



# Dirección General de Servicio Civil

*“Contribuyendo a la Gobernabilidad Democrática de Costa Rica desde 1953”*



## Revista Jurisprudencia

*Área de Asesoría Jurídica*

**I SEMESTRE 2018**

## REVISTA DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Número 34    I Semestre    Enero del 2018 a Junio del 2018

### ASESORÍA JURÍDICA

#### Directora:

Licda. Irma Velásquez Yánez

#### Profesionales:

Licda. Andrea Brenes Rojas

Licda. Karol Ramírez Brenes

Licda. Rocío Caravaca Vargas.

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
I. Índice	3
II. Presentación	5
III. Criterios Jurídicos	7
<b>Acoso Laboral y Discriminación</b>	
• AJ-OF-241-2018.....	8
<b>Anualidades</b>	
• AJ-OF-128-2018.....	11
<b>Aplicación del ESC a Federaciones de Municipalidades</b>	
• AJ-OF-266-2018.....	15
<b>Ascensos</b>	
• AJ-OF-135-2018.....	19
<b>Audiencias en los Procedimientos Administrativo</b>	
• AJ-OF-200-2018 .....	22
<b>Condiciones del horario de las capacitaciones</b>	
• AJ-OF-199-2018.....	26
<b>Disponibilidad de activos</b>	
• AJ-OF-134-2018.....	31
<b>Faltas de Mera Constatación</b>	
• AJ-OF-008-2018.....	35
<b>Guarda Dormilón</b>	
• AJ-OF-145-2018.....	40
<b>Incapacidades</b>	
• AJ-OF-182-2018.....	47
<b>INDER</b>	
• AJ-OF-170-2018.....	51

<b>Incorporación a Colegio Profesional</b>	
• AJ-OF-144-2018.....	55
<b>Licencias</b>	
• AJ-OF-112-2018.....	60
• AJ-OF-114-2018.....	71
• AJ-OF-240-2018.....	74
<b>Prohibición</b>	
• AJ-OF-011-2018.....	78
<b>Recursos de Revocatoria</b>	
• AJ-OF-071-2018.....	89
• AJ-OF-186-2018.....	94
<b>Reestructuración</b>	
• AJ- OF-067-2018.....	101
<b>Sustitución de Interino</b>	
• AJ-OF-031-2018.....	104
<b>IV. Jurisprudencia de la Sala Constitucional.....</b>	108
• Recursos de Amparo Fallados en el I semestre del año 2018.....	109

- | -

## 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 2018, 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**

- II -

## **Criterios Jurídicos**

6 de junio del 2018

**AJ-OF-241-2018**

Señor  
Antonio Ayales Esna  
Director Ejecutivo  
Asamblea Legislativa

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se atiende el oficio número AL-DRLE-OFI-409-2018 de fecha 29 de mayo del 2018, mediante el cual, solicita criterio legal respecto a supuestos actos de acoso laboral y discriminación.

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, ha de indicarse que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, citando y transcribiendo las normas jurídicas que puedan ser consideradas y con ello evitar suplantar a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

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), señala:

*“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”.*

Efectuada la aclaración anterior, debemos indicarle que la resolución del caso planteado sobre temas de acoso laboral o discriminación, es una competencia exclusiva del órgano superior jerárquico de la Asamblea Legislativa, dado que la descripción del mismo, deviene en un asunto de resorte meramente interno, lo que hace que resulte materialmente imposible la emisión de criterio por nuestra parte, correspondiéndole a la Administración Activa resolver lo que considere ajustado a derecho, acompañándose de la asesoría del área legal de ese Poder de la República, si así lo considera necesario.

Además, se considera prudente recordar que, luego de que la Administración Activa resuelva lo que corresponda sobre el caso concreto, si un servidor o una servidora no obtiene respuesta satisfactoria a sus pretensiones dentro del centro de trabajo para el cual prestan sus servicios, pueden si a bien lo tiene, acudir al Tribunal de Servicio Civil<sup>1</sup>, observando el procedimiento de reclamo que establece el artículo 88, incisos a) y b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil<sup>2</sup>, o recurrir a las instancias que considere pertinentes.

Para los primeros efectos, debe atenderse lo que señala el artículo 88 incisos a) y b) del supra citado cuerpo jurídico, 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*

---

<sup>1</sup> Dispone el artículo 43 de la Ley de Personal de la Asamblea Legislativa lo siguiente: "CAPITULO XIV Tribunal de Servicio Civil Artículo 43.- Para la aplicación de la presente ley, el Tribunal actuará, en todo lo que sea aplicable, con base en las disposiciones de los capítulos ocho, nueve y diez del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil; en los casos en que dichos capítulos expresen el "Ministerio" o el "Ministro", debe entenderse el "Directorio".".

<sup>2</sup> Señala el numeral 56 de la Ley supra citada en la anterior nota al pie de página: "Los casos no previstos en esta ley o en el Reglamento Interior de Trabajo, se resolverán de acuerdo con el Estatuto de Servicio Civil, sus reglamentos o leyes supletorias o conexas, o de acuerdo con el Código de Trabajo y la Ley de Seguro Social.".

*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<sup>3</sup> de este Reglamento. El Tribunal ordenará levantar información por medio de la Dirección General, si así lo estimare necesario para dictar su fallo, que será definitivo; y” ...”.*

Atentamente,

**ASESORÍA JURÍDICA**

Engie Vargas Calderón  
**ABOGADA**

EVC/ZRQ

---

<sup>3</sup> 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.”

6 de abril de 2018

**AJ-OF-128-2018**

Señor  
Wilberth Cordero Fernández  
Jefe, Departamento de Gestión del Potencial Humano  
Ministerio de Hacienda

**Asunto:** Incentivo de anualidades

Estimado señor:

Con la aprobación de la encargada de la Asesoría Jurídica, se atiende el oficio número DGPH-INC-137-2018 del 9 de marzo de 2018, recibido el día 13 de ese mismo mes, vía correo electrónico, para brindar respuesta con respecto al reconocimiento de tiempo laborado en la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (JUPEMA), dentro del incentivo de anualidades.

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.

Si bien, dentro de las competencias de este Despacho, no se encuentra la de revisar los criterios jurídicos emitidos en ejercicio de las funciones por las diferentes instancias jurídicas de la Administración Activa, en todas las muy diversas denominaciones que puedan recibir en las respectivas estructuras administrativas, con respecto al oficio número DAF-AL-44-2018 del 25 de enero de 2018 emitido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Hacienda, de su contenido se aprecia su conformidad con el bloque de legalidad que rige a la Administración Pública y de su lectura no se advierte algún aspecto oscuro, siendo que en términos generales, responde puntualmente a las interrogantes planteadas sobre el incentivo de

anualidades, pese a lo anterior, se realizan una serie de aclaraciones a continuación.

La Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (JUPEMA) es un ente público no estatal, según lo estipula el artículo 97 de la Ley del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, número 7531:

*“Artículo 97: La Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional es un ente público no estatal, con personería jurídica y patrimonio propio”.*

En virtud de lo anterior, se trae a colación el oficio el oficio número AJ-OF-081-2017 del 17 de julio de 2017 de esta Asesoría Jurídica, que estableció sobre los entes públicos no estatales, caso de JUPEMA, lo siguiente:

(...)

*“Además es importante referirnos a lo indicado en el dictamen C-380-2004, del 21 de diciembre 2004; que manifiesta lo siguiente:*

*“(...) “En referencia a los fines del ente y los intereses bajo los que actúa, el ordenamiento diferencia entre entes públicos estatales y entes públicos no estatales. Conforme esa doctrina, el ente público no estatal tiene naturaleza pública en razón de las competencias que le han sido confiadas por el ordenamiento. Es decir, es titular de potestades administrativas, en cuyo ejercicio puede emitir actos administrativos, sin que al efecto se diferencie de un ente público ‘estatal’. Y es que de existir diferencia, ésta radicaría en la titularidad de los fines, que han de ser de ‘interés general’, pero sin que sea necesario que coincidan en todo o en parte con los fines del Estado. Se considera que los fines son de un interés general menos intenso que el que satisface el Estado. Tal es el caso de los colegios profesionales o entidades representativas de sectores productivos.” (...)*

*Dictamen C-397-2005 del 15 de noviembre de 2005. (...)*

(...)

De igual manera indicó:

*“El ejercicio indirecto de funciones públicas no transforma al particular en ente público, ni a sus empleados en funcionarios públicos. Se trata, simplemente, de un ejercicio privado de funciones públicas, y como privada es la persona que las realiza, privado es también el personal que de él depende para el desarrollo de la función que tiene a su cargo; privada es la relación jurídica que une al personal y al ente, y privados*

*han de ser también los actos del mismo respecto de ese personal.” (TOMAS HUTCHINSON. Las corporaciones profesionales, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 1982, p. 92).”*

Por su parte, el oficio AJ-570-2015 del 11 de noviembre de 2015 de esta Asesoría Jurídica señala:

*“(…) Con respecto al pago de anualidades **de los entes públicos no estatales** -tal y como el caso que nos ocupa-, la Procuraduría General de la República, mediante diversos dictámenes como el C-264-2011 y el C-213-2008, para citar algunos, mantuvo históricamente la posición de que los entes públicos no estatales, de conformidad con la teoría del Estado como Patrono Único, no estaban obligados a cancelar las anualidades a las que se refiere la Ley de Salarios de la Administración Pública, precisamente porque no forman parte del “Estado”, además por el hecho de que ese tipo de entes se rigen, en términos generales, por el derecho laboral común, por lo que se supone que las condiciones salariales podrían ser acordadas libremente por las partes, sin sujeción a las normas que rigen el empleo público.*

*No obstante, a raíz de reiterados fallos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que sostenían la obligatoriedad de reconocer anualidades en estos entes de conformidad con la citada Ley, la Procuraduría cambió temporalmente su posición tradicional, y puso en armonía sus criterios con la visión de la Sala Segunda.*

*Sin embargo, a partir de una nueva jurisprudencia de la Sala Segunda, la Procuraduría vuelve a su posición histórica, en reciente Dictamen número C-471-2014 del 18 de Diciembre del 2014, reconsiderando la posición que había variado temporalmente, mantenido al respecto:*

*“... A. Este Órgano Asesor ha mantenido históricamente la tesis de que los entes públicos no estatales no están obligados a cancelar a sus empleados las anualidades a las que se refiere la Ley de Salarios de la Administración Pública.*

*B. A raíz de una serie reiterada de fallos de la Sala Segunda que establecieron la obligación de JUPEMA de cancelar anualidades a sus servidores, esta Procuraduría en sus dictámenes C-213-2008 del 20 de junio de 2008, C-264-2011 del 25 de octubre de 2011 y C-126-2012 del 28 de mayo de 2012, decidió modificar su posición mientras esa doctrina jurisprudencial se mantuviera vigente.*

*C. A partir de la sentencia n.º 1101-2012 de las 9:55 horas del 5 de diciembre de 2012, la Sala Segunda cambió de criterio e indicó, en múltiples ocasiones, **que los entes públicos no estatales cuyo***

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

**régimen de empleo no esté sometido al Derecho Público, no tienen la obligación de reconocer el pago de las anualidades previstas en la Ley de Salarios de la Administración Pública.**

D. En virtud de ese viraje jurisprudencial, se reconsidera de oficio el dictamen C-213-2008 del 20 de junio de 2008, solamente en tanto estableció la obligación del Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes de cancelar a sus empleados las anualidades previstas en la Ley de Salarios de la Administración Pública. Se reconsidera, también de oficio, el dictamen C-264-2011 del 25 de octubre de 2011 y el C-126-2012 del 28 de mayo de 2012, en tanto establecieron la obligación de la JUPEMA de cancelar a sus empleados las anualidades a las que se refiere la Ley de Salarios de la Administración Pública...” (el resaltado no corresponde al original)

De esta forma, a partir de los dictámenes de cita, es que se concluye que solo aquellos entes públicos no estatales cuyo régimen de empleo se encuentre sometido a las reglas del derecho público, sí serán susceptibles del pago por concepto de anualidades al amparo de la Ley de Salarios de la Administración Pública”.

Dado lo señalado anteriormente, resulta evidente que quien ostenta la competencia para determinar si un funcionario que laboró en un ente público no estatal, se encontraba regido por las reglas del empleo público, es la Administración Activa de la institución que reconocerá las correspondientes anualidades, y la misma deberá utilizar los mecanismos probatorios que considere pertinentes para efectuar dicha comprobación.

Finalmente, con respecto a lo señalado en el oficio número DAF-AL-44-2018 del 25 de enero de 2018 emitido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Hacienda con respecto al oficio AJ-354-2005 del 29 de abril de 2005 de esta Asesoría Jurídica, debe aclararse que según lo indicado supra y a la luz de la reconsideración que se determinó en la jurisprudencia, el criterio mencionado anteriormente resulta ineficaz en la actualidad, siendo que el mismo, respondió a una consulta en tiempo y espacio específicos.

En espera de haber aclarado su consulta en forma suficiente, atentamente,

Original firmado {Licda. Engie Vargas Calderón

Licda. Engie Vargas Calderón  
**Asesoría Jurídica**

EVC/AMRR

2 de julio del 2018

**AJ-OF-266-2018**

Señor  
Johnny Rodríguez Rodríguez  
Director  
Federación CAPROBA

**ASUNTO:** Ref. Oficio número  
DEC-JR-110-06-2018 del 26  
de junio del 2018

Estimado señor

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se atiende su misiva remitida a este Centro de Trabajo, mediante correo electrónico el día 27 de junio del presente año, mediante el cual específicamente consulta:

*“1. ¿Es aplicable las disposiciones del Estatuto de Servicio Civil, Ley n° 1581 de 30 de mayo de 1953 y sus reformas, a los funcionarios de las Federaciones de Municipalidades del país, constituidas conforme los artículos 9, 10 y 11 del Código Municipal, Ley n° 7794 y sus reformas?*

*2. ¿Son aplicable a los funcionarios profesionales de las Federaciones de Municipalidades del país e inclusive para el régimen municipal, las disposiciones de la Dirección General de Servicio Civil, emanadas mediante resolución n° DG-254-2009, de las 13 horas del 12 de agosto de 2009, adicionada por la resolución n° DG-208-2012 de 07 de agosto de 2012, para la aplicación del Régimen de Dedicación Exclusiva? “*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, hemos de indicarle que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

Constitucionalmente, el Régimen de Servicio Civil se fundamenta en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política. Estos artículos señalan:

**"Artículo 191.** *Un estatuto de Servicio Civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración.*

**Artículo 192.** *-Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y solo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos."*

Ahora bien es importante resolver cuáles son los funcionarios cobijados por la normativa especial del Régimen de Servicio Civil; para los efectos, el Estatuto de Servicio Civil Ley N° 1581 del 30 de mayo de 1953, en sus numerales 1 y 2 se señala:

**"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.*

**Artículo 2.**

*Para los efectos de este Estatuto se considerarán servidores del Poder Ejecutivo, los trabajadores a su servicio remunerados por el erario pública y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial."*

Siendo así, están excluidas del Régimen de Servicio Civil las instituciones del Sistema Bancario Nacional, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, las Universidades, las Municipalidades y las instituciones autónomas o semiautónomas.

Por su parte la Procuraduría General de la República como Órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública, en su dictamen C-243-2002 del 19 de setiembre del 2002, expuso en cuanto a la naturaleza de la Federación CAPROBA, el siguiente extracto que me permito transcribir:

*"(...)*

**NATURALEZA JURÍDICA DE CAPROBA.**

*(...)*



*En términos generales, las federaciones municipales, se caracterizan por ser " Entidades de Derecho Público, de régimen local, no territoriales y de base estructural asociativa, lo que las constituye en corporaciones locales, interadministrativas de naturaleza institucional (no territorial),..." (Martínez López-Muñiz, José Luis. Los consorcios en el derecho español. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1974. Pag 498. Lo resaltado no es del original)*

Continúa exponiendo el criterio de cita al respecto:

*"(...)En lo que respecta a la Federación Municipal CAPROBA, en primer lugar, es necesario apuntar que según lo dispuesto en el artículo 1° de sus Estatutos (Reformados en Asamblea General del 21 de setiembre de 2001 y aprobados por la Contraloría General de la República, de conformidad con la Ley N° 5119 del 20 de noviembre de 1972), está conformada por las municipalidades de: Corredores, Golfito, Guácimo, Limón, Matina, Osa, Pococí, Sarapiquí, Siquirres, Talamanca y Turrialba, con domicilio en el Palacio Municipal de Matina.*

*Por su parte, de acuerdo al artículo 3° de sus Estatutos, CAPROBA "... es una persona jurídica pública, independiente de las municipalidades que la integran, con un patrimonio propio, personalidad y capacidad jurídica plenas para ejecutar todo tipo de actos y contratos necesarios para cumplir sus objetivos." (Lo resaltado y subrayado no es del original). Tales objetivos se encuentran establecidos en el artículo 5° de los estatutos de CAPROBA y entre otros podemos destacar: procurar el fortalecimiento institucional y político de las Municipalidades, promover el bienestar de los ciudadanos, así como el desarrollo*

*integral y sostenido del territorio, mejorar la recaudación municipal mediante la implantación de los mecanismos de Gestión Catastral y Tributaria que fuesen necesarios, mejorar el desarrollo urbanístico del territorio, promover modificaciones totales o parciales del Régimen Municipal.*

*Para poder cumplir con los fines establecidos en sus Estatutos, la Federación está dotada de un Régimen Orgánico propio, estructurado en: órganos de gobierno, de gestión y consultivos; cada uno de ellos con competencias propias, claramente delimitadas, e independientes de la estructura organizativa de las respectivas municipalidades asociadas. Podemos afirmar que si bien la Federación de Municipalidades de los Cantones Productores de Banano es el*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*producto de la voluntad de las distintas municipalidades que la conforman, no forman parte de la estructura municipal.*

**De lo expuesto se colige que la Federación Municipal CAPROBA es un ente asociativo independiente, de carácter público, constituido como una entidad supra municipal, a la que se le ha dotado de un patrimonio, una organización, personalidad y capacidad jurídica propias, para el cumplimiento de las funciones o servicios específicos que se le han asignado mediante sus Estatutos, por ser considerados de interés para las comunidades representadas por las municipalidades asociadas...**

Ante lo anterior, respondemos a su primera interrogante siendo que se comprende que CAPROBA no forma parte del Régimen de Servicio Civil, por lo tanto la normativa citada supra, no es de aplicación para CAPROBA.

En cuanto a la segunda consulta, la cual es despejada con la respuesta anterior, el hecho que una institución independiente del Régimen acoja bajo su normativa, una normativa que no es aplicable por su naturaleza jurídica, es una situación de mero resorte interno y potestativo, sin que ello genere responsabilidad para la Dirección General de Servicio Civil.

A manera de soporte para sus propositos le indicamos que la Dirección General de Servicio Civil cuenta con un Centro de Información Documental denominado "CIDSECI", con el acceso directo <http://cidseci.dgsc.go.cr/> en el que puede consultar criterios emitidos por este Despacho en cuanto a Dedicación Exclusiva y otros temas que le pueden ser de su interés.

Ante lo anterior y no teniendo competencia para referirnos para la resolución del caso concreto que reside en la propia institución, se da por evacuada su consulta.

Atentamente,

**ASESORÍA JURÍDICA**

Andrea Brenes Rojas  
**ASESORA JURÍDICA**

ABR/ZRQ

C: Señor Alfredo Hasbun Camacho, Director General de Servicio Civil

13 de abril del 2018

**AJ-OF-135-2018**

Licenciado  
José Alberto Zapata Zamora

**Asunto:** Sobre el ascenso interino.

Estimado señor:

Con la autorización de la encargada de la Asesoría Jurídica, se emite respuesta a su correo electrónico de fecha 06 de abril de 2018, en primera instancia, en lo que refiere a la Asesoría Jurídica, sobre la autorización en el punto 8, de la Resolución DG-484-2011, *de la Dirección General del Servicio Civil, denominada "No utilizar clases de Técnico en Administración Educativa 1 y Técnico en Administración Educativa 2", le manifiesto lo siguiente:*

Con respecto a la autorización por parte de la Asesoría Jurídica de la Resolución "DG-484-2011, *de la Dirección General del Servicio Civil, denominada "No utilizar clases de Técnico en Administración Educativa 1 y Técnico en Administración Educativa 2", que se encuentra en la parte del "Considerando", de la Resolución de cita, es en razón, de que por parte de la Asesoría Jurídica se revisa que la conformación de la Resolución a nivel de formato y su contenido, cumpla con la normativa estipulada, y de acuerdo a lo establecido, con el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.*

En el caso del punto 3, indicado por usted que cita lo siguiente: "(...) Que se analice específicamente mi caso para la aprobación del ascenso interino al Puesto Jefe de Servicios Administrativos y Financieros de la Dirección Regional de Educación Cañas (...)" se le manifiesta lo siguiente:

En primera instancia en este caso conviene aclarar, que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a este caso, por cuanto el mismo es de resorte exclusivo de la Administración Activa, quien deberá resolver lo procedente, a la luz del análisis general que desde el ámbito estrictamente normativo y jurisprudencial en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

Una vez indicado lo anterior, en lo que respecta a los ascensos, existen dos tipos:

- 1) Los ascensos directos, que se encuentran regulados en el artículo 21 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que dicta lo siguiente:

*“(...) Las promociones o ascensos a clases diferentes de la inmediata superior de la misma u otra serie de la estructura ocupacional, deberán tramitarse mediante un procedimiento de promoción interna de antecedentes para funcionarios de carrera, el cual estará regido por las disposiciones que al efecto dicte la Dirección General. Quedarán a salvo aquellos casos en que, previamente, la Administración solicite aplicar los procedimientos señalados en el Capítulo V de este Reglamento.*

*Lo anterior será de aplicación al personal técnico docente y administrativo docente (Así reformado por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 38109-MP de 28 de Enero de 2014) (...)*”

- 2) Los ascensos a clases diferentes, se encuentran regulados en el artículo 21 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que dictan lo siguiente:

*“(...) Los ascensos a clases diferentes de la inmediata superior de la misma u otra serie deberán tramitarse mediante concurso interno de acuerdo con las regulaciones que al efecto dicte la Dirección General.*

*(Así reformado por el artículo 1° del decreto ejecutivo No. 39066-MP del 29 de junio de 2015, publicado en la Gaceta No. 133, 10 de julio de 2014)”*

Es por lo anterior que es de suma importancia destacar que 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;*

*...*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*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 se debe agregar que el resolver el caso planteado, sería competencia del órgano superior jerárquico del Ministerio para el cual presta sus servicios.

