exp. 19-000678-0007-CO	fueron lesionados sus derechos fundamentales. Acusa que remitió solicitudes de información ante los accionados, no obstante, al momento de interposición de este amparo, no ha recibido respuesta a sus gestiones.	Ministerio de Educación Pública, sin especial condenatoria en costas, daños y perjuicios. En lo demás se declara sin lugar el recurso. Los Magistrados Hernández López y Salazar Alvarado, de forma separada, salvan parcialmente el voto y disponen la condenatoria en daños, perjuicios y costas, de conformidad con los artículos 50, 51 y 52, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.
Se suspende la tramitación de este recurso de amparo, hasta tanto no sea resuelta la acción de inconstitucionalidad que se tramita en el expediente Nº 18-17852-0007-CO contra el artículo 1° del decreto ejecutivo Nº 41261-MEP. Manuel Morera Chaves AJ-OF-105-2019 Exp. 18-017017-0007-CO	Relata que el decreto Nº 41261- MEP le afecta, toda vez que, el artículo 1° pretende que el ministro del ramo haga nombramientos en propiedad, lo que facilita que se puedan nombrar docentes que no han concursado en el Servicio Civil. Considera injusto que se le ponga a "competir con los que ha estado laborando por dos años solamente. Menciona que el decreto aludido no reconoce el tiempo que han laborado para el MEP.	Si bien la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el recurrente contra los artículos 1, 2 , 3 y 4 del Decreto Ejecutivo Nº 41261 fue rechazada de plano mediante sentencia N° 2019-1685, lo cierto es que actualmente está cursada y pendiente de resolución la acción de inconstitucionalidad que se tramita en el expediente Nº 18-17852-0007-CO, la cual se incoó contra el artículo 1° del decreto ejecutivo Nº 41261-MEP. Debido a ello, según lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo procedente es suspender la tramitación de este

		recurso de amparo, hasta tanto no sea resuelta dicha acción de inconstitucionalidad.
SIN LUGAR Séfora Barquero Arguedas AJ-OF-122-2019 Exp. 19-001961-0007-CO	La recurrente alega que el 22 de noviembre de 2017 inscribió su oferta de servicios a través de la página web de la Dirección General de Servicio Civil, con el fin de realizar el examen respectivo y formar parte del registro de elegibles. Reclama que desde hace 1 año y 2 meses espera que la dirección recurrida le realice las pruebas de idoneidad y aún no lo hace. Agrega que ha consultado vía telefónica cuándo se efectuarán los exámenes mencionados, pero le se ha indicado que no hay una fecha cercana para hacerlos. Manifiesta que en caso de realizar y aprobar los exámenes de Servicio Civil, eso le permitiría ser admitida en la lista de elegibles y optar por un puesto como Profesional de Servicio Civil 1 o 2; empero, ha visto obstaculizado su derecho de participar concursos públicos.”.	De autos se desprende que la accionante está participando en igualdad de condiciones con otros oferentes en el proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente de la Dirección de Servicio Civil, en el puesto de su interés. Por ello, a la tutelada no se le ha negado el libre acceso a cargos en la Administración Pública, sino que el proceso se encuentra en una etapa inicial, propiamente en el reclutamiento digital. Por otra parte, determinar si procede o no la realización de las pruebas de idoneidad, previa comprobación de los requisitos legales y reglamentarios del caso, es un tema que debe ser discutido en la vía de legalidad en razón de su competencia.
SIN LUGAR Joice María Venegas Rojas AJ-OF-136-019	La recurrente manifiesta que el 18 de enero de 2018 realizó	Después de analizar los elementos probatorios aportados, este Tribunal

Exp. 18-009885-0007-CO	reclutamiento, vía internet, en la página de la DGSC. Indica que, a la fecha de interposición de este amparo, no ha recibido por parte de esta entidad comunicado alguno al respecto y, en las ocasiones que ha llamado, se le ha indicado que, todavía, no tienen certeza de la realización de las pruebas. Manifiesta que para ella es importante ser convocada a efectuar exámenes pertinentes, ya que, a través de este procedimiento, podría participar en un proceso en el que se determine su idoneidad para ingresar al registro de elegibles, permitiéndole que, a futuro, tenga la posibilidad de ser convocada a alguna entrevista para optar por un puesto en el Servicio Civil.	verifica que no ha existido violación a los derechos fundamentales de la recurrente. Lo anterior, porque, de las sentencias parcialmente transcritas, se desprende que para acceder a la función pública, es necesario que las personas acrediten los requisitos exigidos para desempeñar determinado cargo, lo cual, únicamente puede ser posible a través de la realización de los concursos, por medio de los cuales, los ciudadanos tengan en igualdad de condiciones- la posibilidad de participar en las pruebas de selección. (…). Ahora bien, en el presente caso se constata que, a partir del día 20 de noviembre del año 2017, se estableció la creación del Proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente (RAP) de apertura y acceso al público en general, en la Dirección General de Servicio Civil, de conformidad con lo establecido en la resolución N° 2016-017064, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, el 18 de enero del 2018

		la recurrente realizó reclutamiento, vía internet, en la página de la Dirección General de Servicio Civil, en el apartado de Reclutamiento Abierto y Permanente. Así, actualmente, el trámite de la amparada se encuentra en la primera fase (fase preliminar), acorde a lo establecido en el artículo 20, de la Ley N° 1581, Estatuto de Servicio Civil y el artículo 9, del Reglamento del estatuto de Servicio Civil. En este sentido, se comprueba que a la recurrente se le permitió participar en igualdad de condiciones en el respectivo concurso, el cual todavía está en fase preliminar. De esta forma, al permitírsele la participación en este concurso, se descarta violación a sus derechos fundamentales.
SIN LUGAR Carolina Rezvani Monge AJ-OF-137-2019 Exp. 19-002208-0007-CO	La recurrente consideró lesionado su derecho de acceso a los cargos públicos, toda vez que la DGSC no ha señalado la fecha para la realización de las pruebas necesarias para actualizar su perfil profesional. Aseguró que se encuentra en una clasificación profesional que no se ajusta a su	Los Magistrados determinaron lo siguiente: “Resulta claro que el derecho de acceso a los cargos públicos de la amparada no ha sido vulnerado, pues ha tenido la oportunidad de participar en un concurso y, además, su oferta de servicios se encuentra

	perfil actual. Pidió se fije una fecha para poder realizar las pruebas correspondientes a la categoría de profesional del Servicio Civil 2.	en proceso de análisis, en igualdad de condiciones que otros oferentes en el proceso de reclutamiento abierto y permanente de la DGSC. Se debe aclarar a la recurrente que no le corresponde a este Tribunal determinar si procede o no la realización de las pruebas de idoneidad, previa comprobación de los requisitos legales y reglamentarios, cuestión que excede la naturaleza sumaria del recurso de amparo y la competencia de la Sala, definida por la Ley y la Constitución Política.
SIN LUGAR Cinthia Arabela Valverde Núñez AJ-OF-141-2019 Exp. 18-009912-0007-CO	La recurrente alega que el 20 de abril de 2018 presentó ante la Dirección General de Servicio Civil, una solicitud para que le asignaran cita para realizar la prueba para optar por un puesto como Profesional de Servicio Civil 1 B, especialidad Generalista. Por lo anterior, mediante oficio N° ARSP-UAC-OF-465-2018 de 26 de abril de 2018, la Dirección recurrida le comunicó que, según el Sistema Automatizado de Gestión del Empleo y	Después de analizar los elementos probatorios aportados, este Tribunal verifica que no ha existido violación a los derechos fundamentales de la recurrente. Lo anterior, porque, de las sentencias parcialmente transcritas, se desprende que para acceder a la función pública, es necesario que las personas acrediten los requisitos exigidos para desempeñar determinado cargo, lo cual, únicamente puede ser posible a través de la realización de los concursos, por rnedio de