Sin otro particular, suscribe

Atentamente,

Licda. Karol Ramírez Brenes  
**Asesoría Jurídica**

KRB/AMRR

21 de mayo del 2018

**AJ-OF-200-2018**

Señor  
Mario Alberto Arnesto Vargas  
Auditor de Tecnologías de Información  
Ministerio de Seguridad Pública

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se atiende el oficio sin número de fecha 10 de mayo del 2018, mediante el cual, solicita criterio legal respecto a las audiencias en los procedimientos administrativos.

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, ha de indicarse 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.

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". (El subrayado no corresponde al original)*

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."*

No obstante lo anterior si consideramos prudente indicarle **que** sobre la consulta específica, no existe normativa expresa en el Régimen de Servicio Civil, que establezca las pautas a seguir en las audiencias de los procedimientos administrativos.

En virtud de esto, si bien es cierto es obligación del personal cubierto por el Régimen de Méritos presentarse a rendir su testimonio, como bien lo establece el artículo 50 inciso h) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil<sup>4</sup>, o cualquier otra disposición jurídica que conforme el bloque de legalidad en esta materia, los derechos humanos de éstos y de las partes, no pueden ser violentados durante el desarrollo de las comparecencias.

---

<sup>4</sup> Dispone este inciso: Artículo 50.- Los servidores públicos cumplirán los deberes que expresamente les señalan el artículo 39 del Estatuto y el artículo 71 del Código de Trabajo así como todos los que fueren propios del cargo que desempeñan, de conformidad con el Manual Descriptivo de Puestos y los reglamentos interiores de trabajo, a efecto de obtener la mayor eficiencia en los servicios de la Administración Pública. Tendrán, además, las siguientes obligaciones: ...

*h) Rendir las declaraciones que se les pidan cuando fueren citados como testigos en reclamaciones e informaciones de despidos o reclamos; así como suministrar cualesquiera datos, constancias o certificaciones que para cualquier efecto sean requeridos por el Tribunal o la Dirección General;*

Además, se considera prudente recordar que, luego de que la Administración Activa resuelva lo que corresponda sobre el caso concreto, si un servidor o una servidora no obtiene respuesta satisfactoria a sus pretensiones dentro del centro de trabajo para el cual prestan sus servicios, pueden 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 supra citado cuerpo jurídico, 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<sup>5</sup> de este Reglamento. El Tribunal*

---

<sup>5</sup> 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



N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*ordenará levantar información por medio de la Dirección General, si así lo estimare necesario para dictar su fallo, que será definitivo; y” ...*

Atentamente,

**ASESORÍA JURÍDICA**

Engie Vargas Calderón  
**ABOGADA**

EVC/ZRQ

---

i) Señalamiento de casa u oficina para oír notificaciones en el lugar de su domicilio.”

**AJ-OF-199-2018**

21 de mayo del 2018

Licenciada  
Vianney Loaiza Camacho  
Directora  
Dirección de Recursos Humanos  
Ministerio de Ambiente y Energía

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a atender la consulta remitida a este Despacho mediante el oficio número DRH-260-2018 de fecha 15 de mayo del presente año, en el cual expone lo siguiente:

*“¿Existe obligatoriedad por parte de la Administración en reponer el tiempo laboral (fines de semana, feriados) al funcionario en el caso que la Jefatura Inmediata lo envíe a participar en un curso, taller, congreso, ya sea dentro o fuera del país y se le reconozca los tiquetes aéreos, viáticos, etc.*

*Si la actividad se extiende más allá de su horario laboral, se le debe reconocer el pago del tiempo extraordinario?*

*Igualmente, ¿si el funcionario es el que desea participar por su voluntad y la jefatura lo avala, se le debe reconocer el tiempo laboral? (feriados, fines de semana).”*

Previo a evacuar su interrogante, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, hemos de indicarle que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

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

Pese a lo anterior, llama poderosamente la atención, el criterio suscrito por el Licenciado Eduardo García Arrieta, Director a.i. de la Asesoría Jurídica del MINAE, siendo que si bien las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos tienen sus competencias técnicas propias para analizar casos concretos en materia de Gestión de Recursos Humanos, estas deberán tener un acompañamiento de las otras áreas de ese Ente Ministerial; así lo establece el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo No. 21 del 14 de diciembre de 1954, que cita:

**“De la Obligada colaboración:**

**Artículo 141.**-*Para el eficiente y eficaz cumplimiento de las funciones asignadas a las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos, todas las demás unidades administrativas, de tipo técnico, jurídico, contable, financiero, presupuestario, informático y de cualquier otro orden, del Ministerio, Institución u Órgano Adscrito están obligadas a brindarles asistencia y apoyo en el cumplimiento de sus cometidos.” (destacado es de quien redacta)*

Retomando su interrogante resulta de importancia traer a colación el Decreto Ejecutivo No. 40608- MP “REFORMA AL REGLAMENTO DEL ESTATUTO DE SERVICIO CIVIL DECRETO EJECUTIVO N° 21 Y REFORMA DEL REGLAMENTO A LA LEY DE LICENCIAS ADIESTRAMIENTO SERVIDORES PÚBLICOS DECRETO EJECUTIVO N° 17339-P”, el cual expone:

“Sección V

*Becas y licencias*

**Artículo 169.** *La concesión de licencias para el aprovechamiento de becas y otras facilidades dirigidas a la capacitación y formación de las personas servidoras del Régimen de Servicio Civil, se regularán por medio de la Ley de Licencias para Adiestramiento de Servidores Públicos, N° 3009 y sus reformas; su Reglamento, el Decreto Ejecutivo N° 17339-P del 2 de diciembre de 1986 y las disposiciones contenidas en este capítulo.”*

Por su parte la Procuraduría General de la República quien como Órgano es el órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública expuso al respecto<sup>6</sup>:

*"...Conforme se colige de los citados cuerpos legales y reglamentarios, el otorgamiento de esos permisos es producto de la propia potestad de la Administración Pública, en función de una mejor prestación del servicio público, y en la medida que las condiciones del servidor lo permitan, toda vez que el ejercicio de esa potestad discrecional, debe sujetarse a los cánones estipulados en los artículos 15, 16, 17, 160 y 216, inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública, acorde con los cuales y de acuerdo con lo plasmado en resoluciones como la N° 19 de las 14:40 horas del 02 de abril de 1997 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: "la discrecionalidad está sometida a los límites que el mismo ordenamiento le impone, así como las reglas de la lógica, la ciencia o la técnica, y a los principios generales del Derecho, entre los cuales destacan los principios elementales de justicia, de conveniencia y de razonabilidad".*

Aunado a lo dicho, a manera de colaboración, el Código de Trabajo, en cuanto a jornada extraordinaria regula:

**ARTÍCULO 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. No se considerarán horas extraordinarias las que el trabajador ocupe en subsanar los errores imputables sólo a él, cometidos durante la jornada ordinaria.*

*El trabajo que fuera de la jornada ordinaria y durante las horas diurnas ejecuten voluntariamente los trabajadores en las explotaciones agrícolas o ganaderas, tampoco ameritará remuneración extraordinaria. (Así reformado por artículo 1, de la Ley No. 56 del 7 de marzo de 1944)*

**ARTÍCULO 140.-** *La jornada extraordinaria, sumada a la ordinaria, no podrá exceder de doce horas, salvo que por siniestro ocurrido o riesgo inminente peligran 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."*

---

<sup>6</sup> C-129-2017 de fecha 12 de junio de 2017.

Siendo así, nos encontramos que las labores realizadas fuera de los límites establecidos -ocho o seis horas diarias-, se deben considerar como jornada extraordinaria, la cual tiene un **carácter excepcional y temporal**, y tiene como fin atender tareas especiales, imprevistas e impostergables que se presenten; toda vez que, de lo contrario, se modificaría y transgrediría toda la protección jurídica existente respecto al límite de las jornadas de trabajo. Al respecto puede consultarse, entre otros, los dictámenes número C-047-2003 del 20 febrero de 2003, C-236-2004 del 10 de agosto de 2004, C-38-2015, del 24 de febrero 2015 y C-117-2017 del 02 de junio de 2017, todos de la Procuraduría General de la República.

Es por lo dicho que la jornada extraordinaria es aquella que se da para realizar tareas especiales, imprevistas e impostergables que se presenten, por lo tanto, el tiempo que una funcionaria o un funcionario invierte en capacitaciones o cursos fuera de su jornada ordinaria, tal y como se plantea en esta interrogante, no puede ser tomado como horas de trabajo extraordinario que ameriten remuneración alguna. Máxime que el objetivo de capacitar al personal es lograr, precisamente, una mejora en la eficiencia de la actividad administrativa.

Por lo tanto, en atención a que el otorgamiento del beneficio de una licencia por adiestramiento, es un asunto de resorte interno, se debe hacer mención de los numerales 1) y 2) incisos a), 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;*

*...*

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

*...*

*j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes.”*

Finalmente, conviene indicar a la consultante, que no resulta procedente desde el ámbito de las competencias legales otorgadas a esta Asesoría Jurídica, el emitir criterio técnico jurídico; en virtud de lo que reza el artículo 7, Nivel Asesor, inciso a) del Reglamento Autónomo de Servicio y Organización de la Dirección General de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo número 35573-MP del 16 de setiembre de 2009; que literalmente, y en lo necesario, señala lo siguiente:

*“...a) **Asesoría Jurídica:** Asesorar al más alto nivel jerárquico institucional y a los niveles intermedios en la toma de decisiones que*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*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...”*

Con estos argumentos, damos por atendida su misiva y en caso de así requerirlo y de acuerdo con el numeral 141 supra transcrito, puede elevar su consulta, si a bien lo tiene, al área jurídica de esa cartera ministerial.

Atentamente,

**ASESORÍA JURÍDICA**

Andrea Brenes Rojas  
**ABOGADA**

ABR/MZR

13 de abril de 2018

**AJ-OF-134-2018**

Licda  
Vianney Loaiza Camacho  
Dirección de Recursos Humanos  
MINAE

**Asunto:** Consulta por correo electrónico de fecha 03 de abril de 2018 sobre Informe final de labores y entrega de activos y llaves.

Estimada señora:

Con la aprobación de la encargada de esta Asesoría Jurídica, se procede a atender su consulta hecha mediante correo electrónico de fecha 03 de abril de 2018, en el cual solicita se le aclare lo siguiente:

*“Acudo a su persona con todo respeto, solicitando su amable orientación respecto a la situación que a continuación detallo para su mayor comprensión:*

*En agosto del 2017, la administración activa resuelve el traslado físico laboral de una funcionaria que, a partir de entonces y hasta fecha reciente, por diversos motivos (vacaciones, incapacidades varias) no se presentó a laborar en su nueva ubicación física. Una vez reincorporada, se le hace entrega de oficio donde se le solicita la entrega de un informe de labores, activos y llaves bajo su responsabilidad directa; a lo cual responde indicando que para tales menesteres necesita tiempo, por lo que coordinará con su actual Jefatura Inmediata.*

*En procura de coordinar lo necesario, esta Dirección envía correo a la Jefatura Inmediata de la servidora (misma que a la fecha no ha respondido); ante lo cual la interesada reacciona en los términos que abajo se describen.*

*Mi consulta concreta, Don Roberto; es si dentro del marco de la legalidad, esta Dirección ha actuado debidamente y sí existe normativa que permita a la administración realizar acciones*

*tendientes a disponer de los activos y espacio físico que anteriormente ocupara la funcionaria en mención, especialmente teniendo en cuenta que ya han pasado 8 meses desde su traslado y se desconoce de los asuntos que están pendientes o que incluso pueden haber pre escrito...”. (La cursiva no es del original).*

En ese contexto, la Asesoría Jurídica no tiene competencia para intervenir en un procedimiento técnico-operativo y tampoco existe en la normativa que regula dicha materia.

En primera instancia conviene aclarar, que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a este caso, por cuanto el mismo es de resorte exclusivo de la Administración Activa, quien deberá resolver lo procedente, a la luz del análisis general que desde el ámbito estrictamente normativo y jurisprudencial en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

La decisión para resolver el caso en concreto, es un asunto de resorte interno del respectivo Ministerio, en los términos de los numerales 1) y 2) incisos a), d), e) y j) del artículo 28 de la Ley General de la Administración Pública, que señalan:

*“Artículo 28.-*

*1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.*

*2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:*

*a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;*

*...*

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

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

*...*

*j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes.”*

Por otro lado y no menos importante cabe destacar lo que establece el artículo 50 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil donde indica lo siguiente:

### **“Deberes de los servidores públicos:**

*Artículo 50.- Los servidores públicos cumplirán los deberes que expresamente les señalan el artículo 39 del Estatuto y el artículo 71 del Código de Trabajo así como todos los que fueren propios del cargo que desempeñan, de conformidad con el Manual Descriptivo de Puestos y los*



*reglamentos interiores de trabajo, a efecto de obtener la mayor eficiencia en los servicios de la Administración Pública.*

*Tendrán, además, las siguientes obligaciones:*

- a) La prestación personal de servicios en forma regular y continua, en el lugar que el Ministro o jefe autorizado lo indiquen, a los fines de garantizar la eficiencia de la Administración, lo cual puede implicar el traslado o la reubicación del servidor dentro de un mismo programa presupuestario, de un programa a otro o de un ministerio a otro, movimientos que se harán de conformidad con lo que al efecto señala el artículo 22 bis de este Reglamento.*
- b) Ejecutar las labores con toda capacidad, dedicación y diligencia, así como acatar las órdenes e instrucciones de sus superiores jerárquicos y cumplir el procedimiento que corresponda en todas las solicitudes, peticiones de mejoramiento y reclamos en general, que formulen ante sus superiores;*
- c) Atender las sugerencias, aportes y planteamientos en general, hechos por sus subordinados inmediatos que contribuyan a la solución de los problemas que afecten la prestación del servicio público y al mejoramiento de su eficiencia. Tales sugerencias, aportes y planteamientos deberán ser dirigidos por escrito al superior inmediato dentro de un marco de seriedad, respeto y sentido de la realidad (...)."*

Atentamente,

Licda. Rocío Caravaca Vargas  
**Asesoría Jurídica**

RCV/AMRR



**AJ-OF-008-2018**

12 de enero de 2018

**Asunto:** Solicitud de criterio legal sobre las faltas de mera constatación.

**Ref:** Oficio número DAF-057-17 del 12 de diciembre del 2017.

Señor  
Rolando Bolaños Garita  
Dirección Administrativa Financiera  
Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad

Estimado señor:

Con la aprobación del Director a.i. de la Asesoría Jurídica, se atiende el oficio número DAF-057-17 del 12 de diciembre del 2017, recibido el 13 de ese mismo mes, mediante el cual, se solicita criterio legal respecto a las faltas de mera constatación.

Previo a evacuar sus consultas, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, ha de indicarse 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.

Sobre el tema de las faltas de mera constatación, la jurisprudencia ha sufrido diversas etapas y transformaciones a lo largo de la historia. Para ello, es importante señalar que el autor Alfonso Chacón Mata, construye cuatro tendencias basadas en la jurisprudencia, sobre este tipo de faltas<sup>7</sup>.

Una primera tendencia se desarrolla entre los años 1994 y 2002, en la cual no se consideraba necesario cumplir con el debido proceso para corroborar las faltas de

---

<sup>7</sup> Ver Chacón Mata Alfonso. (2015). El Debido Proceso en el Empleo Público. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., páginas 274 -295.

mera constatación. Es así, como la sentencia número 4059-94 de las quince horas cuarenta y dos minutos del cinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro de la Sala Constitucional señala:

*“En reiteradas ocasiones esta Sala ha dicho que en cumplimiento del debido proceso establecido en el artículo 39 constitucional, el pretendido autor de un hecho que le puede deparar una sanción debe tener oportunidad efectiva de ejercer su derecho de defensa para lo cual es indispensable que se le otorgue audiencia desde el inicio mismo del procedimiento disciplinario y se le haga una clara imputación de los hechos y pruebas existentes en su contra para que el sancionable pueda conocer de qué se le acusa concretamente. Pero cuando como en este caso cuando los hechos son directamente constatables dado que con el solo examen del registro de asistencia se comprueben los mismos, no hay ningún debido proceso que cumplir y puede la Administración imponer directamente la sanción, ya que de lo contrario sería llevar al debido proceso a extremos absurdos, ya que casos como en la especie no hay nada que probar, pues la Administración puede comprobar la ausencia o en su caso las llegadas tardías en que incurra un funcionario, con un simple examen del registro de control de asistencia que al efecto se lleve”.*(El subrayado no pertenece al original).

Una segunda tendencia, que se desarrolla del año 2002 al año 2007, plantea un cambio al determinar la realización del debido proceso en las faltas de mera constatación, si la normativa del régimen al que pertenece el funcionario, así lo establece. La sentencia 8693-2002 de las diez horas con once minutos del seis de setiembre del dos mil dos, de la Sala Constitucional indica:

*“Considera la Sala que lleva razón el recurrente en su alegato y que en consecuencia, se ha lesionado su derecho al debido proceso y a la defensa. Consta en el expediente que al recurrente se le impuso una sanción de suspensión sin goce de salario por dos días laborables, pero también se desprende que, previo a la imposición de esa sanción, no se le dio oportunidad de defenderse y ello, de una u otra forma, pudo haber incidido en la sanción que posteriormente se aplicó...Por su parte, al observarse los principios sentados en esta materia por el Estatuto del Servicio Civil y su Reglamento, se observa que ambos instrumentos normativos son garantes de los principios del debido proceso y derecho de defensa...Así las cosas, en el caso concreto se constata que no se le brindó esa oportunidad de defensa al recurrente previo a la imposición de la sanción a pesar de que, como se ha indicado, la normativa expresamente establece la obligación de respetar el debido proceso y el derecho de defensa antes de dictar sanción de suspensión sin goce de salario en el Instituto Nacional de Aprendizaje”. (El subrayado no pertenece al original).*

La tercera tendencia, que se desarrolla del año 2010 al año 2012, modifica el criterio anterior, realizando una variación jurisprudencial sobre las faltas de mera

constatación, bajo un análisis completamente garantista del debido proceso, independientemente de la falta cometida por el funcionario y la sanción que se deba atribuir. Lo anterior, se determina en la sentencia número 11495-2010 de las dieciséis horas y cincuenta y dos minutos del treinta de junio del dos mil diez de la Sala Constitucional, que establece:

*“En forma reiterada, la posición mayoritaria de la Sala había sostenido que en aquellos casos en los que los funcionarios públicos cometan faltas que sean catalogadas como de mera constatación, la Administración no se encuentra obligada a llevar a cabo un procedimiento conforme las reglas del debido proceso (ver así, a manera de ejemplo, los Votos Nos. 7890-10, 4097-08). Con base en ese criterio, se rechazaban de plano o se declaraban sin lugar los procesos de amparo en los que se alegaba la inobservancia del debido proceso para sancionar a un servidor por la comisión de una falta como las de comentario. No obstante, a partir de una mejor ponderación y a la luz del caso concreto, este Tribunal considera oportuno revisar y variar ese criterio en dos supuestos particulares: cuando por incurrir en una falta de “mera constatación”, se sanciona al funcionario con el despido o con una suspensión laboral...”*

*El ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de los jefes de un ente u órgano administrativo, tiene repercusiones o consecuencias jurídicas muy graves en la esfera del funcionario público sometido a la misma. Toda potestad administrativa requiere, para su regularidad y validez, de un procedimiento administrativo previo, sobre todo si el acto final que resulta de su ejercicio resulta aflictivo o gravoso para el administrado destinatario de ésta, sea que se encuentre sometido a una relación de sujeción general o especial. Ese iter procedimental está concebido para garantizarle al administrado una resolución administrativa que respete el debido proceso, el derecho de defensa, el contradictorio o la bilateralidad de la audiencia y, por consiguiente, tiene una profunda raigambre constitucional en los ordinales 39 y 41 de la Constitución Política. El procedimiento administrativo es un requisito o elemento constitutivo de carácter formal del acto administrativo final, cuya ausencia o inobservancia determina, ineluctablemente, la invalidez o nulidad más grave al contrariar el bloque de constitucionalidad (derechos al debido proceso y la defensa), sobre el particular, el ordinal 216 de la Ley General de la Administración Pública estipula, con meridiana claridad, que “La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento...”. En tratándose del Derecho Administrativo Disciplinario, la Ley General de la Administración Pública manda a los órganos y entes administrativos a observar, indefectiblemente, el procedimiento ordinario cuando este conduzca “...a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualquiera otra de similar gravedad”. Es inherente al procedimiento ordinario la realización de una comparecencia oral y privada en la que el administrado que es parte interesada tenga la oportunidad de formular alegaciones, ofrecer prueba y emitir conclusiones (artículos 309 y 317 de la Ley General de la Administración Pública), sobre todo*

cuando “...la decisión final pueda causar daños graves” a alguna o a todas las partes interesadas (artículo 218 *ibidem*). Incluso, en los supuestos de faltas de “mera constatación” es preciso que el órgano o ente administrativo competente observe y sustancie un procedimiento administrativo que, en tal caso, debe ser el sumario previsto y normado en los ordinales 320 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, el cual se caracteriza por su naturaleza concentrada y temporalmente reducida, al no haber una comparecencia oral y privada, extremo que no exime a la respectiva administración pública de comprobar exhaustiva, fiel y completamente la verdad real de la falta o hecho imputado y de otorgar una audiencia para conclusiones (artículos 321, 322 y 324 *ibidem*)”. (El subrayado no pertenece al original).

Finalmente, se desarrolla una última tendencia desde el año 2012 a la actualidad, en la cual, se realiza nuevamente un giro a lo señalado supra, y se establece la aplicación del debido proceso en faltas de mera constatación que imponen la suspensión del funcionario, si supera los ocho días, y el despido.

La sentencia 14378-2012 de las once horas cuarenta minutos del doce de octubre de dos mil doce de la Sala Constitucional indica:

“Este Tribunal, por mayoría, y bajo una mejor ponderación, considera que en las faltas de mera constatación, cuando no estamos en presencia de una suspensión superior a ocho días o un despido, casos en los que están de por medio los derechos fundamentales al trabajo y al salario – en el supuesto de este último ante una afectación significativa-, no es necesario dar el debido proceso. Ergo, como en reiteradas ocasiones este Tribunal ha señalado, en aquellos casos en los que los funcionarios públicos cometan faltas que sean catalogadas como de mera constatación, la Administración no se encuentra obligada a llevar a cabo un procedimiento conforme las reglas del debido proceso... Pero hay una razón práctica para continuar con la postura de la no exigibilidad del debido proceso en estos casos, y que, actuar en sentido contrario, implicaría cargar a la Administración de procedimientos administrativos sancionatorios en asuntos donde está debidamente acreditada la falta, lo que los hace innecesarios; estaríamos burocratizando una Administración de por sí ya burocratizada. No así en los dos supuestos a que hemos hecho referencia supra, donde, dada la gravedad de la sanción, razones de justicia y equidad imponen darle la oportunidad al funcionario para que ejerza su defensa y la Administración, con base en criterios de conveniencia, lógica y justicia, valore la prueba de descargo que él aporta”. (El subrayado no pertenece al original).

De acuerdo a lo anteriormente señalado, y bajo la tendencia que actualmente establece la jurisprudencia, es la Administración Activa quien debe analizar y determinar el tipo de falta que comete el funcionario, y a partir de ello, ejecutar las sanciones y procedimientos correspondientes, en caso de que procedan.

Por otro lado, con respecto a la consulta planteada sobre si el criterio AJ-1601-2004 del 3 de diciembre de 2004 se mantiene incólume, según lo indicado supra y a la luz de la reconsideración que se determinó en la jurisprudencia, el criterio mencionado anteriormente resulta ineficaz en la actualidad, siendo que el mismo, respondió a una consulta en tiempo y espacio específicos.

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

*Original firmado* {Licda. Engie Vargas Calderón

Licda. Engie Vargas Calderón  
**Asesoría Jurídica**

EVC/AMRR

20 de abril de 2018

**AJ-OF-145-2018**

Sra.  
Meibel Pérez Alexander  
Escuela Luis Demetrio Tinoco Castro  
Directora

**Asunto:** Aclaración de la figura “Guarda Dormilón”.

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Director a.i. de esta Asesoría Jurídica, se da respuesta a su consulta hecha mediante correo electrónico de fecha martes 03 de abril de 2018, por medio del cual remite aclaración a este despacho, en relación con las interrogantes que a continuación procedemos a transcribir:

*“Les saludo y a la vez les solicito la aclaración de la figura de "Guarda Dormilón" en las escuelas; esto porque actualmente tengo a mi cargo 3 oficiales de seguridad y un auxiliar, de estos un oficial trabaja de 10 pm a 6 am (8 horas); sin embargo al revisar su labor es comprobable que lo que hace es dormir en el cubículo.*

*La pregunta es:*

- ¿Tiene derecho a dormir en el trabajo a pesar de que no labora 12 horas?*
- ¿No debe hacer rondas nocturnas?...”*

De previo, 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, 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. Hecha la aclaración anterior, se podría decir que el tema en discusión encuentra fundamento jurídico en el artículo 58 constitucional, y los numerales 135, 136, 137, 138, 139, 140 y 143 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 los 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:**

### **“...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 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*

*(...);*

### **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.*

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=87820&nValor5=47165](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=87820&nValor5=47165) **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.*

(...);

#### **ARTICULO 140.-**

*La jornada extraordinaria, sumada a la ordinaria, no podrá exceder de doce horas,*

(...);

De las normas supra transcritas se puede colegir con meridiana claridad, que las jornadas laborales o de trabajo que la legislación vigente permite son las siguientes:

- Una jornada ordinaria diurna no mayor a ocho horas por día y cuarenta y ocho horas a la semana, con posibilidad, en casos excepcionales, de extenderse hasta diez horas diarias, sin superar el máximo semanal indicado.
- Una jornada nocturna no mayor a seis horas por día y treinta y seis horas semanales.
- Una jornada mixta<sup>8</sup>, que en principio será de siete horas por día, con posibilidad, en casos excepcionales, de extenderse hasta ocho horas diarias, sin exceder las cuarenta y ocho horas semanales.

No obstante lo anterior, encontramos en el artículo 143 del Código de Trabajo, una excepción a los límites de la jornada laboral, al establecer en forma taxativa una lista de trabajadores que no están sujetos a tales limitaciones, entre los cuales se hayan todos aquellos empleados que realizan sus funciones o tareas encomendadas, sin recibir una fiscalización superior inmediata, o que para el desarrollo de las labores respectivas se requiera únicamente su presencia en el lugar de trabajo. Es en este punto, donde los pronunciamientos de los tribunales ordinarios y algunos entes administrativos especializados en la materia laboral, han

<sup>8</sup> Compuesta por la combinación de horas ubicadas en la franja horaria diurna y nocturna.

coincido en la posibilidad de que dentro de este grupo laboral sea fácilmente identificable algunos tipos de agentes de seguridad, como es el caso del trabajador conocido como “guarda dormilón”<sup>9</sup>, que según los diferentes criterios encontrados, puede laborar hasta doce horas diarias, sin que ello conlleve el reconocimiento de jornada extraordinaria alguna.

Sobre este particular, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio del Departamento de Asesoría Externa de la Dirección de Asuntos Jurídicos, ha dicho que:<sup>10</sup>

*Los **guardas vigilantes**, como su nombre lo indica, deben permanecer atentos y sujetos a los controles que durante sus jornadas les impone el patrono. Estos guardas, por lo general, deben marcar en un reloj colocado para los efectos, cada cierto período de quince, treinta o sesenta minutos durante su jornada, la cual se regula por las disposiciones de los artículos 136 a 138 del Código de Trabajo. Los **guardas dormilones** se ubican dentro de los trabajadores que no tienen fiscalización superior inmediata o de los que “se requiere su sola presencia” para el desempeño de sus funciones, según lo señala el artículo 143 del Código de Trabajo, es decir, pueden “dormitar” dentro de su jornada, lo que no implica que duerman despreocupadamente, y dejen de ser responsables por los daños que ocurran.*

*(...); el guarda dormilón puede laborar hasta 12 horas ordinarias, pero en condiciones especiales:*

- *que no exista control del superior inmediato, ya sea mediante radios de comunicación, o chequeos,*
- *que las funciones se realicen en instalaciones cerradas, y seguras, de ahí que se aplica para fines de semana o en las noches, cuando la empresa o institución se encuentra cerrada.*
- *que el lugar se encuentre acondicionado para que el guarda pueda descansar o “dormitar”*
- *que tenga derecho a disfrutar de un descanso durante la jornada de una hora y media”.*
- *no pueden laborar horas extraordinarias*
- *con derecho a disfrutar de un día de descanso absoluto, después de una semana o seis días continuos*

<sup>9</sup> Para establecer las diferencias con los “guardas vigilantes”

<sup>10</sup> Ver oficio N° DAJ-AE-58-10 del 12 de marzo del 2010.

*De otra forma, si no se cumple con estos requisitos, se trataría de guardas vigilantes, quienes deben laborar jornadas limitadas de 8, 7 y 6 horas, según se trate de jornada diurna, nocturna y mixta, sin posibilidad legal de establecer jornadas extraordinarias permanentes, tratando de justificar una jornada de doce horas...”*

Sobre esta posición asumida por la Cartera de Trabajo, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios ha sido prolija<sup>11</sup>; basta citar, a manera de ejemplo, el pronunciamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que en Resolución N° 432-2014 de las 09:40 horas del 14 de mayo del 2014, ha dicho lo siguiente:

*“...En el caso de los trabajadores que realizan labores de vigilancia se han establecido dos categorías en relación con la jornada que desempeñan: “guarda vigilante”, referida a los que están sujetos a los límites de las jornadas diurna o nocturna, razón por la cual su jornada ordinaria será de 8 o de 6 horas, respectivamente; y, “guarda dormilón”, que comprende aquellos trabajadores que están excluidos de los límites establecidos, por lo cual quedan sujetos a una jornada ordinaria de 12 horas diarias, cuando realizan sus actividades sin fiscalización superior inmediata, en atención a lo dispuesto por el artículo 143 del Código de Trabajo.*

(...);

*(En igual sentido, pueden consultarse los votos n.º 25 de las 10 horas del 1º de febrero de 2002 y 982 de las 10 horas del 25 de octubre de 2006). En el voto 856, 10:25 horas del 21 de setiembre de 2012, se indicó: “En efecto, **para calificar de guarda dormilón**, con el fin de aumentar los límites de la jornada ordinaria y no pagar horas extra después de las 8 horas de trabajo continuo si es diurna o de 6 si es nocturna, **deben darse ciertas condiciones tales como tener un lugar adecuado para dormir y no requerir el servicio de vigilancia constante, además de haberse así estipulado en el contrato de trabajo, cuya demostración corresponde al empleador y debe hacerlo con prueba indubitable**.*

***Si no lo hace se debe presumir la contratación para labores continuas de vigilancia...”** (El resaltado es del original)*

<sup>11</sup> Entre otros, ver los votos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia números 983-2015, 861-2015, 833-2015, 578-2015, 036-2015, 783, 2014, 613-2014, 544-2014, 432-2014, y el voto 187-2014 del Tribunal de Trabajo, Sección III.

Para mayor abundamiento, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado sobre este tema que<sup>12</sup>:

*“...El artículo 136 del Código de Trabajo, dispone el detalle de la jornada de trabajo y los rangos horarios que comprenden las jornadas diurna y nocturna, reiterándose los límites constitucionales, más allá de los cuales no es posible obligar al trabajador a laborar. En su párrafo segundo dispone que en trabajos que no sean insalubres o peligrosos, se puede estipular una jornada ordinaria diurna hasta de diez horas y una jornada mixta hasta de ocho horas, siempre que el trabajo semanal no exceda de cuarenta y ocho horas. Adicionalmente, el numeral 138 dispone que 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. Los servicios prestados por la persona trabajadora a su patrono fuera de dichos límites o fuera de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacten, constituyen jornada extraordinaria, la cual deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado (artículo 139 del mismo cuerpo normativo). Por su parte el ordinal 143 establece:*

*“Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata;*

*(...)*

*Así, respecto a la persona que labora como guarda la Sala ha distinguido dos grupos en relación con la jornada de trabajo que llevan a cabo: “guardas vigilantes” y “guardas dormilones”; aseverando que quienes se ubican en el primer grupo están sujetas a los límites de jornadas contenidas en el artículo 136-jornada ordinaria diurna de ocho horas, mixta de siete horas y nocturna de seis horas-; mientras que las del segundo grupo, están excluidas de esos límites, pues su jornada ordinaria puede ser hasta de doce horas diarias. Es en este último supuesto se ubican aquellas que realizan sus actividades sin fiscalización superior inmediata conforme lo regula el numeral 143 (votos número 278, de las 10:30 horas, del 23 de mayo de 2001; 802-2005, de las 9:25 horas, del 28 de setiembre de 2005 y 836, de las 9:30 horas del 5 de octubre de 2005).”*

<sup>12</sup> Sentencia N° 193-2011 de las 09:55 horas del 25 de febrero del 2011.

Siguiendo esta línea de análisis, la misma Sala Segunda, en otro de sus votos<sup>13</sup> ha dicho que:

*“...Por principio, la jornada ordinaria de trabajo nocturno, que se desarrolla entre las diecinueve horas de un día y las cinco horas del siguiente, tiene un límite de seis horas a partir de las cuales, las horas laboradas demás se consideran labor en tiempo extraordinario y consecuentemente deben ser remuneradas con un cincuenta por ciento adicional (artículo 139 del Código de Trabajo). Sin embargo, el numeral 143 de ese Código establece una exclusión a esa limitación, para las personas que cumplen cierta clase de labores o, bajo determinadas condiciones. Dentro de ellas se cita a aquellas que trabajan sin fiscalización superior inmediata; y las que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia.*

(...);

*En razón de ello, es menester resaltar que según la jurisprudencia de esta Sala, en las labores de los vigilantes se ha distinguido entre el llamado “guarda vigilante” y el “guarda dormilón”. Para determinar si las funciones de la persona trabajadora corresponden a uno u otro, resulta fundamental analizar las condiciones como prestaba sus servicios, siempre teniendo como referencia la norma que autoriza la excepción pues solo en la medida en que se ajuste a los supuestos contenidos en ella -artículo 143 del Código de Trabajo- es posible sobrepasar el límite horario...”*

En consideración de los abundantes argumentos vertidos en páginas precedentes, y a la luz de los fundamentos normativos y jurisprudenciales invocados, no encuentra este despacho autorización alguna para que se implemente y ponga en desarrollo una jornada laboral con características distintas a las descritas con antelación, que como hemos visto, forman parte del ordenamiento jurídico laboral vigente. Hacer lo contrario, significaría, violentar las reglas preestablecidas y los parámetros legales de la jornada laboral ordinaria, así como la posibilidad o no de reconocer, válidamente, la existencia de una jornada extraordinaria de trabajo.

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

Atentamente,

Licda. Rocío Caravaca Vargas  
**Asesoría Jurídica**

---

<sup>13</sup> Sentencia N° 036-2015 de las 09:45 horas del 14 de enero del 2015

**AJ-182-2018**

14 de mayo del 2018

Señora  
Jeannette Baltodano

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a su consulta enviada vía correo electrónico, en fecha 24 de abril del 2018, sobre que manifiesta lo siguiente:

*“(...) Estoy incapacitada desde el 18 de mayo del 2017, hasta octubre 2017 el INS me hizo la resonancia magnética y vieron los problemas que tenía en mi hombro, la cirugía me la cancelaron 2 veces y hasta el 24 de enero 2018 me operaron, 9 meses después, mi cirugía fue complicada y según el médico, la rehabilitación de mi hombro va a llevar mínimo 6 meses para estar a un 80% de recuperación por lo cual voy a pasar el año de incapacidad, de hecho ya tengo terapia asignada en el Hospital del Trauma hasta el 28 de mayo por lo cual ya pasaría el plazo del año.*

*Según oficio AJ-196-2015 de ustedes, sobre el plazo de un año de incapacidad, veo en la sentencia de la Sala Constitucional que el señor ganó el Recurso de Amparo porque le solicitaron devolver el dinero por subsidio que le depositaron luego del año, en relación a eso viene mi consulta, como la Sala anuló el artículo 34 del Reglamento del Estatuto del Servicio Civil que ponía plazo de un año máximo a las incapacidades, entonces, debe mi patrono seguir cancelándome el subsidio patronal?”*

**Según el extracto de la sentencia dice:**

**Por tanto:**

*Se declara con lugar la acción y, en consecuencia, se anula el inciso g) del artículo 34 del Estatuto de Servicio Civil(sic), por violar los derechos fundamentales a la seguridad social, a la solidaridad, a la salud y al trabajo. Esta sentencia tiene efecto declarativo a partir de la anulación de la norma impugnada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Reséñese este pronunciamiento en el Diario*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.*

*Como ha quedado expuesto con los antecedentes de este Tribunal, existe un derecho fundamental a percibir sine die los subsidios patronales complementarios en caso de incapacidad y ello no puede limitarse en el tiempo, mientras según el criterio médico subsista el motivo de la incapacidad. En ese caso, el amparado considera que con lo estipulado en el artículo en mención se violentan sus derechos fundamentales toda vez que se le solicitó el reintegro de 40 días que se le cancelaron por período de incapacidad por no estar contemplados dentro de los 365 días que establece el artículo declarado inconstitucional. De manera que al haber una actuación propiamente del Ministerio de Economía, Industria y Comercio al aplicarle la citada normativa y solicitarle al recurrente el reintegro de 40 días que se le cancelaron por incapacidad, se quebrantó el derecho fundamental a percibir subsidios patronales. Por esa razón, se declara con lugar el recurso con las consecuencias de ley.”*

*Yo hice la consulta a mi patrono y lo que me indicaron en que solo pagarían lo correspondiente al subsidio del INS por ser Riesgo Laboral, y no me pagarían más el subsidio complementario patronal, entonces es correcto que ellos hagan esto, o debo proceder a plantear un Recurso de Amparo para que me paguen ese complemento?*

*Si el artículo 34 del Estatuto(sic) fue anulado, puede mi Patrono aplicar el artículo (sic) del RAOS que indica lo mismo del artículo 34 del Estatuto(sic), si como empleados públicos nos regimos por la reglamentación del Servicio Civil? (...)”.*

Previo a la atención que se dará a su consulta, debe indicarse que el asunto será analizado desde una perspectiva general, estudiando las normas jurídicas, jurisprudenciales y doctrinarias que puedan ser aplicables a cualquier situación similar a la que es puesta a examen, sin que por ello se proceda a emitir criterio sobre el caso concreto, pues el analizar la viabilidad de la aplicación de dichas conclusiones, es una competencia que solamente puede ser ejercida por la respectiva Administración Activa.

Ahora bien, entrando al fondo del asunto debemos indicarle en primera instancia que el oficio AJ-196-2015, de fecha 30 de abril de 2015, que usted menciona, en lo referente al tiempo para el pago de la incapacidad, se mantiene incólume el criterio allí expuesto, en razón de que a la fecha la Sala Constitucional no ha cambiado su posición, con respecto a los pagos de incapacidades, en razón de cómo lo



referencia el oficio mencionado, mediante la sentencia número 05487, del 24 de abril de del 2011, que dicta lo siguiente:

*“(...) **Sobre el derecho.** Esta Sala en sentencia número 2011-003077 de las quince horas del nueve de marzo de dos mil once, declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad número 08-008326-0007-CO y anuló el inciso g) del artículo 34 del Estatuto de Servicio Civil, por violar los derechos fundamentales a la seguridad social, a la solidaridad, a la salud y al trabajo.(...)”*

*“(...) **Sobre el fondo del asunto**  
**III***

*En consecuencia, la eliminación de topes a las incapacidades dispuestas en la sentencia número **2007-17971** y la prohibición del despido del funcionario por exceder el término de tres meses contemplado en el artículo 36 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, dispuesta en la sentencia número **2008-001573**, implican la existencia de un derecho fundamental a percibir sine die los subsidios patronales complementarios previstos en el artículo 34 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, mientras según el criterio médico subsista el motivo de la incapacidad.- (...)”.*

Sobre su manifestación en lo que respecta a la consulta realizada a su patrono, le señalados que la misma pertenece a la esfera interna de la administración, por lo que no emitiremos criterio alguno. Por otra parte sobre la presentación del Recurso de Amparo, que usted menciona, no es competencia nuestra referirnos al tema, en razón de que es una decisión personal de la consultante.

Por último, en lo referente al artículo 34 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que usted menciona, la Sala Constitucional, en el voto de cita, anula solamente el inciso que citaba lo siguiente: “(...) g) *Después de cinco años de servicios, el subsidio será de hasta 12 meses.(...)”*.