	Talento Humano (SAGETH), ejecutó la primera etapa del proceso, la cual consistió en completar la oferta de servicios en forma digital. Además, que se le estaría convocando para la aplicación de la prueba de idoneidad. No obstante, reclama que el oficio circular N° DG-012-2014 de 27 de junio de 2014, la deja indefensa para ser nombrada y prorrogada en cualquier plaza vacante, debido a que, no hay fecha determinada para la aplicación de exámenes, dado que, la Dirección General de Servicio Civil, desde el 2011, no realiza concursos externos. A su vez, el Ministerio de Educación Pública no ha anunciado concursos internos que le den la posibilidad de optar por una plaza desde su condición interina. De otra parte, acusa que el 27 de abril de 2018, remitió un correo electrónico a la dirección (mcraudes@dgsr.go.cr), mediante el cual solicitó una aclaración, ya que, en la oferta de servicios había un apartado específico del formato	los cuales, los ciudadanos tengan -en igualdad de condiciones- la posibilidad de participar en las pruebas de selección (sentencia N°2016-000821, reiterada en los Votos N°2016-004504, N° 004666 y N° 2016-004678. Ahora bien, en el presente caso se constata que, a partir del día 20 de noviembre del año 2017, se estableció la creación del Proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente (RAP) de apertura y acceso al público en general, en la Dirección General de Servicio Civil, de conformidad con lo establecido en la resolución N° 2016-017064, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, el 20 de abril de 2018, la recurrente realizó reclutamiento, vía Internet, en la página de la Dirección General de Servicio Civil, en el apartado de Reclutamiento y Selección de Personal Reclutamiento Abierto y Permanente (hecho no controvertido). Así, actualmente, el trámite de la amparada se encuentra en la primera

	en que la DGSC no le permitió guardar actualizaciones, pero no recibió respuesta. Solicita que se declare con lugar el recurso y se le otorgue la posibilidad de realizar las pruebas de idoneidad en la clase de puesto de su interés.”.	fase (fase preliminar), acorde a lo establecido en el artículo 20, de la Ley N° 1581, Estatuto de Servicio Civil y el artículo 9, del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. En este sentido, se comprueba que a la recurrente se le permitió participar en igualdad de condiciones en el respectivo concurso, el cual todavía está en fase preliminar. De esa forma, al permitírsele la participación en ese concurso, se descarta violación a sus derechos fundamentales. (…) la remisión de correos electrónicos por parte de la amparada a un correo que no está habilitado para tal fin, no lesiona sus derechos fundamentales. De manera, que deberá la recurrente ajustarse a los lineamientos establecidos por la Dirección recurrida para la recepción de gestiones. En consecuencia, en cuanto este extremo, lo procedente es declarar sin lugar el recurso.”.
SIN LUGAR Ariana Montero Jiménez AJ-OF-163-2019 Exp. 19-002012-0007-CO	La recurrente acusa que, aunque inscribió su oferta de servicios a finales de 2017, aún no ha sido valorada ni se le	De autos se desprende que la accionante está participando en igualdad de condiciones con otros oferentes en el proceso

	ha requerido la documentación relacionada, lo que estima violenta su derecho de acceso a los cargos públicos.	de Reclutamiento Abierto y Permanente de la Dirección de Servicio Civil, en el puesto de su interés. Por ello, a la tutelada no se le ha negado el libre acceso a cargos en la Administración Pública, sino que el proceso se encuentra en una etapa inicial, propiamente en el reclutamiento digital. Por otra parte, determinar si procede o no la realización de las pruebas de idoneidad, previa comprobación de los requisitos legales y reglamentarios del caso, es un tema que debe ser discutido en la vía de legalidad en razón de su competencia.”.
SIN LUGAR Adriana María Rodríguez Fuentes AJ-OF-218-2019 Exp. 19-006367-0007-CO	La recurrente alega que la autoridad recurrida no le ha proporcionado la totalidad de la información que ha solicitado sobre concursos y nombramientos de docentes.	De modo que si la interesada no está conforme con el contenido de esos oficios o considera que no responden satisfactoriamente lo solicitado, debe, si a bien lo tiene, dirigirse a la Administración recurrida y manifestarle su disconformidad con la información que se le brindó, a fin de que se aclare y adicione lo que corresponda. No se trata, en este caso, de que la respuesta dada por la administración sea

		impertinente o evasiva, sino de que, a pesar de referirse al asunto planteado, la gestionante considera que es omisa en algunos de los puntos sobre los que se debió pronunciar, lo cual debe reclamarse ante la propia autoridad que suscribe el oficio.
SIN LUGAR William Gerardo Varela Arley AJ-OF-238-2019 Exp. 19-006012-0007-CO	El recurrente estima lesionados sus derechos fundamentales, por cuanto acusa que concursó para un puesto de guarda, en el cual resultó escogido; sin embargo, el mismo no se concretó al aparecerle un antecedente penal del 2002, cuya pena ya cumplió y que actualmente no aparece en la hoja de delincuencia.	En razón de lo expuesto procede desestimar el recurso, al tratarse de una condición que debe ser verificada previamente por la administración antes de contratar al personal, como lo exige el principio de idoneidad. Así se hizo y en ese el momento el antecedente estaba vigente. Tampoco constituye una doble sanción, ni es una condición perpetua, sino sujeta a un plazo determinado y a la posibilidad de que finalizado el mismo, su situación sea reconsiderada mediante un estudio de vida y costumbres. Ahora bien, determinar a partir de cuándo debería la administración aplicar el plazo de inelegibilidad en relación con los antecedentes penales que tenga una persona, es una cuestión de mera legalidad que

		corresponde ser alegada en la vía ordinaria respectiva. Por consiguiente, procede declarar sin lugar el recurso.
SIN LUGAR Joseph Paniagua Brenes AJ-OF-267-2019 Exp. 19-007089-0007-CO	El recurrente alega que desde el año 2011, la recurrida paralizó los concursos para integrar profesionales en la lista de elegibles para ocupar puestos en el sector público. Acusa que la no programación de las pruebas limita su oportunidad de ser parte de la lista de elegibles y de poder acceder a cargos públicos en propiedad o en un puesto mayor, acorde a su grado profesional y en condiciones de igualdad. Señala que, desde febrero de 2018, aportó todos sus atestados y declaración de oferta de servicios a la recurrida, cumpliendo con todos los requisitos. Indica que desde entonces no se le ha brindado la oportunidad de realizar el examen de elegibles.”	En el sub examine, el tutelado reclama que no se le han practicado las pruebas correspondientes para ingresar al registro de elegibles del Servicio Civil, lo que lesiona sus derechos fundamentales. La Sala ha tenido por acreditado que el amparado labora en el Ministerio de Salud de forma interina en el puesto N° 057997, correspondiente a la Clase: Profesional Licenciado de la Salud 1, Grupo: C (farmacia), con Pedimento aprobado N° MS-00464-2014, con fecha de rige a partir del 16 de julio de 2018. En cuanto al fondo del asunto, se pudo corroborar que el recurrente registró una Oferta de Servicio Digital, en donde participó para las siguientes clases: Asistente de Salud de Servicio Civil 2 (G. de E.), Profesional Licenciado de la Salud 1: GRUPO C y Farmacéutico 1. Por

		último, se constató que el amparado no ha cumplido con todos los requisitos, puesto que debe aportar los documentos tanto digitales como físicos para que la analista del Área de Reclutamiento y Selección de Personal determine si cumple los requisitos para participar en las clases de puesto y especialidades, manifestadas en la oferta de servicios. De lo expuesto se desprende que no se ha negado el acceso a los cargos públicos, toda vez que el recurrente se encuentra participando actualmente en un concurso y que es este quien no ha cumplido con la totalidad de los requisitos señalados. Asimismo, se constató que el recurrente actualmente se encuentra laborando para el Ministerio de Salud, de manera que se descarta la lesión al derecho al trabajo. Lo que existe en este caso es una disconformidad con la celeridad con la cual se tramita dicho concurso, situación que es de mera legalidad y que debe ser reclamada en la vía respectiva. En virtud de lo expuesto.