Ahora bien, en lo que respeta a su inquietud sobre la aplicación de los artículos de los reglamentos autónomos de servicio y organización de cada institución, debemos indicarle que estos tienen un rango inferior al ejecutivo, como lo viene a ser el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, pudiendo traer a colación lo dispuesto por el Alto Tribunal Constitucional de la República, al decir en el voto número 642-93 lo siguiente:

*“(...) No obstante, se hace necesario aclarar que si bien es cierto el artículo 7° del Reglamento Autónomo de Organización y Servicios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (Decreto Ejecutivo N° 18250-MOPT), lo habilita para utilizar a los servidores de ese órgano*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*en las funciones que se consideren necesario asignarles, entre otras razones, cuando el "servicio público así lo demande", lo cierto es que se trata de un reglamento autónomo y por ende, de rango inferior al ejecutivo (Reglamento del Estatuto de Servicio Civil), por lo que en consecuencia debe ceder ante el segundo, todo de conformidad con el artículo 6 incisos d) y e) de la Ley General de la Administración Pública.(...)"*

Atentamente,

Karol Ramírez Brenes  
**ASESORÍA JURÍDICA**

KRB/ZRQ

7 de mayo del 2018

**AJ-OF-170-2018**

Licenciado  
Francisco Eiter Cruz Marchena  
Secretaría General UNEINDER

**Asunto:** Solicitud de Criterio jurídico sobre naturaleza jurídica del INDER

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director interino de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a su oficio número UNEINDER-028-2018 de fecha 23 de abril del presente año, en el cual consulta si el Instituto de Desarrollo Rural está sujeto al Régimen de Servicio Civil

*“... Así las cosas y por tratarse de un puesto como se indicó anteriormente bajo el Régimen del Servicio Civil y como ente rector de dichos puestos la Dirección General de Servicio Civil es que se expone ante la Asesoría Jurídica de la Dirección la situación con el fin de contar con el criterio definitivo sobre el proceso que se dio para el nombramiento del puesto, así como aspectos relevantes que considere necesarios para dar respuesta en tiempo y forma a la Fiscalía del Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas de Costa Rica ...”*

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

La Ley número 9036 denominada “*TRANSFORMACIÓN DEL INSTITUTO DE DESARROLLO AGRARIO (IDA) EN EL INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL (INDER) TÍTULO I DESARROLLO*”, cita:

*“(...)  
TÍTULO II TRANSFORMACIÓN DEL INSTITUTO DE DESARROLLO  
AGRARIO (IDA) EN EL INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL  
(INDER)*

## CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

### **ARTÍCULO 14.- Transformación del IDA en el Inder**

*Transfórmase el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (Inder), como una **institución autónoma de derecho público**, con personalidad jurídica, patrimonio propio e independencia administrativa. Su domicilio legal será la ciudad de San José, sin perjuicio de que puedan establecerse dependencias o delegaciones territoriales en otros lugares del país. A partir de la publicación de la presente ley, toda disposición legal, reglamentaria o administrativa que haga referencia al Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) deberá leerse como Instituto de Desarrollo Rural (Inder).*

(Destacado no es del original)

Ahora bien, la Procuraduría General de la República como órgano superior consultivo, técnico jurídico, de la Administración Pública, en su criterio número C-323-2014 de fecha 8 de octubre del 2014, al referirse sobre la naturaleza del Inder expuso:

*“...Como claramente se sigue de la norma transcrita, el INDER forma parte de las denominadas personas jurídicas públicas, cuenta con factibilidad legal de disponer del patrimonio que le es propio y ostenta autonomía grado uno. Todo lo anterior, con la finalidad de “...Establecer un marco institucional para el desarrollo rural sostenible del país...” –canon primero de la Ley 9036-*

*En razón de su naturaleza jurídica detenta raigambre constitucional, encontrando sustento en el artículo 188 de la Carta Magna, el cual, a la letra reza:*

**“ARTÍCULO 188.- Las instituciones autónomas del Estado** gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión.”

*Debiendo señalar, además, que la autonomía otorgada al INDER es inherente a todas instituciones que comparten su condición jurídica, permitiéndole desempeñar, por sí mismo, las funciones que le fueron endilgadas por el bloque de juridicidad y utilizar los recursos, en idéntico sentido...”*

(Destacado no es del original)

Constitucionalmente, el Régimen de Servicio Civil se fundamenta en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política. Estos artículos dicen:

**"Artículo 191.** *Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración.*

**Artículo 192.** *-Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y solo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos."*

Siendo así están excluidas del Régimen de Servicio Civil las instituciones del Sistema Bancario Nacional, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, las Universidades, las Municipalidades y las instituciones autónomas o semiautónomas

De importancia conviene citar también el criterio C-322-2002 de fecha 29 de noviembre del 2002 de la Procuraduría General que al respecto señaló:

*"...De otra parte, debe recordarse que las funciones que cumplen las instituciones autónomas son propias del Poder Ejecutivo, pero que se consideró, por disposición expresa de la propia Constitución, que era conveniente descentralizarlas, o bien ésta permitió que mediante ley, aprobada por mayoría calificada, se descentralizaran.*

*Pero ello no implica la desaparición de la competencia del Poder Ejecutivo del deber de vigilar por el buen funcionamiento de los servicios que presten, lo que comprende principalmente, la satisfacción del interés público para el que fueron creadas. De esta forma, tal y como se viene haciendo referencia, se desprende como atribución constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de **orientar** a las instituciones autónomas en el orden de prioridades de los fines que impone el ordenamiento jurídico y los medios y acciones generales que deben seguirse para lograr su efectivo y cabal cumplimiento..."*

Siendo así, y como usted bien lo cita en su misiva la normativa del Estatuto de Servicio Civil, numerales 1 y 2 no son de aplicación para el Inder. Siendo así que el INDER no forma parte del Régimen de Servicio Civil.

Ante lo anterior, se responde a la pregunta primera, no teniendo competencia para referirnos a las posteriores siendo que la competencia para la resolución del caso concreto reside en la propia institución.

Atentamente,

Licda. Andrea Brenes Rojas  
**Asesoría Jurídica**

ABR/AMRR

20 de abril del 2018

**AJ-OF-144-2018**

Señor  
Marvin Salas H.  
Jefe  
Departamento Administración y Finanzas  
Museo Nacional de Costa Rica

**Asunto:** Solicitud de Criterio jurídico sobre incorporación al Colegio de Ciencias Económicas de Costa Rica.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director interino de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a su oficio número DAF-049-2018 de fecha 3 de febrero del 2018, en el cual expone un caso concreto en relación con una funcionaria de esa Sede e indica:

*“... Así las cosas y por tratarse de un puesto como se indicó anteriormente bajo el Régimen del Servicio Civil y como ente rector de dichos puestos la Dirección General de Servicio Civil es que se expone ante la Asesoría Jurídica de la Dirección la situación con el fin de contar con el criterio definitivo sobre el proceso que se dio para el nombramiento del puesto, así como aspectos relevantes que considere necesarios para dar respuesta en tiempo y forma a la Fiscalía del Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas de Costa Rica ...”*

Previo a la atención que se dará, debe indicarse que el asunto será analizado desde una perspectiva general, estudiando las normas jurídicas, jurisprudenciales y doctrinarias que puedan ser aplicables a cualquier situación similar a la que es puesta a examen, sin que por ello se proceda a emitir criterio sobre el caso concreto, pues el analizar la viabilidad de la aplicación de dichas conclusiones, es una competencia que solamente puede ser ejercida por la respectiva Administración Activa.

En primera instancia al observar el Manual Descriptivo de Clases de la Dirección General de Servicio Civil, señala los siguientes requisitos legales para la clase PROFESIONAL JEFE DE SERVICIO CIVIL 1: “• *Incorporación al Colegio*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*Profesional Respectivo, cuando su ley así lo establezca para el ejercicio del correspondiente grado y área profesional (Resolución DG-331-2011 del 23/06/2011 publicado en La Gaceta N° 141 del 21/07/2011). • Licencia de conducir cuando el puesto lo exija. • Declaración de bienes y rendición de la garantía o póliza de fidelidad cuando por ley así se indique para el ejercicio del puesto o cargo”*

En razón del Manual Descriptivo de Especialidades, en cuanto a la especialidad Administración de Recursos Humanos, se tiene que la atinencia de Psicología fue eliminada, sin embargo rescata la resolución:

“

(...)

*Nota: Eliminadas por dictamen técnico No. 011-2015 del 13 de marzo 2015. • Psicología, énfasis en Recursos Humanos • Psicología con énfasis en Administración de Recursos Humanos (Dictamen 078-2012 del 01/11/2012). • Maestría en Psicología Industrial y Organizacional. (Resolución DG-010- 2011 del 06 de enero de 2011).*

*Nota importante: En caso de que se supriman carreras, **las personas nombradas en propiedad en puestos con esta especialidad y que posean títulos o formación académica que, a partir de la vigencia del presente Dictamen Técnico, no se consideren atinentes, mantendrán los derechos a la carrera administrativa, inclusive a la reasignación de los puestos que ocupan en propiedad, siempre y cuando se mantengan en la misma especialidad.** Las personas nombradas en forma interina con los requisitos vigentes hasta la emisión de este Dictamen Técnico, podrán mantenerse nombrados en forma interina mientras subsistan las causas que le dieron origen a su nombramiento, sin menoscabo de las atribuciones que los numerales 140 inciso segundo de la Constitución Política y 12 inciso a) del Estatuto de Servicio Civil, otorgan al Ministro de ramo de que se trate, en lo que respecta al nombramiento y remoción de los servidores de sus dependencias...”*

*(destacado no corresponde al original).*

Conviene agregar al presente estudio que el oficio número AJ-OF-167-2017 de fecha 2 de octubre de 2017 de esta Asesoría Jurídica, mismo que incluye el criterio técnico número AOTC-UOT-057-2017 del 24 de julio de 2017 emitido por el Área de Organización del Trabajo y Compensaciones de esta Dirección General, señaló en lo que pueda interesar a su persona lo siguiente:

*“(...)Para la atención de su consulta, en primera instancia se debe decir que en lo que compete a esta Área, la obligatoriedad de incorporación*



*de un profesional a un Colegio Profesional, se establece en las clases de puestos de nivel profesional contempladas en los diversos instrumentos ordenadores de puestos, bajo el siguiente texto:*

*“Incorporación al Colegio Profesional Respectivo, cuando su ley así lo establezca para el ejercicio del correspondiente grado y área profesional”*

*Es importante agregar que dicho enunciado se establece en el factor de requisitos, particularmente como requisito legal, con lo cual se debe aclarar que más que una condición técnica propia de las clases de puesto, como son otros factores de la clase, es un imperativo legal que se indica para orientar a las diversas instancias del Sistema de Gestión de Recursos Humanos, sobre el acatamiento de dicho requerimiento en los diversos actos que emitan (v.gr. nombramientos, ascensos, pago de incentivos, etc.).*

*Nótese que la redacción del requisito se indica en términos generales; es decir, no se puntualiza el colegio profesional al que deben estar incorporados los diversos profesionales, por dos razones básicas. Por una parte, hay numerosas clases de puesto que son “anchas” y como tal, tienen “grupo de especialidad” en tanto describen actividades profesionales en diversos campos, por lo que pretender enumerar los diversos Colegios Profesionales aplicables, no es funcional en el instrumento clasificador de puestos; y por otra parte, la creación de dichos Colegios así como la modificación de sus leyes, es dinámica, por lo que cualquier cambio ameritaría modificar los respectivos manuales, haciendo el trámite más engorroso.*

*Bajo dicho orden de ideas, el término “Colegio Profesional Respectivo” obviamente debe entenderse como aquel que regula el ejercicio profesional de la actividad respectiva, cuya carrera se encuentra incluida como atinente en la respectiva clase de puesto o bien especialidad...”*

Este análisis ha sido reiterado por la Procuraduría General de la República quien como órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública ha sido desarrollado en diversos criterios, siendo que podemos citar:

*“(...)”<sup>14</sup>*

---

<sup>14</sup> **C-012-2014 15 de enero de 2014**

## **a) Sobre el ejercicio de la profesión y la incorporación al respectivo Colegio Profesional.-**

*En relación con los colegios profesionales, su función y la obligatoriedad de la colegiatura, encontramos los dictámenes C-249-2013 emitido el 13 de noviembre de 2013, y C-269-2012 del 16 de noviembre de ese año, que resultan de utilidad en el caso concreto:*

*“(...) II. Sobre la naturaleza de los Colegios Profesionales y la afiliación obligatoria*

*Tanto en doctrina como en jurisprudencia, se ha discutido en reiteradas ocasiones sobre la naturaleza jurídica de los colegios profesionales, tema que en el caso costarricense ha quedado establecido al considerarse los colegios profesionales como entidades corporativas de interés público, que trascienden a las simples asociaciones de derecho privado, pues actúan más allá de la defensa de sus miembros, teniendo finalidades de interés público. Al respecto, en el dictamen N° C-43-2011 del 24 de febrero de 2011, este órgano asesor indicó:*

*Precisamente por la importancia de la función que cumplen, se ha reconocido la posibilidad de que en la mayoría de las profesiones liberales se exija la colegiatura como requisito obligatorio para ejercer la profesión, y amoldar el ejercicio de esas actividades de interés público a los principios de moral, orden público y los derechos de terceros, tal y como lo exige la Constitución Política en su artículo 28... Sobre la colegiatura obligatoria se pronunció la Sala Constitucional en la sentencia N° 5483-95 de las 9:33 horas del 6 de octubre de 1995, en la cual indicó en lo conducente:*

*“La libertad de asociarse o no asociarse, que garantiza el artículo 25 de la Constitución Política, no puede resultar infringida por el artículo 2 de la Ley Orgánica del Colegio de Cirujanos Dentistas (No. 5784), ni por las demás normas citadas que impiden el ejercicio profesional y la obtención del material odontológico, pues el artículo 25, en cuanto dispone que “nadie podrá ser obligado a forma parte de asociación alguna”, se refiere a aquellas situaciones, regidas por el principio de autonomía de la voluntad, en que sí queda al arbitrio de la persona resolver lo que corresponda porque la decisión sólo interesa, en primer término, al propio sujeto, en tanto crea o no conveniente unirse a otras personas para el logro de determinados propósitos. Y si en el ordenamiento jurídico se favorece la formación de esas asociaciones, ello es porque el Estado debe procurar el mayor bien de los*

*governados y porque, en tesis general, la unión de personas redundante en beneficio de todo el grupo y de cada sujeto en particular. No es posible confundir esos casos con la inscripción o incorporación obligatoria en los Colegios profesionales, pues éstos tienen otra razón de ser y se organizan con una finalidad que va más allá del ámbito en que se desenvuelven los intereses del grupo o de la persona individualmente considerada. Es verdad que esos Colegios también actúan en interés común y en defensa de sus miembros; pero nótese que, aparte de ese interés, hay otro de mayor jerarquía que justifica establecer la colegiación obligatoria en algunas profesiones (las que generalmente se denominan "liberales"), puesto que, además del título que asegure una preparación adecuada, también se exige la estricta observancia de normas de ética profesional, tanto por la índole de la actividad que realizan esos profesionales, como por la confianza que en ellos depositan las personas que requieren sus servicios. Todo eso es de interés público, y el Estado delega en los Colegios la potestad de vigilar el correcto ejercicio de la profesión." (La negrita no forma parte del original)*

Ante lo descrito, será la Administración Activa quien dictamine con vista en el expediente de la funcionaria, si la fecha de nombramiento coincide con lo señalado en el Dictamen Técnico N°: 011-2015 supra citado, siendo que esta mantendría incólumes los derechos y deberes propios de su puesto, clase y especialidad; esto con fundamento en las potestades de la Dirección General de Servicio Civil como ente rector del empleo público, quien determina los requisitos establecidos para cada una de las clases de puestos y especialidades.

Atentamente,

Licda. Andrea Brenes Rojas  
**Asesoría Jurídica**

ANEXO: dictamen técnico No. 011-2015 del 13 de marzo 2015.  
Oficio N° AJ-OF-167-2017 de fecha 2 de octubre de 2017.

ABR/AMRR

2 de abril del 2018

**AJ-OF-112-2018**

Licda. Elizabeth Castillo Cerdas, MAFF  
Auditora Interna  
Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias

**Asunto:** Consulta mediante Oficio número AI-OF-067-2018 de fecha 3 de marzo del 2018 sobre licencias a servidores interinos.

Estimada señora:

Por la presente se atiende su oficio número AI-OF-067-2018 de fecha 3 de marzo del presente año, por medio del cual solicita criterio legal con respecto a una situación detallada y acontecida en la CNE.

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, hemos de indicarle que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantarse a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en Derecho corresponde en el caso particular.

En vista de que son varias las interrogantes, para efectos de su mejor comprensión, las vamos a responder en forma separada, en el mismo orden en el que fueron planteadas.

- 1) *Sobre la procedencia y legalidad del permiso sin goce de salario otorgado por la CNE a un funcionario en condición de interino (ver referencias II al VIII de este oficio y documentos adjuntos).*

Para iniciar la atención de esta primera consulta es importante resolver cuáles son los funcionarios cobijados por la normativa especial del Régimen de Servicio Civil, para los efectos, el Estatuto de Servicio Civil en el numeral 1 y 2 señalan:

**“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.”*

**Artículo 2.**

*Para los efectos de este Estatuto se considerarán servidores del Poder Ejecutivo, los trabajadores a su servicio remunerados por el erario pública y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial.”*

Ahora el punto es definir cuáles son estos servidores que gozan de la protección de la normativa anteriormente descrita. El artículo 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.”*

Debe señalarse además que dentro del Capítulo VII del Estatuto de Servicio Civil (Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953) denominado "De los Derechos y Deberes", concretamente en su artículo 37, se establece un elenco de derechos de los que gozan los funcionarios cubiertos por el Régimen de Méritos, dentro de los cuales se puede rescatar lo dispuesto en el inciso c), cuyo texto indica:

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

- c) *Podrán disfrutar de licencia ocasional de excepción con goce de salarios o sin él, según lo establecerá el reglamento de esa ley. El destacado es propio.*

La anterior disposición guarda armonía con el inciso e) del artículo 5 del mismo Estatuto de Servicio Civil el cual establece que:

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

*(...)*

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

Ahora bien, en cuanto a los funcionarios interinos conviene destacar que la Procuraduría General de la República como órgano superior consultivo, técnico

jurídico, de la Administración Pública, ha señalado que el servidor interino es el que ejerce *"temporalmente un determinado cargo, hasta tanto sea nombrado el servidor regular correspondiente; o bien, es el llamado a atender las funciones del titular del puesto, que se encuentra incapacitado por enfermedad, o por un riesgo de trabajo, o se encuentra disfrutando de un permiso sin goce de salario según lo previsto en el artículo 37, incisos c), d), k), y j) del Estatuto de Servicio Civil, y en los supuestos del artículo 33 y 34 de su Reglamento"*<sup>15</sup>

De forma más puntual, evocando las características del interinato dentro de una relación laboral estatutaria, en el dictamen C-135-98, ese Órgano Asesor afirmó que la referencia que se hace a un *"servidor interino es en atención al que ocupa una plaza, dentro de las características de una relación de servicio común, contentiva de la prestación personal del trabajo, el salario, y la subordinación jurídica, siendo este último elemento el que en definitiva la define como corriente"*. Claro está, precisando que esta relación de servicio es provisional en virtud de que, como se vio, la condición de interino se adquiere por la ocupación de una plaza vacante o en sustitución de un titular en la misma.

Por su parte, también la Sala Constitucional ha sido clara al precisar, además del concepto de servidor interino, las características propias de esa condición y la finalidad que tiene tal figura dentro de la Administración Pública. Sobre lo primero ha señalado que:

*"El servidor interino puede definirse como aquel que se llama a ocupar de manera temporal un determinado puesto, durante la ausencia de su propietario o bien mientras nombra a un servidor regular. Es importante subrayar entonces que la característica más importante del nombramiento interino es su provisionalidad y ese carácter permite distinguirlo válidamente del servidor propietario, pues este último goza de estabilidad laboral lo cual le otorga ciertos derechos de los que no disfruta el sustituto"*<sup>16</sup>

Y en lo que se refiere a la finalidad del interinato, el Tribunal Constitucional ha insistido en señalar que esa sustitución temporal de servidores regulares busca garantizar la continuidad y eficiencia en la labor del Estado. (Ver entre otros los Votos 3005-2001 y 2150-2002).

Una vez comprendido que únicamente los funcionarios propietarios que hayan cumplido y aprobado su periodo de prueba se encuentran cobijados por la normativa estatutaria, y por su parte los servidores interinos ocupan una posición temporal dada una necesidad institucional conviene traer a colación el criterio número C-015-2009 de la Procuraduría General la cual indicó:

<sup>15</sup> (dictamen C-054-98).

<sup>16</sup> (Voto 648-2001)

*“...De manera que, es criterio de este Órgano Asesor, que pese la potestad discrecional que puede poseer la Administración Pública en ciertas actuaciones como la de consulta, su ejercicio debe ser conforme con el ordenamiento jurídico que le rige, como se verá de seguido.*

*Puede parafrasearse de lo transcrito, que si bien, para el otorgamiento de ciertos beneficios a los servidores que ocupan puestos regulares, - como los previstos en el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil- media una mayor discrecionalidad por parte de los órganos administrativos competentes, ciertamente ese margen potestativo se restringe en tratándose de servidores nombrados de manera interina. Lo anterior, habida cuenta que, resultaría incongruente que por una necesidad institucional, se contrate este tipo de personal para ocupar provisionalmente puestos cuyos titulares se encuentran ausentes por diversos motivos, (o bien para ocupar puestos vacantes) y que sin embargo la Administración pueda concederles los permisos de igual manera como lo podría hacer con los que gozan de una estabilidad absoluta en sus cargos. Por lo que puntualiza esa jurisdicción, que la discrecionalidad administrativa para el otorgamiento de ciertos beneficios a los interinos, estaría condicionada a la mayor o menor provisionalidad de los nombramientos respectivos, a fin de que los permisos que corresponderían puedan darse de forma razonable y proporcional a la necesidad imperante; y se agrega ahora, que los mismos sean otorgados sin menoscabo del servicio público que se presta...”*

Expuesto lo anterior, se tiene que el quehacer ordinario de la Administración se desarrolla –especialmente- a través de lo que parte de la doctrina llama “actos reglados” y “actos discrecionales”. En la elaboración de un pliego de condiciones, se ejercita en forma amplia la actividad discrecional, la cual es entendida como “... la libertad del funcionario otorgada por el ordenamiento de escoger entre varias interpretaciones posibles de la norma y entre varias conductas posibles, dentro de una circunstancia. [...] Las reglas que orientan al funcionario en esa elección se llaman de oportunidad o buena administración y tienen por finalidad lograr al máximo la satisfacción del interés público en el caso concreto.” (ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo I, San José, Costa Rica, Editorial Stradtman, 1998, p.53), “El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer.” (FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, 2000, pp. 100-101). En el mismo sentido se afirma que “La pluralidad de soluciones válidas para el derecho, caracterizan al momento discrecional. Entiéndase bien que bastan sólo dos alternativas igualmente justas para poder hablar de

*discrecionalidad. Empero, cabe recordar que ésta es libertad de elección dentro de determinados límites más o menos estrechos según lo establece el ordenamiento jurídico*” (SESIN, Domingo J., Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994, pág. 133).

De este modo, que para responder esta consulta, la Administración puede establecer las condiciones que a su juicio resultan más beneficiosas para la debida satisfacción del interés público, y éstas sólo resultarán contrarias al Ordenamiento Jurídico cuando resulten arbitrarias o se alejen de los señalamientos que al efecto prevé el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública.

- 2) ¿Bajo el principio de legalidad, tiene potestad el Presidente de la CNE, de autorizar un permiso sin goce de salario a un funcionario que ostenta un nombramiento interino?

Para responder a esta interrogante, la cual tiene conexidad con la anterior y todas las restantes consultas expuestas en su misiva, debe tenerse en consideración, el criterio antedicho, de la Procuraduría General número C-015-2009, cuyas conclusiones mencionan:

“(…)

*En virtud de todo lo expuesto, este Despacho arriba a las siguientes conclusiones:*

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

*De ahí que los permisos o licencias que la Administración podría otorgar a esa clase de personal interino, deben estar debidamente justificados y razonados, al tenor de los artículos 131, 132, 133 y 134 de la Ley General de la Administración Pública.*

*2.- En virtud del carácter que tienen las licencias o permisos establecidos en el inciso a) del mencionado artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, es posible su otorgamiento, siempre y cuando se hagan bajo los parámetros que esa norma reglamentaria dispone al respecto; tales son los casos de matrimonio del servidor, del*



*fallecimiento de cualquiera de sus padres, hijos, hermanos o cónyuge...”*

Adviértase que en cuanto a la potestad de quién está autorizado para otorgar las licencias sin goce salarial, el artículo 33 inciso c) del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil refiere a que el Ministro o Máximo Jera de una institución podrán conceder dicha licencia bajo resolución interna.

Al respecto y de conformidad al artículo 17 de la Ley 8488 Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Prevención del Riesgos y Atención de Emergencias está integrada por:

- “ ...
1. *Un presidente designado por el Poder Ejecutivo, vía decreto, quien presidirá la Junta”.*
  - 3) Bajo este mismo principio, tiene potestad el presidente de la CNE, de autorizar un permiso a un funcionario que esta nombrado interinamente hasta una fecha determinada (16/11/2015 a 15/05/2016) y que el permiso exceda el plazo de nombramiento? (01/03 2016 (sic) y hasta 28/02/2018?

Para responder a esta interrogante, basta mencionar el voto número 3467-93 del 20 de julio de 1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que expuso:

*“... el derecho al trabajo es considerado un derecho fundamental del hombre, cuyo ejercicio le permite lograr una existencia digna y cuyo cumplimiento debe el Estado vigilar, proteger, fomentar e implementar por los medios correspondientes, cerciorándose de que en todos los organismos oficiales o privados, no se apliquen políticas de empleo discriminatorias a la hora de contratar, formar, ascender o conservar a una persona en el empleo, pues todo trabajador tiene el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, si cumple con los requisitos razonables impuestos por ley. Asimismo, el Estado no puede pretender a través de cualquier procedimiento, prolongar los interinazgos más allá de un plazo razonable y prudencial (...) Así, una figura laboral que se creó con fines provisionales no puede pervertirse con una práctica que pretende perpetuar lo temporal con evidente menoscabo de una serie de derechos inherentes tan solo al trabajador con un puesto en propiedad, principalmente la estabilidad. (...)”*

- 4) Es procedente nombrar un interino en el puesto del funcionario que se le cedió el permiso sin goce de salario por un tiempo determinado, mientras

regresa el interino que se le otorgó el permiso, indicando en el nombramiento interino “mientras el ocupante del puesto disfruta de permiso sin goce de salario”.

Para responder esta consulta, se menciona a manera la sentencia número 8613-2004 y la 4982-2012 de la Sala Constitucional que expuso:

*“...Sobre el principio de la estabilidad impropia, tratándose de la sustitución o cese de funcionarios públicos interinos, este Tribunal Constitucional ha analizado el derecho a la estabilidad, consagrado en el numeral 56 de la Constitución Política, en relación con lo dispuesto en el artículo 192 constitucional, que en primer lugar se debe indicar que este Tribunal en reiteradas ocasiones ha dispuesto que un servidor interino sólo puede ser sustituido por un funcionario nombrado en propiedad, no por otro interino. Si bien el servidor interino no goza de inamovilidad en el puesto, sí posee un régimen de estabilidad impropia, la cual puede hacer valer frente a cualquier otro funcionario que pretenda nombrarse en forma interina en el mismo puesto por él ocupado. En el caso de que el nombramiento sea en sustitución del propietario, dicha designación está subordinada a la eventualidad de que el titular del puesto regrese a su plaza, caso en el cual debe cesar su nombramiento, ya que éste no le es oponible al titular. Pero, en el caso de plazas vacantes, el servidor interino goza de una estabilidad relativa, en el sentido de que no puede ser cesado de su puesto a menos que se nombre en él a otro funcionario en propiedad. Lo contrario constituye una violación al derecho al trabajo del servidor interino, que establece el artículo 56 constitucional...”*

(destacado no es del original)

- 5) ¿Bajo el Régimen del Servicio Civil puede indicarse que un interino al que se le otorga un permiso sin goce de salario se le puede denominar “Ocupante del puesto” como si ostentara propiedad en el mismo?

La doctrina ha definido al servidor interino como aquel que *“...surge cuando no hay servidor que automáticamente ocupe el cargo vacante ni preste el servicio, al ocurrir la ausencia del servidor regular. Dado el origen del interino, el mismo es servidor necesariamente temporal y sujeto a plazo, expirado el cual cesa automáticamente en su cargo o se convierte en regular”*.(Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Stradtman, San José, Primera edición, 2000, páginas 121 y 122).

El Reglamento del Estatuto del Servicio Civil regula la figura del servidor interino en sus artículos 10, 12 y 13. Esas normas, en lo que interesa, disponen:

**“Artículo 10.- (...)** *Se considerarán servidores interinos sustitutos los que fueren nombrados para reemplazar temporalmente a un servidor regular, por cualquier causa de suspensión de la relación de servicio. Tales servidores deberán reunir las condiciones previstas en el artículo 9° de este Reglamento, además de los requisitos de la clase establecidos en el Manual General de Clasificación de Clases.*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*En el caso de que para la sustitución temporal del servidor regular se acordare un ascenso, este tendrá el carácter de interino, lo mismo que los demás movimientos acordados para reemplazar al servidor que origine los nombramientos, durante el tiempo que el jefe respectivo lo considere necesario, o hasta por el período de suspensión de la relación de servicio del titular.”*

**Artículo 12.-** *Cuando no haya en la Dirección General candidatos elegibles y sea necesario efectuar concurso para llenar plazas vacantes, se podrán hacer nombramientos interinos, previa presentación del pedimento de personal correspondiente, y si ello se estimare indispensable, durante el tiempo que requiera la Dirección General para la integración de la nómina de elegibles. En todos los casos la persona que se nombre interina deberá reunir las condiciones previstas en el artículo 9° de este Reglamento, además de los requisitos que establece el Manual General de Clasificación de Clases, por lo que su nombramiento estará sujeto a la aprobación previa de la Dirección General.”*

**Artículo 13.-** *Para todos los efectos legales, se entenderá que los contratos que celebre el Poder Ejecutivo, con los servidores interinos o de emergencia, de conformidad con lo dispuesto en este capítulo, serán por tiempo determinado o a plazo fijo, y que los mismos terminarán sin ninguna responsabilidad para el Estado al cesar en sus funciones.”*

- 6) ¿Podría señalarse que el interino nombrado en dicho puesto ostenta una estabilidad impropia, y que no puede ser sustituido por el interino que estaba gozando del beneficio de un permiso sin goce de salario?

Sobre el tema de la estabilidad impropia que gozan los interinos, la Sala Constitucional ha emitido basta jurisprudencia al respecto entre la que replicamos:

*...En reiteradas ocasiones esta Sala ha dicho que un servidor interino sólo puede ser sustituido por otro servidor nombrado en propiedad, pero no por otro interino. Si bien el funcionario interino no goza de inamovilidad en el puesto, sí posee estabilidad, la cual puede hacer valer frente a cualquier otro funcionario que pretenda nombrarse en forma interina en el mismo puesto por él ocupado. En el caso de que el nombramiento sea en sustitución del propietario, dicha designación está subordinada a la eventualidad de que el titular del puesto regrese a su plaza, caso en el cual debe cesar su nombramiento, ya que éste no le es oponible al titular. Pero, en tratándose de plazas vacantes, el servidor interino goza de una estabilidad relativa o impropia, en el*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*sentido de que no puede ser cesado de su puesto a menos que se nombre en él a otro funcionario en propiedad. Lo contrario constituye una violación al derecho al trabajo del servidor interino, que establece el artículo 56 constitucional..." (Sentencia n° 15448 del 11 de noviembre del 2011)*

- 7) ¿El Servicio Civil avaló algunos nombramientos interinos enviados por la CNE; sin embargo el permiso sin goce de salario no fue enviado al Servicio Civil. Debió conocer y aprobar el servicio civil el permiso sin goce de salario que se estaba otorgando a un funcionario interino cuyo nombramiento estaba autorizado hasta el 15 de mayo 2016 puesto que el permiso se estaba extendiendo hasta (sic) febrero 2018?

Respecto a los nombramientos interinos, la oficina de Gestión de Recursos Humanos de la CNE, debe tener en consideración el OFICIO CIRCULAR número DG-011-2014 del 19 de junio del 2014, y el OFICIO CIRCULAR número DG-012-2014 del 27 de junio de 2014.

Por otra parte en cuanto a los permisos sin goce salarial como se indicó en la respuesta a la pregunta 2, es competente el Ministro o máximo jerarca institucional para atender los asuntos que le son de resorte interno, así regulado en el numeral 28 de la Ley General de la Administración Pública.

- 8) ¿Podría existir algún tipo de responsabilidad para los funcionarios que participaron en el otorgamiento del citado permiso?

En aplicación del principio de legalidad, fundamental de todo el actuar administrativo, contenido en los numerales 11 de nuestra Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración se encuentra sujeta a todo el ordenamiento jurídico y sus funcionarios públicos no pueden arrogarse facultades que la Ley nos les concede.

La Constitución Política en el artículo 11 señala: "*los funcionarios públicos son simples depositarios de la ley*", igual disposición normativa establece el artículo 11 de la Ley General de Administración Pública.

Ambas disposiciones exigen que las actuaciones públicas se fundamenten en una norma expresa que habilite la actuación del funcionario, prohibiéndole realizar todos aquellos actos que no estén expresamente autorizados, lo que involucra, desde luego, el principio de interdicción de la arbitrariedad. "(Sala Constitucional, Resolución 3887-94 de 3 de agosto de 1994)

En cuanto a la determinación de responsabilidades de los funcionarios públicos, existe abundante jurisprudencia administrativa. En este sentido pueden consultarse,

entre otros los dictámenes C-104-90 de 9 de julio de 1990, C-094-94 de 8 de junio de 1994, C-064-97 de 29 de abril de 1997 y C-231-99 de 19 de noviembre de 1999 de la Procuraduría General de la República.

En el dictamen de esta Procuraduría C-052-99 de 16 de marzo de 1999, entre otros, se hace un análisis detallado de la responsabilidad de la Administración Pública y de sus funcionarios en aplicación de la Ley General de la Administración Pública, en particular, se trata el tema de la responsabilidad derivada de omisiones administrativas. Por la relación con el asunto por usted planteado, se transcribirá lo referente a la responsabilidad del funcionario.

A diferencia de la responsabilidad de la Administración, la responsabilidad del funcionario no es objetiva, sino subjetiva, de conformidad con la regulación que contiene la Ley General de la Administración Pública. Esto es, el funcionario público es personalmente responsable, cuando haya actuado con culpa grave o dolo (arts. 199 y 210 de la Ley General de la Administración Pública).

- 9) ¿Procede la reinstalación en el cargo interino, casi dos años después de vencido el plazo del último nombramiento (15 de mayo del 2016), y relevar de su cargo al interino que ocupaba la plaza desde junio 2016? (ver punto VII de este oficio.

La presente consulta se circunscribe en un asunto de absoluto resorte interno que como se dijo en líneas anteriores no podría esta Asesoría Jurídica emitir un criterio al respecto, de lo contrario, se estaría suplantando a la Administración activa en la toma de la decisión que corresponda.

- 10) ¿Debe el Servicio Civil, dar el visto bueno o aprobación en todas las acciones de personal de los nombramientos, reclasificaciones, modificaciones de puestos que se ejecuten en la CNE, o dicha práctica es opcional?

Aparte de los oficios circulares punteados en la respuesta a la pregunta número 7 del presente oficio, el señor Director General de Servicio Civil, así como el Director del área de Gestión de Recursos Humanos y del área de Reclutamiento y Selección de Personal, han emitido circulares y lineamientos para con el fin de brindar asesoría y acompañamiento técnico-legal en materia de Gestión de Recursos Humanos a instituciones del Poder Ejecutivo y partes interesadas en aplicación de la normativa del Estatuto de Servicio Civil y su reglamento.

- 11) ¿Es válido tramitar y autorizar permisos con documentos sin la firma del suscriptor?

En atención a esta última consulta, la Ley de Regulación del Derecho de Petición N° 9097, publicada en la Gaceta No. 52 de marzo del 2013, Alcance N° 49, señala al respecto:

*“ARTÍCULO 4.- Formalidad en el ejercicio del derecho de petición*

- a) Las peticiones se formularán por escrito, debiendo incluir, necesariamente, el nombre, la cédula o el documento de identidad, el objeto y el destinatario de la petición. Cada escrito deberá ir firmado por el peticionario o los peticionarios...”*

Adicional resulta importante traer a colación la “Ley N° 8454 LEY DE CERTIFICADOS, FIRMAS DIGITALES Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS” y citar el artículo 9 que indica en lo que interesa:

*“Artículo 9º—Valor equivalente. Los documentos y las comunicaciones suscritos mediante firma digital, tendrán el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito. En cualquier norma jurídica que se exija la presencia de una firma, se reconocerá de igual manera tanto la digital como la manuscrita. ...”*

*A manera de soporte en el presente caso, se adjunta el oficio número AJ-448-2016 del 29 de julio del año 2016.*

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

Atentamente,

*Original firmado {Licda. Andrea Brenes Rojas*

Licda. Andrea Brenes Rojas  
**ASESORÍA JURÍDICA**

Anexo: AJ-448-2016 29 de julio del 2016

ABR/AMRR

2 de abril del 2018

**AJ-OF-114-2018**

Licenciado  
Manuel González Gómez  
Director Jurídico a.i.  
Ministerio de Obras Públicas y Transportes

**Asunto:** Consulta remitida mediante oficio número DAJ-2018-1009 de fecha 7 de marzo de 2018.

Estimado señor:

Con instrucciones del señor Director General, se procede a dar respuesta a su oficio número DAJ-2018-1009, por medio del cual se consulta lo siguiente:

*“1. ¿Puede la Administración otorgar licencias o permisos para que funcionarios interinos participen en actividades de capacitación o formación, tanto en actividades financiadas por la Administración como por el servidor?”*

*2. ¿Puede la Administración, a solicitud del funcionario interino modificar el horario que asiste a actividades de capacitación o formación, financiadas por el propio funcionario, de manera tal que reponga el tiempo empleado para tales efectos?”*

Sobre la primera interrogante debemos indicar que esta Asesoría Jurídica ya se manifestó respecto al tema de incertidumbre, emitiendo los oficios número AJ-714-2016 y el AJ-056-2018, de fechas 1° de diciembre de 2016 y 14 de enero del 2017, respectivamente.

De igual forma la Procuraduría General de la República como órgano superior consultivo, técnico-jurídico, emitió el dictamen número C-054-98 del 28 de enero de 2009, el cual le servirá para ahondamiento en este tema.

Con respecto a la segunda pregunta la Administración puede establecer las condiciones que a su juicio resultan más beneficiosas para la debida satisfacción del interés público, y éstas sólo resultarán contrarias al Ordenamiento Jurídico cuando

resulten arbitrarias o se alejen de los señalamientos que al efecto prevé el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública.

Por lo tanto se puede concluir que si la Administración Activa considera que en aras de velar por el interés público y satisfacer una necesidad institucional, bien puede fundamentar el acto administrativo.

Aunado a lo dicho, conviene indicar que esta Asesoría Jurídica no tiene competencia para referirse a este caso, por cuanto el mismo es de resorte exclusivo de la Administración Activa, quien deberá resolver lo procedente, a la luz del análisis general que desde el ámbito estrictamente normativo y jurisprudencial en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

Es por esa razón que el contenido de su consulta, se aprecia que es un asunto de resorte meramente interno, lo cual 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.”*

Por otra parte es importante manifestar que esta Asesoría Jurídica ya en su oportunidad, ha emitido criterios sobre los cambios de horario en la Administración Pública, mediante los oficios AJ-685-99, del 21 de diciembre de 1999, y el AJ-133-2001, 30 de abril de 2001, sobre la potestad que tienen los Ministerios y las Instituciones del Poder Ejecutivo, para cambiar los horarios de sus funcionarios.

Además es importante que la Administración se remita a lo establecido en el Decreto Ejecutivo No. 26662-MP, del 29 de enero de 1998, y publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 32 del 16 de febrero de 1998, titulado: *“Autoriza Régimen de ‘Horarios Flexibles’ en Instituciones Cubiertas por el Régimen de Servicio Civil”*.



Criterios y Decreto respectivamente, que a la fecha se mantienen, y en los cuales se plantea que es la Administración Activa la que tiene la potestad de modificar los horarios de sus funcionarios, siempre y cuando se mantengan sus derechos, y sean para brindar un mejor servicio público, por lo tanto debemos agregar que el resolver el caso planteado, sería competencia del órgano superior jerárquico en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

A manera de soporte, se remiten los oficios de cita.

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

Atentamente,

*Original Firmado {Licda. Andrea Brenes Rojas*

Licda. Andrea Brenes Rojas  
**ASESORÍA JURÍDICA**

Anexo: Oficios número AJ-714-2016, AJ-056-2018, AJ-685-99; y el AJ-133-2001

ABR/AMRR

**AJ-OF-240-2018**

6 de junio del 2018

Señora  
Silvia Rodríguez Espinoza

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Directora de esta Asesoría Jurídica, se procede a atender su correo electrónico de fecha 30 de mayo del presente, remitido a este Despacho, en el cual expone cuatro consultas referentes a una situación personal.

Previo a evacuar su interrogante, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, hemos de indicarle que las consultas planteadas serán abordadas 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.

Sobre el particular esta Asesoría Jurídica ya se ha referido al tema y nos permitimos citar el oficio número AJ-434-2007 del 27 de Julio del 2007. Tal y como se indicó en esa oportunidad, al consultante, respecto al artículo 24 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, se señaló lo siguiente:

*“...Nótese que la norma citada señala, de manera categórica, que la licencia en período de prueba es una potestad administrativa, que se ejecutará cuando exista un fin público que así lo justifique, excluyéndose de esta manera la idea de que dicha licencia constituya un derecho de disfrute para el servidor, razón por la cual es errado el pensar que el funcionario que se encuentre en una situación como la representada en la norma se pueda “acoger” a dicho artículo...”*

Continúa narrando el oficio de cita:

*“...Cabe agregar que la Administración tendrá la potestad de cesar libremente durante el período de prueba, al funcionario ascendido o trasladado, quien podrá regresar al puesto que ocupaba anteriormente, por gozar de licencia en el mismo durante el mencionado período de prueba. Sin embargo, si posterior al movimiento y dentro del periodo de prueba el funcionario quisiera regresar a su plaza original, no podría hacerlo alegando que esta con licencia de la otra dependencia, por cuanto la razón de ser de dicho instituto es garantizar mejor el servicio público, no darle al funcionario la oportunidad de probar suerte en diferentes órganos de la Administración Pública...”*

Con lo dicho se responde a sus interrogantes que se transcriben a continuación:

1. *¿Qué posibilidades tengo de regresar a mi puesto anterior en el Teatro Mélico?*

Queda claro que con lo resumido, que para que un servidor “pueda regresar a su puesto”, deberá haber perdido el periodo de prueba, pues como se dijo “... la razón de ser de dicho instituto es garantizar mejor el servicio público, no darle al funcionario la oportunidad de probar suerte en diferentes órganos de la Administración Pública...”