RESULTADO Y ACTOR	ASUNTO	POSICIÓN DE LA SALA
CON LUGAR		
CON LUGAR 18-015133-0007-CO Luis Gerardo Maroto Marín AJ-OF-025-2019	El recurrente estima lesionados sus derechos de acceso a la información, petición y pronta respuesta, toda vez que el día el 6 de julio de 2018 remitió por correo electrónico el oficio Ref.: LGMM-M-DGSC-1-5-7-18, mediante el cual solicitó información a la autoridad recurrida; no obstante, acusa que al día de interposición de este recurso no ha obtenido respuesta a su solicitud.	La Sala indica se denota que en el oficio se indica que se remite con copia para la administración competente y se adjunta copia de la solicitud realizada por el amparado. Ahora bien, no obstante lo anterior, lo cierto es que la respuesta fue comunicada al interesado hasta el 28 de setiembre de 2018, con ocasión de la notificación del amparo. Así las cosas, este Tribunal estima que el plazo de más de dos meses sin atender la gestión del accionante sí configura una vulneración a sus derechos fundamentales de acceso a la información pública, petición y pronta respuesta. Si bien el recurrido indica que la respuesta se había emitido desde el 10 de julio de 2018, mediante el oficio N° DG-OF-258-2018, lo cierto es que este no le fue comunicada oportunamente al recurrente, lo cual contraría la obligación que esta Sala ha

		establecido reiteradamente, en tanto la Administración está constreñida a comunicar oportunamente al gestionante lo resuelto. Ahora bien, dado que la respuesta a la solicitud de información del tutelado fue atendida mediante el oficio N° DG-OF-258-2018, que fue comunicado al recurrente con ocasión del amparo en fecha 28 de setiembre de 2018, lo procedente es declarar con lugar el recurso, sin especial condenatoria en costas, daños y perjuicios. Por lo que concluye la Sala Constitucional en su Por Tanto indicó lo siguiente: "Se declara con lugar el recurso, sin especial condenatoria en costas, daños y perjuicios."

CON LUGAR Greison Obed Rodríguez Jiménez AJ-OF-240-2019 Exp. 19-006182-0007-CO	El recurrente estima lesionados sus derechos fundamentales. Acusa que en el año 2016 se implementó en la Escuela La Guaria, el Programa de Educación Abierta para adultos de I y II ciclo, otorgando la oportunidad de obtener el diploma de primaria a un grupo de aproximadamente 20 personas. No obstante, para el curso lectivo 2019, no se ha asignado un docente que imparta las lecciones de educación abierta y al consultar al director de la institución, se le informó que se había enviado toda la documentación, pero no se ha obtenido una respuesta satisfactoria por parte del MEP, razón por la cual, no han recibido lección alguna, interrumpiendo así, su proceso de educación.	"**Se declara con lugar el recurso.** Se le ordena a Yaxinia Díaz Mendoza, Directora de Recursos Humanos, a Geovanny Soto Solórzano, Director de la Escuela La Guaria de Pérez Zeledón, todos del Ministerio de Educación Pública y a Alfredo Hasbum Camacho, Director General del Servicio Civil, o a quienes en sus lugares ocupen esos cargos, que de inmediato gestionen lo necesario y coordinen con las dependencias competentes (entre ellas, los Departamentos de Formulación Presupuestaria, Planificación Institucional, ambos del Ministerio de Educación Pública y la Dirección General del Servicio Civil), a efectos de que, a la brevedad posible, se abra el proyecto de Educación Abierta en (Sic) el Escuela La Guaria de Pérez Zeledón para Primero y Segundo Ciclo de la Educación General Básica Abierta. Además, deberán girar las órdenes y directrices necesarias, así como organizar y coordinar lo pertinente, para que los estudiantes de dicho

		proyecto puedan ponerse al día con el programa curricular, pese al inicio retardado de su ciclo lectivo 2019. Todo lo anterior se dicta con la advertencia que de conformidad al artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá pena de prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta días multa a quien reciba una orden de esta Sala que deba cumplir o hacer cumplir y la inobserve, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. (…).”