2. *¿Qué sucedería si por algún motivo no apruebo el periodo de prueba?*

Esta consulta de igual forma se responde con la primera en virtud de que si no aprueba el periodo de prueba, podrá regresar a su puesto anterior.

3. *¿Para gozar de la licencia del puesto anterior, es necesario hacer la indicación explícita de acogerse a dicho Artículo o bien se da por un hecho al recibir la indicación que se sujeta a periodo de prueba?*

Como se ha reiterado, es potestad de la Administración aplicar el periodo de prueba en caso de ascensos o traslados, por lo tanto si hace indicación explícita del artículo 24 del Reglamento de cita, es que lo está aplicando.

4. *De ser positiva la respuesta 3, me podría indicar si existe algún tipo de normativa, documento o instrucción al respecto que así lo indique.*

El mismo numeral 24 citado supra es el fundamento legal aplicado por la Administración activa, para conceder el periodo de prueba al servidor que goce de un ascenso o traslado.

Con lo expuesto se da por atendida su consulta.

Atentamente,

**ASESORÍA JURÍDICA**

Andrea Brenes Rojas  
**ABOGADA**

ABR/MZR

ANEXO: OFICIO AJ-434-2007 del 27 de Julio del 2007

## **AJ-OF-011-2018**

23 de enero de 2018

**Asunto:** Solicitud de criterio legal sobre prohibición.

**Ref:** Oficio número DNN-UA-0743-17 del 21 de diciembre del 2017.

Licenciada  
Viviana Pereira Castillo  
Oficina de Recursos Humanos  
Dirección Nacional de Notariado

Estimada señora:

Con la aprobación del Director a.i. de la Asesoría Jurídica, se atiende el oficio número DNN-UA-0743-2017 del 21 de diciembre del 2017, recibido el día 8 de enero del 2018, mediante el cual, se solicita criterio legal respecto a la compensación salarial por concepto de prohibición.

Previo a evacuar sus consultas, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, ha de indicarse 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.

Sobre el tema de prohibición, esta Asesoría Jurídica se ha pronunciado en otras oportunidades. Es así, como del oficio AJ-256-2016 del 29 de abril del 2016, se transcribe lo siguiente:

### ***“I. Acotaciones preliminares:***

*El pago de la compensación por concepto de prohibición se encuentra contenido en muchas y muy diversas normas jurídicas — algunas cuya conformidad con el*

*parámetro de legitimidad constitucional podrían considerarse comprometido —, y esa dispersión produce que algunas se encuentren fuera de las competencias propias de la Dirección General de Servicio Civil para su rectoría.*

*La cobertura del Régimen de Servicio Civil no abarca a todos los puestos que existen en las instituciones públicas. Más bien, el mismo Estatuto de Servicio Civil, en los artículos del 3 al 6, expresamente excluyen de esa cobertura a determinados cargos, además de las exclusiones que leyes especiales posteriores efectuaron.*

*La procedencia del pago compensatorio involucra la aplicación de la teoría del binomio puesto-persona, pues las normas algunas veces se refieren a los puestos y otras a las personas, provocando que la conjunción de ambas — in concreto e in casu — impida el establecimiento de generalizaciones, aún tratándose de puestos similares o personas con condiciones y requisitos semejantes.*

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

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

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

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

*“Como regla de principio, **los funcionarios públicos tienen la libertad para ejercer la profesión** que ostentan una vez que ha concluido su jornada de trabajo, **salvo que esta libertad de ejercicio esté prohibida por una ley** que así lo disponga.*

*La prohibición para el ejercicio de una determinada profesión, forma parte de las incompatibilidades para el ejercicio de determinado cargo y tiene como fundamento, la “necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares; es decir tiende a evitar la colisión de intereses- interés público e interés privado-. (Sala*

Constitucional, resolución número 3292-95 de las quince horas treinta y tres minutos del 18 de julio de 1995).

Como lo señalamos, la prohibición en el ejercicio de determinada profesión constituye una restricción a la libertad profesional, por lo tanto, se encuentra sujeta al régimen jurídico de libertades para su imposición, **lo que supone la existencia de una reserva de ley para su implementación así como la obligatoriedad de interpretar restrictivamente las normas que la imponen.**

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

“Esto es, que el pago por prohibición requiere de base legal, sin la cual deviene improcedente, es decir, que no solamente debe existir una norma legal que establezca la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, sino que también, es indispensable otra disposición, de rango legal, que autorice la retribución económica, como resarcimiento al profesional por el costo de oportunidad que implica no ejercer en forma privada su profesión, a efecto de que todos sus conocimientos y energía los ponga al servicio de la entidad patronal.” (Dictamen C-299-2005 del 19 de agosto del 2005.)

(el subrayado y resaltado no es del original)

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

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

1. Libertad profesional: Como lo indica la Procuraduría General de la República en el Dictamen número C-270-2013 del 29 de noviembre de 2013, “... el régimen de prohibición resulta aplicable al caso de funcionarios que ostentan una profesión liberal, por lo que resulta de gran importancia tener claro que existen ramas del saber en las que puede alcanzarse un grado profesional en razón de una determinada formación académica universitaria, pero, ello no implica

*necesariamente que estemos en presencia de una profesión liberal ...". Para efectos de lo consultado, si la persona no ostenta una profesión liberal, no se puede tener por acreditada la existencia de una libertad profesional susceptible de ser limitada o restringida y en consecuencia, no es procedente el pago. Por ejemplo, en el caso de la administración de oficinas (Dictamen PGR C-212-2009), profesiones académicas o de erudición incluyendo la docencia (Dictamen PGR C-145-2013), profesiones artísticas (Dictamen PGR C-270-2013), la sociología (Dictamen PGR-C-249-2014), por no tratarse de profesiones liberales cuyo ejercicio suponga la existencia de una libertad profesional, resulta improcedente el pago compensatorio por concepto de prohibición, aún y cuando el puesto que las personas pudieran estar ocupando, se encuentre expresamente indicado en alguna norma que lo afecte directamente. En este supuesto, no se configura el binomio puesto-persona por la falta de requisitos en la persona.*

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

*3. Reserva de ley: Para la procedencia del pago, es indispensable la existencia de normas con rango de ley, en una doble situación. Por un lado, la restricción a la libertad profesional, que se aplica en forma restrictiva según el régimen de libertades para su imposición, lo cual significa que la interpretación se efectúa según el principio pro homine (Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el principio in dubio pro libertate, es decir, en caso de existir duda, debe respetarse primeramente la libertad de la persona en defecto de la*



*consecuencia jurídica de la obligación. Esto no es extraño al Derecho en general, cuando se le compara con otros principios generales que pueden ser más conocidos como el in dubio pro reo, in dubio pro operario, in dubio pro natura y otros. De lo anterior se deriva, como tesis de principio, que nadie tiene derecho a la restricción, sino más bien, que toda persona tiene derecho a la libertad y es el Estado, quien mediante las leyes, tiene el derecho de restringir esa libertad, que una vez limitada, habilita una compensación o indemnización por ese menoscabo. Tampoco resulta ajeno al Derecho en general esa situación, pues véase por ejemplo cuando una persona ejerce la libertad a la propiedad (artículo 45 de la Constitución Política), si el Estado la requiere para satisfacer el interés público, debe proceder con la indemnización correspondiente. Siguiendo con el ejemplo, se puede decir que no existe un derecho a ser expropiado, lo que existe es un derecho a ser compensado o indemnizado, que mutatis mutandis se parafrasearía indicando que nadie tiene derecho a ser “prohibido”, pero una vez sometido al imperio de la ley, tendría derecho al pago compensatorio. Por otro lado, no basta la existencia de la limitación, restricción o prohibición al ejercicio de la libertad profesional para que nazca el derecho a la indemnización, pues es indispensable que exista una norma de rango legal que otorgue el derecho al pago compensatorio. Como se indicará más adelante, hay supuestos en los que la legislación solamente restringió la libertad profesional, pero no habilitó ningún pago compensatorio. Esta situación, que podría cuestionarse según el parámetro de legitimidad constitucional, por sujeción al principio de legalidad que rige a la Administración Pública, solo podría encontrar solución mediante la promulgación de las normas legales que sean necesarias. Aquí también resulta oportuno indicar que para las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional de Aprendizaje no existe una limitación o prohibición genérica y en consecuencia, tampoco poseen un derecho genérico a la compensación, como sí lo estipuló la ley para otras instituciones, como por ejemplo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil o la Contraloría General de la República.*

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

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

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

*Sistema de Información Legislativa (S.I.L.) de la Asamblea Legislativa.*

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

*Otra particularidad de dicha norma es que, en su origen, se encuentra orientada a personal funcionario del Ministerio de Hacienda, introduciendo en el artículo segundo, la regla de aplicación general, indicando que corresponde a dicho Ministerio, bajo el control de la Dirección General de Servicio Civil, la determinación de los casos en que procede la aplicación de esa ley. Esto es muy relevante, pues atribuye a la administración activa la aplicación del pago compensatorio y a la Dirección General de Servicio Civil el control de ello.*

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

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

*a) Un sesenta y cinco por ciento (65%) para los profesionales en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior.*

*b) Un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados de programas de licenciatura o maestría.*

*c) Un treinta por ciento (30%) para quienes sean bachilleres universitarios o hayan aprobado el cuarto año de la respectiva carrera universitaria.*

*d) Un veinticinco por ciento (25%) para quienes hayan aprobado el tercer año universitario o cuenten con una preparación equivalente.*

*(...)"*

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

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

señalar:

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

(el subrayado y resaltado no es del original)

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

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

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

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

- a) Que ocupen puestos que estén afectados legalmente por prohibición;
- b) Que reúnan alguno de los requisitos académicos indicados en el artículo 1º la Ley 5867 y sus reformas;
- c) Que exista ley expresa o resolución judicial que autorice la compensación económica; y
- d) Que ostenten una formación académica afín con el cargo que desempeñen; que dentro del ámbito del Régimen de Servicio Civil, quedará a juicio de la Dirección.

Artículo 13: **Corresponde a las Oficinas de Recursos Humanos ejercer el control inmediato en todo lo inherente al pago por concepto de prohibición**, sin perjuicio de la intervención que puedan

tener las Auditorías Internas de cada institución, y Dirección según su competencia en relación con este beneficio.

Artículo 15: **Las Oficinas de Recursos Humanos tramitarán el pago de este beneficio mediante acción de personal, la cual deberá indicar la disposición legal en que se fundamenta dicho pago,** y contar con la aprobación de la Dirección, excepto que corresponda a aquellas Instituciones no comprendidas dentro del Régimen de Servicio Civil.

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

- a) Se haya concedido sin haber sido autorizado por una disposición legal previa.
- b) Habiéndose autorizado el pago, se demuestre que los documentos presentados por el servidor para tal fin, contengan algún vicio, o que por alguna otra razón hayan hecho incurrir en error a la Administración.
- c) El servidor contravenga las disposiciones contenidas en los artículos 20,21, y 22 de este reglamento.
- d) El servidor sea trasladado o ascendido a un puesto que no se encuentre afectado por prohibición.
- e) El servidor sea trasladado con su puesto a un programa que no se halle afectado por el pago de dicho concepto, salvo disposición legal en sentido contrario.

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

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

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

(el subrayado y resaltado no es del original)

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

*Dichos antecedentes mencionan las siguientes normas: a.- la Ley número 4755 del 3 de mayo de 1971 (Código de Normas y Procedimientos Tributarios); b.- la Ley número 5867 (con dos reformas que la modificaron y no son normas independientes como lo son las leyes número 7018 y 7097); c.- la Ley número 7333 del 5 de mayo de 1993 (Reforma Integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial); d.- la Ley número 8131 del 18 de setiembre de 2001 (Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos); e.- la Ley número 8422 del 6 de octubre de 2004 (Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública). Sobre esas normas, se hará referencia en las respuestas a los casos generales planteados y las interrogantes específicas realizadas.*

#### **IV. Respuestas específicas a los casos generales planteados:**

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

##### Caso # 1 Abogados:

(...)

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

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

*Se exceptúan de la prohibición anterior los servidores del Poder Ejecutivo que presten servicios en los establecimientos oficiales de enseñanza y que no tengan ninguna otra incompatibilidad; lo mismo que los servidores*

*judiciales interinos o suplentes, siempre que ese interinato no exceda de tres meses; los fiscales específicos; los municipales y apoderados municipales; el Director de la Revista Judicial; los defensores públicos de medio tiempo y los que sean retribuidos por el sistema de honorarios y, en general, todos los servidores que no devenguen sueldo sino dietas.*

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

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

De lo anterior, se destaca que el pago de compensación por concepto de prohibición puede ser reconocido por la Dirección Nacional de Notariado a los profesionales en Derecho, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos legales, exista una autorización estipulada en una ley, que permita su pago. Es decir, si la carrera de Derecho está contemplada como atinencia para el puesto que desempeña el abogado o egresado de Derecho, dicha carrera constituye un requisito para el puesto, de manera que se presume que su ocupante requiere de ese conocimiento especializado para realizar sus labores y por ende, se encuentra sujeto al pago de prohibición, si existe una norma que así lo autorice.

Por otro lado, en cuanto al Dictamen número 140-2016 del 16 de junio del 2016 de la Procuraduría General de la República, el oficio número AJ-459-2016 del 4 de agosto de 2016 de esta Asesoría establece que:

*(...) “Efectivamente, el reciente pronunciamiento del ente técnico consultivo superior del Estado, presenta una modificación esencial en la posición que había venido sosteniendo sobre el tema desde hace algunos años, y que resulta de capital importancia poner en evidencia, en razón de las implicaciones técnicas, jurídicas y/o administrativas que pudieran derivar de la misma. Es así como en dicho dictamen se arribó a las siguientes conclusiones:*

*”...A.-La prohibición responde a la imperiosa necesidad de resguardar la conducta ética y moral de los funcionarios, evitando el posible conflicto de intereses y el quebranto a los deberes de probidad e imparcialidad.*

*Por otra parte, estando de por medio el ejercicio de la libertad profesional debe existir una norma de rango legal que, no solo, imponga la restricción, sino que, además, autorice el resarcimiento por esta y por último, tal impedimento, no es optativo, ni para el funcionario, ni para la Administración, ya que, una vez establecido por ley, deviene obligatorio.*

**B.-** *A lo largo de la tutela normativa de las Contralorías de Servicios se les ha encomendado velar por la prestación del servicio público, endilgado, por el ordenamiento jurídico a las diferentes instituciones, los derechos de los usuarios y siempre han estado a cargo de un Contralor de Servicios, el cual, nunca ha sido denominado de forma diferente.*

**C.-** *El ordinal 14 de la Ley 8422 impone limitación al ejercicio liberal de la profesión. Impedimento que recae sobre un derecho fundamental, lo cual, conlleva, irremediablemente, debe ser endilgado mediante Ley y la interpretación de esta debe ser restrictiva, quedando vedado realizar esta última por analogía.*

**D.-** *El legislador no incluyó a los Contralores de Servicios en la norma que se estudia, ni se refirió en forma alguna a aquellos. Debemos afirmar, entonces, no están inmersos en la prohibición objeto de consulta.*

**E.-** *Como claramente, se sigue del cardinal primero de la Ley 8422, esta última nace para combatir la corrupción, tutelar el manejo del erario y establecer mecanismos de fiscalización más eficientes.*

**F.-** *A partir de esos parámetros, la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, impone prohibición a los servidores, taxativamente, enunciados en el artículo 14, por cuanto, sus funciones se relacionan, directamente, con la administración, control de patrimonio o en general están en posición de privilegiar conductas irregulares, a través de actos de corrupción o contrarios a la ética pública.*

**G.-** *Las circunstancias supra citadas no permean los Contralores de Servicios, los cuales deben velar porque el servicio público que presta la entidad a la pertenecen, sea eficiente, eficaz y respete los derechos de los Administrados, sin que les corresponda participar directamente en la dirección o gestión institucional.*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

**H.- No resulta viable, jurídicamente, equiparar los Contralores Internos con los de Servicios y, por ende, estos últimos no están afectados a la prohibición inmersa en el canon 14 de la Ley 8422.**

***I.- De oficio, por las razones dadas, se reconsideran los Dictámenes C-168-2013 del 26 de agosto del 2013, C-108-2015 del 11 de mayo del 2015, C-192-2015 del 24 de julio del 2015 y C-004-2016 del 11 de enero de 2016, en tanto, determinaron la posibilidad de cancelar la prohibición dispuesta en el canon 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública a los Contralores de Servicios...” (El subrayado no pertenece al original)***

*En virtud de lo anterior, y ante las nuevas consideraciones normativas y razonamientos técnicos incorporados por el Ente Procurador del Estado en el pronunciamiento citado supra, los cuales replantean los dictámenes emitidos con antelación sobre el tema en estudio, se procede a **reconsiderar** en los términos expuestos páginas atrás, los Oficios AJ-038-2016 y AJ-076-2016, fechados 25 de enero y 11 de febrero de 2016, respectivamente; por cuanto en los mismos se determinó la procedencia en la cobertura del régimen de prohibición a las personas que ocupen el cargo de contralor de servicios institucional”.*

Al relacionar los criterios jurídicos precedentes, se puede colegir, que si la carrera de Derecho está contemplada como atinencia para el cargo de Contralor de Servicios, se cumple con los requisitos para el pago de prohibición, pues existe una norma que habilita esta compensación a los abogados que presten sus servicios en el Poder Ejecutivo.

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

*Original firmado {Licda. Engie Vargas Calderón*

Licda. Engie Vargas Calderón  
**Asesoría Jurídica**

EVC/AMRR



8 de marzo de 2018

**AJ-OF-071-2018**

Señor  
Wilberth Cordero Fernández  
Jefe, Departamento de Gestión del Potencial Humano  
Ministerio de Hacienda

**Asunto:** Solicitud de criterio legal sobre recurso de revocatoria.

Estimado señor:

Con la aprobación del Director a.i. de la Asesoría Jurídica, se atiende el oficio número DGPH-037-2017 del 28 de agosto del 2017, recibido el día 4 de setiembre del 2017, trasladado para su atención mediante Formulario de Traslado de Documentos por parte del Despacho del señor Director General de Servicio Civil, mediante el cual, se solicitó criterio legal respecto al plazo para resolver recursos de revocatoria en los procesos de reasignación de puestos.

Previo a evacuar sus consultas, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, ha de indicarse 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.

Sobre el recurso de revocatoria en reasignaciones de puestos, esta Asesoría Jurídica en el oficio número AJ-057-2018 del 2 de marzo del 2018, señaló:

*“Para el caso específico de las Competencias Comisionadas a los Órganos e Instancias Constitutivos del Sistema de Gestión de Recursos Humanos del Régimen de Servicio Civil, la Resolución número DG-347-2011 de las 13:00 horas del 1° de julio de 2011, dispuso en el artículo 7, la forma en la que se ha diseñado el procedimiento para la atención de asuntos, incluida la fase recursiva.*

*Valga la ocasión para recordar que mediante la Resolución número DG-167-2014 de las 8:00 horas del 4 de setiembre de 2014, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 191 del 6 de octubre de 2014, se modificó el artículo 7 de la Resolución número DG-347-2011, siendo la redacción vigente la siguiente:*

**"ARTICULO 7°.- De la fase recursiva. Recursos Ordinarios de Revocatoria y Apelación.**

*Contra las decisiones que emitan las OGEREH cuya competencia se origine en la presente resolución, cabrán los recursos ordinarios de revocatoria y apelación. Ambos recursos podrán interponerse por el recurrente ante la OGEREH respectiva, dentro de los tres días hábiles siguientes, contados a partir del día siguiente de la notificación de la decisión. 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 SIGEREH."*

*Como se puede apreciar, queda demostrada que la fase recursiva en Competencias Comisionadas a los Órganos e Instancias Constitutivos del Sistema de Gestión de Recursos Humanos del Régimen de Servicio Civil solo es procedente contra las decisiones (actos finales) adoptadas por la Oficina de Recursos Humanos (OGEREH) y el plazo para interponer los recursos ordinarios de revocatoria y apelación es de tres días, en atención al principio de taxatividad recursiva y en concordancia con la Ley General de la Administración Pública.*

*Para una mejor identificación del asunto, conviene transcribir la normativa específica que constituye el fundamento jurídico para el análisis de la fase recursiva existente en los procedimientos de reasignación. Así, el inciso b) del artículo 111 del*

*Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo Nº 21 del 14 de diciembre de 1954, expresamente señala:*

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

*(...)*

*b. La Oficina de Recursos Humanos enviará al servidor titular del puesto o al Jerarca o Jefe autorizado, en caso de plazas vacantes, una copia del resultado del estudio, para que, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, el titular del puesto pueda solicitar la revocatoria, presentando las consideraciones y objeciones que fundamenten el reclamo, las cuales serán resueltas en primera instancia, por la Oficina de Recursos Humanos, la cual determinará la procedencia de lo planteado. Si el resultado de la solicitud de revocatoria no satisface las expectativas del interesado, éste podrá, en segunda instancia, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la segunda comunicación, apelar ante el Director General de Servicio Civil, quien resolverá en definitiva, agotando la vía administrativa.”*

*(el subrayado y resaltado no es del original)*

*De manera tal que, la contrastación literal gramatical con base en la técnica lexicográfica común, alcanza suficientemente para llegar a concluir que, la fase recursiva existe únicamente para el titular del puesto, en el tanto, la normativa que la regula, no contempla legitimación activa para otros supuestos.*

*No obstante lo anterior, resulta oportuno acudir a lo resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que en la sentencia número 2008-15602 de las diez horas y cincuenta minutos del diecisiete de octubre del dos mil ocho, señaló:*

*“V.- EN CONCLUSION. En atención a lo previamente indicado, procede acoger el presente amparo únicamente respecto de la falta de formal comunicación al amparado de las resoluciones OSC-S-007-2008 del 21 de enero del 2008 y OSC-S-083-2008 del 12 de mayo siguiente, de previo a ejecutarse la reasignación descendente de puesto dispuesta en éstas, con su consecuente disminución salarial, como así se declara.”*

*(el subrayado y resaltado no es del original)*

*Ese antecedente jurisprudencial proviene de otra resolución del mismo órgano de jurisdicción constitucional, que en la sentencia número 2004-1517 de las once horas y cuarenta y siete minutos del trece de febrero del dos mil cuatro, indicó:*

*“En este caso, sí se observa que se realizó un ius variandi abusivo por parte del ente recurrido, con clara violación del debido proceso en perjuicio del amparado,*

puesto **que el no comunicarle** la reasignación descendente **le impidió ejercer su derecho de defensa** en su oportunidad. **El no haberle conferido audiencia**, a fin de que se pronunciara sobre la reasignación descendente, provocó que el amparado no tuviera la oportunidad de rechazar la reasignación y recibir la indemnización a que se refiere el artículo 37 inciso f) del Estatuto del Servicio Civil o bien si optaba por un traslado”  
(el subrayado y resaltado no es del original)

En los mismos términos que las resoluciones de la Sala Constitucional, fue emitido en su oportunidad el Oficio Circular Gestión 008-2009 del 17 de julio de 2009, respecto de la obligación de comunicación a las personas que pudieran ostentar algún interés particular en los procedimientos de reasignación, por ejemplo, personas en condición interina, como un paso previo a la ejecución de la actuación.

**Puede apreciarse que la Sala Constitucional no amplió ni reguló una fase recursiva diferente a la establecida en la normativa**, pero garantizó la obligación de comunicación en forma previa y si fuere el caso, a la atención de los argumentos que las personas con algún interés particular pudieran presentar. De lo anterior no se sigue que expresamente la Sala Constitucional haya indicado que las personas que no tengan la condición de titular del puesto puedan presentar recursos, pero sí habilitó la posibilidad de ejercer las opciones que el bloque de legalidad ofrece para defender sus intereses, sin que la condición de su nombramiento sea una limitante para ese ejercicio”. (El subrayado y resaltado no es del original)

De acuerdo a lo anterior y según las potestades otorgadas a la Dirección General de Servicio Civil y a su Director General, según artículos 13 del Estatuto de Servicio Civil y 4 de su Reglamento, así como los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, esta Dirección puede establecer sus propios procedimientos, en virtud del principio de especialidad y solamente de manera supletoria podrá aplicarse otra normativa.

Dado esto, los plazos otorgados mediante la resolución número DG-167-2014 son ordenatorios y no perentorios, y se han establecido valorando una respuesta pronta y cumplida al administrado, para el mejor funcionamiento del Sistema de Gestión de Recursos Humanos.

Por otra parte, desde la existencia de dicha resolución no se han presentado manifestaciones de la Administración Activa, que impidan cumplir con el plazo mencionado. Sin embargo, si el Ministerio de Hacienda, considera que existe una oportunidad de mejora debido a que en la operativización de la norma, se produce alguna afectación en cuanto, al cumplimiento del plazo asignado para la resolución de recursos de revocatoria por parte de las OGEREH, se insta a manifestarlo de esta manera, para proceder con la valoración de lo solicitado.

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

*Original firmado* {Licda. Engie Vargas Calderón

Licda. Engie Vargas Calderón  
**Asesoría Jurídica**

EVC/AMRR

Cc: Máster Rómulo Castro Víquez, Director de Gestión de Recursos Humano

15 de mayo del 2018

**AJ-OF-186-2018**

Señor  
Gilbert Rodríguez Ruiz

Estimado señor:

Con la aprobación de la Directora de esta Asesoría Jurídica, se atiende el oficio sin número de fecha 9 de mayo del 2018, mediante el cual, se solicitó criterio legal respecto al recurso de revocatoria contra los actos administrativos de las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos.

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle que es política de esta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, ha de indicarse 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 cuanto a los recursos contra un acto administrativo de una Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos, debe traerse a colación lo que dispone el artículo 144 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que señala:

*“Artículo 144: En materia de recursos contra los actos y decisiones que se adopten en la Gestión de Recursos Humanos que formalizan las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos en general, serán aplicables las disposiciones del Estatuto de Servicio Civil y el presente Reglamento, además de las resoluciones y otras normas conexas complementarias, entendiéndose que compete a esas instancias el conocimiento de los recursos cuando en dichos cuerpos normativos se refieren al órgano que resolvió el acto. Las Oficinas de Gestión Institucional de Recursos Humanos en todos los casos, coadyuvarán en el seguimiento que se requiera a fin de que los*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*recursos que se interpongan sean resueltos por quien corresponda, dentro de los plazos y de conformidad con el ordenamiento jurídico”.*

Bajo esta inteligencia, con respecto a la primera consulta planteada, sobre el plazo para resolver el recurso de revocatoria, y siendo que su persona no lo indica, se supondrá para dar nuestra respuesta, que se está ante la presencia de un órgano director, para lo cual debe señalarse el contenido del artículo 352 de la Ley General de la Administración Pública que establece:

*“Artículo 352:*

*1. El órgano director deberá resolver el recurso de revocatoria dentro de los **ocho días** posteriores a su presentación, pero podrá reservar su resolución para el acto final, en cuyo caso deberá comunicarlo así a las partes”. (El subrayado no corresponde al original)*

Dado lo anterior, se determina que el plazo para resolver el recurso de revocatoria es de ocho días.

En caso de que no se trate de un órgano director, sino del recurso de revocatoria en el procedimiento de reasignación de puestos, se trae a colación lo que dispone el artículo 111 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil que dice literalmente lo siguiente:

*“Artículo 111:*

*(...)*

*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.*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*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)”.*

De acuerdo con lo mencionado, en el caso del recurso de revocatoria en reasignaciones de puestos, éste deberá resolverse en un plazo de ocho días hábiles a partir de su interposición.

En cuanto a la segunda consulta planteada, sobre a partir de cuándo corre el plazo, el artículo 256 de la citada Ley, indica:

*“(…)*

*3. Los plazos empezarán **a partir del día siguiente** a la última comunicación de los mismos o del acto impugnado, caso de recurso”.*

En virtud de lo señalado, el plazo para resolver el recurso de revocatoria, corre a partir del día siguiente de su interposición.

Finalmente, en cuanto a la tercera consulta planteada, sobre la aplicación del silencio en caso de que la Administración no conteste dentro del plazo de ley, debe hacerse referencia al oficio número AJ-570-2015 del 16 de octubre del 2015 de esta Asesoría Jurídica, que en lo que interesa señala:

*“(…) En atención de lo anterior, y por lo que en vista de la constante incapacidad de la Administración Pública para resolver en tiempo las solicitudes de los ciudadanos, el ordenamiento jurídico crea la figura del Silencio.*

*El derecho administrativo suele atribuir al silencio de la administración, el valor de una decisión, sea positiva o negativa. Se trata de lo que en doctrina se conoce como actos administrativos presuntos (a diferencia*



de los expresos) positivos o negativos, resultado del silencio positivo o negativo de la administración.<sup>17</sup>

*La característica distintiva del acto presunto positivo frente al negativo, recogida por la doctrina y nuestra jurisprudencia judicial y administrativa, consiste en que el positivo es un verdadero acto administrativo, equivalente al acto que sustituye<sup>18</sup>. Acto administrativo que, por lo general, es una autorización, permiso o aprobación, como está regulado en nuestro derecho positivo en el artículo 331 de la Ley General de la Administración Pública y 7 de la ley número 8220. En este mismo sentido, ha dicho la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 88 de las 15:05 horas del 19 de octubre de 1994, lo siguiente:*

*"(...) Ante la ausencia de una manifestación de voluntad expresa por parte de la Administración, la Ley faculta, en circunstancias específicas y para ciertos efectos, la presunción de esa voluntad, ya sea un sentido negativo o desestimatorio, o bien, positivo o afirmativo. (...) El silencio positivo, en cambio, constituye un verdadero acto administrativo. Así se desprende del texto del artículo 331 de la Ley General de Administración Pública, que dispone que acaecido este "no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto sino en aquellos casos y en la forma prevista por la ley". Por esta razón, el silencio negativo es la regla en esta materia, en tanto que el positivo es la excepción y como tal sólo procede en aquellos casos permitidos por el ordenamiento jurídico. El artículo 330 de la Ley General de Administración Pública, admite el silencio positivo en tres hipótesis; a) cuando se establezca expresamente; b) cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela; y c) cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones. Por constituir el silencio positivo un acto administrativo equivalente a la autorización, licencia o permiso solicitado, dispone el artículo 331, inciso 1), citado, que la solicitud que se presente debe contener los requisitos de ley. Es decir, para que opere el silencio positivo, debe el particular haber cumplido en su gestión con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la norma, pues lo contrario implicaría la ausencia de presupuestos esenciales para la existencia del acto, no pudiendo operar el silencio cuando se omite alguno de ellos, aunque el órgano o funcionario encargado no realice la respectiva prevención. (...)"*

<sup>17</sup> PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, T. I, págs. 116-117

<sup>18</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, T.I., pag.504.

*En nuestro ordenamiento jurídico el silencio positivo se encuentra regulado inicialmente en los artículos 330 y 331 de la Ley General de la Administración Pública, los cuales señalan:*

**"Artículo 330.-**

*El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela.*

*También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones." (Destacado no es del original).*

**"Artículo 331.-**

*El plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización, o licencia con los requisitos legales.*

*Acaecido el silencio positivo no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto sino en aquellos casos y en la forma previstos en esta ley."*

*De igual forma, la Ley 8220 del 4 de marzo de 2002, establece el procedimiento para aplicar esta figura, indicando:*

**"Artículo 7.- Procedimiento para aplicar el silencio positivo**

*Cuando se trate de solicitudes para el otorgamiento de permisos, licencias o autorizaciones, vencido el plazo de resolución otorgado por el ordenamiento jurídico a la Administración, sin que esta se haya pronunciado, se tendrán por aprobadas. Para la aplicación del silencio positivo bastará con que el administrado presente a la Administración una declaración jurada, debidamente autenticada, haciendo constar que ha cumplido con todos los requisitos necesarios para el otorgamiento de los permisos, las licencias o las autorizaciones y que la Administración no resolvió dentro del plazo correspondiente.*

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*Estos requisitos serán únicamente los estipulados expresamente en las leyes, los decretos ejecutivos o los reglamentos, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la presente ley.*

*La Administración, dentro de los tres días hábiles siguientes a la recepción de la declaración jurada, deberá emitir un documento donde conste que transcurrió el plazo para la aplicación del silencio positivo y la solicitud no fue resuelta en tiempo. Si la Administración no emite este documento dentro del plazo señalado, se tendrá por aceptada la aplicación del silencio positivo y el administrado podrá continuar con los trámites para obtener el permiso, la licencia o la autorización correspondientes, salvo en los casos en que por disposición constitucional no proceda el silencio positivo.*

*En el cumplimiento de este procedimiento, la Administración deberá coordinar a lo interno para informar al oficial de simplificación de trámites, de conformidad con los artículos 8 y 11 de esta ley.*

*Ninguna institución podrá desconocer o rechazar la aplicación del silencio positivo que, opera de pleno derecho.*

*Cuando sea procedente, la Administración aplicará el procedimiento de nulidad en sede administrativa regulado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública o iniciará un proceso judicial de lesividad para demostrar que los requisitos correspondientes no fueron cumplidos.*

*(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 8990 del 27 de setiembre del 2011)”*

*De las normas legales indicadas, podemos extraer que el silencio positivo sólo procede en aquellos casos **expresamente permitidos** en el ordenamiento jurídico, cuando se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por la normativa legal y cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela, o solicitudes de permisos, licencias o autorizaciones.<sup>19</sup>”*

(...)

*“En este sentido, podemos concluir claramente que el silencio positivo sólo procede en aquellos actos reglados que emita la Dirección*

---

<sup>19</sup> La jurisprudencia Constitucional sin embargo, ha excepcionado de la aplicación del silencio positivo ciertas materias como el ambiente, bienes de dominio público, entre otras.

N° 34 | I SEM | Enero del 2018 a Junio del 2018

*General de Servicio Civil y en donde se den los siguientes requisitos: **a) en aquellos casos permitidos expresamente por el ordenamiento jurídico (actos reglados) y siempre que el gestionante haya cumplido con todos los requisitos exigidos por la normativa legal, b) para aquellos casos de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela y c) cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias o autorizaciones, para el resto de actuaciones que dentro de su competencia emita la Dirección General de Servicio Civil como actos discrecionales no se admite la aplicación del silencio positivo”.***

En virtud de lo anterior, se determina que en materia recursiva no es aplicable el silencio positivo de la Administración, pues no se encuentra así estipulado en el ordenamiento jurídico, de manera expresa.

Atentamente,

Engie Vargas Calderón  
**ABOGADA**  
**ASESORÍA JURÍDICA**

EVC/ZRQ

7 de marzo de 2018

**AJ-OF-067-2018**

Licenciado  
Eiko Marín Cascante

**Asunto:** Consulta sobre las implicaciones de la reestructuración del Departamento de Servicios Generales.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Director a.i. de esta Asesoría Jurídica, se procede a dar respuesta a su escrito sin número de fecha 6 de marzo de 2018, recibido el mismo día, por medio del cual, solicitó criterio sobre las implicaciones de la reestructuración del Departamento de Servicios Generales del Ministerio de Seguridad Pública.

De previo, 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, 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, la resolución del caso planteado, sería competencia del órgano superior jerárquico del Ministerio de Seguridad Pública, dado que la descripción del mismo, es un asunto de resorte interno.

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:*

- e) 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;*

- f) 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<sup>20</sup> de este Reglamento. El Tribunal*

---

<sup>20</sup> 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;
- j) La exposición clara y precisa de los hechos;
- k) 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

*ordenará levantar información por medio de la Dirección General, si así lo estimare necesario para dictar su fallo, que será definitivo; y” ...*

Atentamente,

*Original firmado* {Licda. Engie Vargas Calderón

Licda. Engie Vargas Calderón  
**Asesoría Jurídica**

EVC/AMRR

- 
- tratarse de certificaciones u otros documentos públicos, se expresará la oficina donde se encuentra, para que sea ordenada su expedición libre de derechos;
- l) Las peticiones sobre las cuales, deberá recaer resolución; y
  - m) Señalamiento de casa u oficina para oír notificaciones en el lugar de su domicilio.”

**AJ-OF-031-2018**

7 de febrero de 2018

**Asunto:** Consulta de la Sra. Kenia Camareno Garita sobre sustitución de un interino por otro interino.

**Ref:** Correo electrónico de fecha 30 de enero de 2018 a la 1:43 pm.

**Sra.:**

**Kenia Camareno Garita**

Estimada Señora:

Con la aprobación del señor Director de esta Asesoría Jurídica, damos respuesta a su correo electrónico de fecha 30 de enero de 2018, mediante el cual consulta lo siguiente:

*“Buenas tardes, me dirijo a usted por este medio para que evacue una duda que tengo, me gustaría saber si es posible que un interino quite a otro interino siendo el primero de menor categoría y habiendo estado nombrado menos de un mes el año anterior. Si es posible me podrían aclarar esta duda, disculpe si no es el departamento correcto dónde se debe enviar el correo, sino corresponde a este departamento me podría indicar en cuál departamenrto (sic) me aclararían mi duda. Gracias.”*

Previo a evacuar su consulta, resulta conveniente indicarle que es política de ésta Asesoría Jurídica, no pronunciarse sobre casos concretos o particulares, sino orientar la respuesta según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del Principio de Legalidad consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política y su homólogo de la Ley General de la Administración Pública. No obstante lo anterior, hemos de indicarle que la consulta planteada será abordada desde una perspectiva general, analizando las normas jurídicas que puedan ser aplicables en la materia específica y con ello evitar suplantar a la administración activa, a quien compete aplicar lo que en derecho corresponde en el caso particular.

Los servidores en condición interina han venido a constituir dentro de la Administración Pública, por la necesidad de solventar y solucionar aquellos espacios vacantes en forma permanente o temporal por ausencia de un servidor titular del puesto, con el fin de llenar las plazas vacantes en forma inmediata para



lograr la prestación de un servicio de calidad en pro de una Administración eficaz y eficiente.

La prestación de servicio que deben ejecutar este tipo de servidores es por tiempo y plazo definido, sin embargo sus nombramientos se han prolongado en el tiempo por la necesidad institucional de mantener el conocimiento y experiencia que en el desempeño del puesto en condición de interinos, han adquirido estos servidores, pero los mismos pueden ser cesados por la Administración Pública, con la finalidad de llenar las vacantes en la forma prescrita por el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Esta estabilidad impropia viene a garantizar el resguardo de un derecho no adquirido, pero sí creado por la Administración Pública para la protección de aquellos que le han dedicado a ésta, su servicio sin estabilidad ni un futuro de trabajo asegurado. La figura de estabilidad impropia creada por la jurisprudencia, se puede ver afectada por determinadas circunstancias que han permanecido vigentes en la gestión humana, como son:

- La comisión de una falta grave por parte del servidor interino.
- Regreso del titular al puesto que ocupa un servidor en condición interino.
- Resolución de terna para nombramiento de un servidor regular.

Para ampliar la consulta, se hará referencia al dictamen de la Procuraduría General de República, dictamen numero: C-095-95 del 28 de abril de 1995, el cual es muy amplio y detallado, el cual versa de la siguiente manera:

*“En la normativa jurídica costarricense, que rige las llamadas relaciones de servicio público o estatutarias, se encuentran dos situaciones en las cuales se puede contratar personal en forma interina:*

*a.- Cuando existe una plaza vacante, mientras se realiza el respectivo concurso para llenarla.*

*Se trata del servidor interino que ocupa una plaza vacante, según las disposiciones de los artículos 26, párrafo segundo del Estatuto de Servicio Civil y el 12 de su Reglamento.*

*b.- Cuando temporalmente se reemplaza a un servidor regular por motivo de licencia, enfermedad, riesgo del trabajo u otra causa de suspensión de la relación de servicio del titular del cargo. Aquí se tiene al servidor interino sustituto, a quien le es aplicable lo establecido en el numeral 10, párrafo segundo del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. La duración de la relación con el servidor interino queda determinada por la causa de la*

*sustitución. A estos servidores se les considera nombrados a plazo fijo o por tiempo determinado, en razón de lo establecido en el artículo 13 del citado Reglamento. Obviamente ello es así ya que, de antemano se conoce y establece el plazo y término de la sustitución del titular.*

La Sala Constitucional mediante el Voto No. 743-91 de las 15:35 horas del 17 de abril de 1991 se ha pronunciado sobre este tema, y sobre el particular manifiesta lo siguiente:

*"II.- Aunque los servidores interinos no gozan del derecho de inamovilidad que consagra el artículo 192 de la Constitución Política a favor de los funcionarios que se encuentran bajo el Régimen de Servicio Civil, sí existe a favor de éstos el derecho constitucional al trabajo consagrado en el artículo 56 de la Carta Magna. De conformidad con dicha disposición el trabajo se establece como un derecho y una obligación del individuo, lo cual permite establecer el que todo individuo tiene también el derecho a la estabilidad en el empleo. En el caso que se examina, la recurrente no goza del derecho de la inamovilidad pero sí tiene derecho a que el Estado le garantice estabilidad en el empleo que desempeña (...) Por tratarse del (sic) nombramiento de una situación prevista con carácter temporal y para aquellos casos en que se requiera sustituir a un servidor regular por un período determinado, una interpretación coherente de nuestro ordenamiento exige que el cese del interinato se produzca en virtud de que el puesto sea ocupado por un funcionario nombrado en propiedad. Lo contrario daría cabida a que en forma arbitraria la Administración removiera a un servidor interino y nombrara a otro en las mismas condiciones, no sólo lesionando el derecho a la estabilidad en el empleo sino también desvirtuando el derecho a la inamovilidad de los servidores públicos, ya que mediante nombramientos interinos sucesivos y por tiempo indeterminado se podrían nombrar funcionarios sin las garantías mínimas que nuestro ordenamiento reconoce."*

Sobre las causas de cesación de los servidores interinos, la propia Sala Constitucional ha dispuesto que:

*"... solo si el funcionario es cesado para efectuar el correspondiente nombramiento en propiedad o para que vuelva a ocupar la plaza quien estaba nombrado en ella, procede el cese." (Voto No. 867 de 15:08 horas del 3 de mayo de 1991).*

También, mediante Voto No. 743 de las 15:35 horas del 17 de abril de 1991, el referido contralor de constitucionalidad señaló:

*"Por tratarse el nombramiento interino de una situación prevista con carácter temporal y para aquellos casos en que se requiera sustituir a un servidor regular por un período determinado, una interpretación coherente de nuestro ordenamiento exige que el cese del interinato se produzca en virtud de que el puesto sea ocupado por un funcionario nombrado en propiedad."*

Por otro lado, mediante Oficio AJ-168-94 del 19 de mayo de 1994, del Departamento Legal de la Dirección General de Servicio Civil, indica los motivos justificados que permiten el cese de un interino o la no prórroga de su nombramiento, los cuales son:

*"1- El escogimiento de un nuevo empleado en propiedad, de la nómina o terna respectiva ( cfr. Voto # 1989-92 de las dieciséis horas cuarenta y dos minutos del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y dos entre otros).*

*2- El regreso del servidor titular a la plaza que ocupa el sustituto interino.*

*3- El que el servidor incurra en faltas a la función pública, que ameriten el cese, previo cumplimiento del debido proceso que asegure el derecho de defensa del servidor.*

*4- El que el servidor interino deje de cumplir con los requisitos establecidos en el Manual Descriptivo de Clases, por un cambio en el mismo ( cfr. Voto # 6773 de las dieciséis horas treinta minutos del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y tres), no pudiendo prorrogarse su nombramiento en estos casos.*

*5- El no poderse prorrogar el nombramiento del interino por la transformación de la clasificación de su puesto ( cfr. Voto # 4744 de las dieciséis horas veintiún minutos del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y tres)".*

En espera de haber aclarado sus consultas en forma suficiente, atentamente,

*Original firmado* {Licda. Rocío Caravaca Vargas

Licda. Rocío Caravaca Vargas  
**Asesoría Jurídica**

RCV/AMRR

**- III -**

# **JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL**

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

RESULTADO Y ACTOR	ASUNTO	POSICIÓN DE LA SALA
<b>SIN LUGAR</b>		
SIN LUGAR José G. Wray Brown AJ-OF-013-2018	Indica el recurrente que no se le ha permitido realizar las pruebas de idoneidad para acceder a cargos públicos y por ser interino y no encontrarse en el Registro de elegibles, en cualquier momento puede ser cesado.	Indica la Sala que no se demuestra que el recurrente haya realizado trámites, para que se le aplique pruebas en la Dirección General de Servicio Civil y que las personas nombradas en forma interina tienen la oportunidad de participar en los Concursos Internos, en las Instituciones del Régimen de Servicio Civil, los cuales no dependen de la DGSC
SIN LUGAR Jefrey J. Cambronero Guido AJ-OF-022-2018	Es funcionario del MEP y que ha participado en todos los concursos externos e internos promovidos por el MEP y la Dirección General de Servicio civil. No obstante, ninguna de las autoridades recurridas le tomaron en cuenta porque se encuentra nombrado por prórroga, lo que le impide participar en las plazas vacantes. Refiere que, durante la realización del concurso, el requisito requerido no era estar desempleado. Agrega que tiene interés en una plaza vacante interina en	Del estudio se tiene que el recurrente ofertó sus servicios en el concurso Docente PD- 01-2017, el cual fue llevado a cabo por la Dirección General de Servicio Civil, indicó como preferencia centros educativos de la Dirección Regional de los Santos, circuito I. Sin embargo, no lleva razón el recurrente al señalar que no fue tomado en cuenta su oferta de servicios, pues en atención a su participación en el concurso PD-01-2017, la Dirección recurrida le asignó el grupo

	<p>el Liceo de Changuena, pero la Administración no lo nota, pese a ser oferente del concurso, por estar nombrado.</p>	<p>profesional MT6 y una calificación de 108.821 en el puesto de Profesor de Enseñanza Media, Estudios Sociales, e incluso se le nombró en el Liceo de San Carlos. No obstante, el recurrente desestimó dicho nombramiento. Por otro lado, la Dirección recurrida no es la competente para realizar nombramientos interinos, como el pretendido por el tutelado.</p>
<p>Sin lugar Paola del R. Castro Azofeifa y otro AJ-OF-036-2018</p>	<p>Indican las recurrentes que laboran interinas para el Ministerio de Hacienda, en la clase Profesional de Ingresos 1-A. Indica que un grupo de compañeros, le solicitaron al Director General del Servicio Civil, la realización de pruebas extraordinarias a las cuales se les convocó. Posteriormente, le solicitaron al Director del Área de Reclutamiento el resultado del examen. Añaden que se les respondió que los resultados habían sido enviados a la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos de Hacienda y que debían consultar en ese departamento. Agregan que, el Jefe del Departamento de</p>	<p>En el caso en estudio, las recurrentes indican que no se les ha remitido la calificación que obtuvieron en las pruebas de idoneidad que realizaron ante la Dirección General de Servicio Civil, a pesar de que las han requerido en distintas ocasiones, "Tras realizar un análisis, la Sala considera que las acciones no llevan razón en su reclamo, pues se tiene por demostrado que tanto el Ministerio de Hacienda como la Dirección General de Servicio Civil, les han explicado que el examen antes citado únicamente arroja la condición de "elegible" o "no elegible". Asimismo, se tiene por demostrado que ésto no constituye un obstáculo para que las interesadas</p>

	<p>Gestión de Potencial Humano, les respondió que corresponde al Servicio Civil brindar la información del examen, y que, únicamente es de su conocimiento que se encuentran elegibles.</p>	<p>puedan participar en los concursos internos que al efecto se realizan en la institución en la que laboran, tal y como se los informó el Departamento de Gestión del Potencial Humano del Ministerio de Hacienda,</p>
<p>Sin lugar Melissa Vargas Rojas AJ-OF-116-2018</p>	<p>Indica la recurrente que es licenciada en Educación Preescolar y en el 2012 se graduó en Licenciatura en Terapia del Lenguaje, el Habla y la Voz. Señala que desde el 2012, se encuentra interesada en formar parte de la Administración Pública, por lo que, ha pedido vía telefónica y a través de la página web de la Dirección General de Servicio Civil realizar el examen que demuestre su idoneidad profesional y personal para conformar el Registro de Elegibles.</p>	<p>Indica la amparada que solicitó a la DGSC que le aplicaran las pruebas de idoneidad requeridas para integrar el Registro de Elegibles, mediante correo electrónico, se le comunicó, que a partir de la segunda quincena del mes de noviembre de 2017 se tiene programado el reclutamiento permanente para puestos vacantes del Título I del Estatuto de Servicio Civil. Asimismo le indicó "Se habilitará en nuestro sitio web las Oferta de Servicios y de esta forma podrán inscribirse para concursar por puestos amparados al Régimen de Servicio Civil. Posteriormente serán convocados a pruebas para demostrar idoneidad, Señala el recurrido que, no consta que la petente Melissa Vargas Rojas, haya finalizado el registro y</p>

		<p>las pruebas en ocasión a un concurso nacional extraordinario por oposición o concurso nacional ordinario por oposición.</p>
<p>Sin lugar George David Murillo Hernández AJ-OF-090-2018</p>	<p>Indica el recurrido que con ocasión por lo resuelto por este Tribunal la Dirección General de Servicio Civil le aplicó las pruebas psicométricas, para optar por un puesto en la Administración Pública. No obstante a la fecha de interposición de este amparo, no se le ha entregado el promedio de elegibilidad.</p>	<p>Luego de revisada la prueba aportada este Tribunal tiene por demostrado que el recurrente efectuó las pruebas en la Dirección General de Servicio Civil para conformar el Registro de Elegibles y optar por un puesto en la Administración Pública. A los efectos de este registro, el recurrente se postuló para las plazas de Profesional de Servicio Civil 2 Y 1B, especialidad Ingeniería Industrial, de los cuales ya forma parte del Registro de Elegibles. Los resultados son de acceso para todos los participantes en el sitio web oficial de la autoridad recurrida. Aunado a esto, no consta que el recurrente haya tramitado una solicitud formal ante la autoridad recurrida para que se le indicara la calificación obtenida en las pruebas efectuadas, y que esta se le haya denegado u omitido su respuesta.</p>



<p>Sin lugar Vera María León Bolívar Estrella Villareal Cabalceta Natalia Serrano Redondo AJ-OF-089-2018</p>	<p>Indican las recurrentes que participaron en el concurso docente PD-01-2017, de la Dirección General de Servicio Civil para conformar el Registro Único de Elegibles para llenar plazas en propiedad en el Ministerio de Educación Pública y que no se realizó un proceso de actualización de atestados, y en la publicación de los resultados no ocupó un lugar y que la lista de elegibles del 2014, enviada al Ministerio de Educación Pública se encuentra desactualizada. Que lo actuado por la DGSC y el MEP, incurren en desobediencia a lo ordenado por esta Sala en el voto No. 17288-12, en los que se conoció un asunto referido al retardo en la actualización del registro de elegibles.</p>	<p>1- Los amparados participaron en el Concurso Propiamente Docente PD-01-2014, para lo cual, inscribió su oferta de Servicios vía internet en la Página Web de la Dirección General de Servicio Civil <a href="http://www.dgsc.go.cr">www.dgsc.go.cr</a> completado satisfactoriamente todo el proceso de reclutamiento, y presentando posteriormente dicho documento junto con los atestados correspondientes.</p> <p>2- De acuerdo a su calificación, no forma parte de la Propuesta de Nombramientos para Puestos Docentes elaborada por la Dirección General de Servicio Civil para el curso lectivo 2017, para el Ministerio de Educación Pública.</p> <p>3- Recientemente las autoridades recurridas llevaron a cabo un proceso de reclutamiento y selección y el recurrente se encuentra conformando la lista de elegibles para puestos docentes, por lo que se descarta que se le haya negado la posibilidad de tener acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, según lo</p>
--	---	--

		<p>dispuesto en el artículo 23, de la Convención Americana de Derechos Humanos.”</p> <p>4- El recurrente considera improcedente que se mantenga desactualizada su categoría profesional, -según el concurso realizado en el año 2014.</p> <p>5- No obstante la vía del amparo no es la apropiada para definir las cuestiones relacionadas con la pertinencia de datos laborales, puntajes y valoración de concursos de una persona recogidos por el Servicio Civil, o bien si éstos se encuentran actualizados o no, pues ello es un asunto de legalidad ordinaria que debe ser discutido ante las instancias del caso (véanse en ese sentido las sentencias No. 2012-9453, de las 14 horas 30 minutos del 18 de julio de 2012, 2016-003679 de las 09:05 horas del 11 de marzo de 2016.</p>
<p>Sin lugar Javier Arias Sierra y otro AJ-OF-091-2018</p>	<p>Realizaron la prueba para ingresar al registro de elegibles del Servicio Civil en el 2011, quedando incluidos en la especialidad Administración Tributaria, subespecialidad Gestión</p>	<p>En este amparo, se acreditó que los recurrentes se encuentran incluidos en el registro de elegibles en la clase "profesional de ingresos 1 B Hacienda, en la especialidad</p>

	<p>y Recaudación.</p> <p>Por medio del dictamen No. SI-D-008-2017, el Servicio Civil modificó las especialidades y subespecialidades de los diversos puestos del Ministerio de Hacienda, haciendo la salvedad que dichos cambios ya se pueden aplicar a los puestos ocupados en propiedad y puestos vacantes sin interinos. Manifiestan que en su caso están dentro del registro de elegibles con la especialidad indicada y ocupan sus puestos de forma interina, por lo que quedaron fuera de la modificación realizada, ya que, ahora la subespecialidad es Control Tributario, en la cual cuentan tanto con la experiencia como con los atestados, dejándoles sin posibilidad de ser llamados en terna para optar por un puesto en propiedad.</p> <p>Han seguido los procedimientos establecidos por la dirección recurrida, presentando todo lo que se les ha solicitado; cuentan con más de 5 años de estar, de manera interina, dentro</p>	<p>Administración Tributaria/Gestión y Recaudación. De manera que de conformidad con el criterio expuesto, esta Sala no puede tener por acreditado que, este caso concreto, se lesione el derecho de los amparados de acceder a los cargos públicos. Efectivamente, mediante el dictamen N° SI-D-008-2017, del 11 de mayo de 2017 el Área de Organización del Trabajo y Compensaciones actualizó el Manual Descriptivo de Especialidades y modificó la especialidad Administración Tributaria, sub especialidad Gestión y Recaudación a especialidad de Gestión Tributaria. Al respecto, la divergencia expuesta por los tutelados gira en torno a una decisión de la autoridad recurrida fundamentada en estudios técnicos para garantizar la idoneidad del personal en dicha área, sobre lo cual la Sala no es competente, pues ello resulta ajeno al carácter eminentemente sumario del proceso de amparo, que es incompatible con la práctica de diligencias probatorias lentas y</p>
--	---	---

	<p>de ese ministerio, esperando la oportunidad para ser nombrados en propiedad, pero, ahora, con las modificaciones realizadas, les obligan a realizar el proceso, nuevamente, cuando ya lo habían realizado y estaban dentro del registro de elegibles.”</p> <p>Por estar ocupando un puesto en forma interina, no se les toma en cuenta para ser llamados en ternas, ya que, solamente, consideran los puestos con especialidades nuevas (ocupados en propiedad y vacantes sin interinos). Indican que los puestos vacantes se completan en este momento con personas interinas que, ni siquiera, están en el registro de elegibles, dejándoles en estado de indefensión, pues, no obstante contar con la experiencia y atestados, no pueden optar por ser nombrados en propiedad.</p>	<p>complejas, como lo sería revisar los criterios administrativos y técnicos impugnados. Así las cosas, en la medida en que los recurrentes tuvieron la oportunidad de integrar el registro de elegibles para eventualmente, optar por un cargo público, así como que se encuentran nombrados en forma interina, la Sala estima que se les ha garantizado el derecho de acceso a los cargos públicos, y lo que aquí se discute es a lo sumo, la posibilidad de ocupar otro puesto de su interés, para lo que existen otros mecanismos en la Dirección recurrida, a los que puede acudir la parte amparada en caso de estimarlo pertinente.</p>
<p>Sin Lugar Adriana Anchía Acuña y Otros AJ-OF-202-2018</p>	<p>Explican los accionantes que laboran en comedores escolares en todo el país, nombrados por las Juntas de Educación</p>	<p>Al respecto, este Tribunal estima que previo a resolver este recurso es necesario definir la naturaleza jurídica del contrato</p>

	<p>mediante contratos anuales. Detallan que el Ministerio de Educación Pública va a nombrar, mediante un concurso interno del que no pueden participar porque el Ministerio de Educación Pública estima que mantienen una relación contractual de naturaleza privada con las Juntas de Educación. Agregan que se les exige ser funcionarios nombrados de forma interina o en propiedad. Tampoco cuentan con una clave que les permita acceder al Sistema. Arguyen que sus salarios son pagados con fondos públicos y por ende son trabajadores del Ministerio de Educación Pública.</p>	<p>laboral que mantienen las personas contratadas por las Juntas de Educación que trabajan en los comedores escolares en centros educativos públicos. Este análisis deber de ser atendido en la vía de legalidad en razón de su competencia. Una vez analizada la interpretación legal y la situación de hecho, esta Sala podrá entrar a valorar si existen o no lesiones constitucionales. En consecuencia, lo procedente es declarar sin lugar el recurso.</p>
<p>Sin lugar Verónica Marín Ávila</p>	<p>Indica la recurrente que labora en forma interina en el Ministerio de Justicia y Paz. Solicitó a la Dirección General de Servicio Civil que se realizara prueba extraordinaria para ampliar su oferta de servicios, petición que fue denegada</p>	<p>La Sala Constitucional indica que no le corresponde a este Tribunal determinar si la accionada tiene o no derecho a que se le practique la prueba de cita</p>
<p>Sin Lugar Jorge Jafet Montenegro Castillo</p>	<p>Indica el recurrente que solicitó a la Dirección General de Servicio Civil, por medio de oficio que le certificaran la categoría profesional y</p>	<p>La Sala Constitucional responde que la Dirección General de Servicio Civil respondió a su solicitud por medio del correo electrónico que</p>

	<p>atestados de una persona, los cuales le permitieron participar en el concurso docente y alcanzar propiedad, en virtud de que a su persona no le fue permitido participar en dicho concurso teniendo la misma categoría profesional, y de lo cual no ha recibido respuesta.</p>	<p>usted brindó para recibir respuesta, por lo tanto se descarta que haya habido algún agravio por parte de la esa Institución.</p>
<p>Sin lugar Karen Rodríguez Castillo AJ-OF-27-2018</p>	<p>Explica la accionante que se reclutó en el Sistema de Oferentes de la Dirección de Servicio Civil, en la cual especificó que desea participar en el puesto de Oficinista de Servicio Civil 1, en Labores Varias de Oficina. Acusa que a la fecha no se le han aplicado las pruebas de idoneidad, por lo que no puede ser nombrada en el puesto de su interés.</p>	<p>El derecho a ocupar un cargo público no se adquiere con el transcurso del tiempo o por haber ocupado otros similares por cierto periodo, sino por idoneidad comprobada para desempeñarlo y la accionante está participando en igualdad de condiciones con otros oferentes en el proceso de Reclutamiento Abierto y Permanente, en el puesto de su interés Por ello, a la tutela no se le ha negado el libre acceso a cargos en la Administración Pública, sino que el proceso se encuentra en una etapa inicial. Por otra parte, determinar si procede o no la realización de las pruebas de idoneidad, es un tema que debe ser discutido en la vía de legalidad en razón de su competencia</p>

RESULTADO Y ACTOR	ASUNTO	POSICIÓN DE LA SALA
<b>CON LUGAR</b>		
<p>CON LUGAR Karen Enid Esquivel Villalobos AJ-016-2018</p>	<p>Indica que en noviembre de 2017 la Dirección General puso en funcionamiento una plataforma electrónica, con el objetivo que cualquier interesado ingresara ofertas, para formar parte de la lista de elegibles que compete a la dirección. En noviembre del 2017 trató de ingresar su oferta laboral, pero, esta no fue recibida, debido a una falla en dicha plataforma y que a pesar de haber realizado múltiples gestiones, le externaron que se encontraban trabajando para solucionar los problemas técnicos suscitados. A la fecha de presentación de este amparo, continúa a la espera que el sistema funcione de manera correcta, a fin de poder ingresar a la referida oferta.</p>	<p>Se ordena al Director General de Servicio Civil que se corrija el fallo en la plataforma del proceso de reclutamiento abierto y se incluya la oferta de servicios de la recurrente.</p>
<p>CON LUGAR Gloria E. Edwards Solís AJ-OF-079-2018</p>	<p>Indica que desde hace 21 años labora, de forma interina, para el ministerio recurrido. Que sufrió un accidente laboral que la dejó discapacitada permanente para caminar. Acota que a finales de 2017, el Servicio Civil sacó a concurso la plaza en que está nombrada;</p>	<p>Se declara con lugar el recurso, únicamente en cuanto al Consejo Nacional de las Personas con Discapacidad (CONAPDIS). Se ordena a Lizbeth Barrantes Arroyo, en su calidad de Directora Ejecutiva del Consejo Nacional de</p>

	<p>pero, no la incorporó ni tomó en cuenta dentro de la terna de elegibles. Lo anterior, al argumentar que no actualizó su estatus de discapacidad, por lo que debe esperar que el ministerio accionado saque la oferta de actualización de datos, lo cual se realiza cada dos años. Debido a esto el 1° de diciembre de 2017 solicitó al Director General de Servicio Civil, un cambio de estatus de conformidad con la Ley No. 8862, Ley de Inclusión y Protección de las Personas con Discapacidad en el Sector Público. No obstante, por oficio No. ACD-URPCD-OF-1705-2017, en respuesta a su gestión, se le indicó que en el año 2015, cuando optó por la plaza de Directora de Colegio 2, no aplicó como persona con discapacidad. Refiere que, su situación de discapacidad, sucedió posterior al concurso y como riesgo laboral. Por otro lado, sostiene que para actualizar su estatus, requiere de una constancia emitida por el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (CONAPDIS), pero en esta institución se le</p>	<p>Personas con Discapacidad, o a quien ocupe su cargo, realizar las acciones que estén dentro del ámbito de sus competencias para que se entregue a la recurrente prevista por el decreto ejecutivo número 40727-MP-MTSS, dentro del plazo máximo de dos meses, contados a partir de la notificación de esta resolución.</p>
--	---	---



	<p>indicó que no cuenta con personal que realice esa constancia.</p>	
<p>CON LUGAR Adriana María Rodríguez Fuentes. AJ-OF-020-2018</p>	<p>Solicita que se le facilite copia de los siguientes documentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Proceso del nombramiento y de la nómina de elegibles de la señora Paola Quesada en el puesto de subdirección en el CPT Vásquez de Coronado.</li> <li>• Copia para el puesto de subdirector en el CPT Vásquez de Coronado, y las personas contactadas para ejercer dicho cargo.</li> </ul> <p>Solicita que se revise el nombramiento de la señora Paola Quesada e investigar si hay algún oferente mayor calificado.</p> <p>En cuanto a la Dirección General de Servicio Civil, reclama que no respetó las nóminas para los concursos realizados entre los años 2009 y 2012, pues permitió que se realizara el nombramiento indebido de la funcionaria Paola Pamela Quesada Calderón en el Colegio Técnico Profesional Vásquez de Coronado.</p>	<p>La Sala Constitucional declaró con lugar parcialmente el recurso planteado, ordenando al Director a.i. de Recursos Humanos y al Jefe del Departamento de Gestión Disciplinaria, ambos del Ministerio de Educación Pública que lleven a cabo todas las actuaciones que se encuentran dentro del ámbito de sus competencias y atribuciones a efectos de que se le permita a la recurrente la información de su interés, dentro del plazo establecido en la sentencia número 2018-000627 de las 9:20 horas del 19 de enero de 2018.</p>

