RECURSO DE REVISIÓN EN DERECHO DE FAMILIA. CADUCIDAD.
VOTO N° 2008-000091
DE LAS 10:10 HRS.
DEL 8 DE FEBRERO DEL 2008.

V.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 619 del Código Procesal Civil, el recurso de revisión procederá contra una sentencia firme, con autoridad y eficacia de la cosa juzgada material, en los casos taxativamente establecidos. En autos nos encontramos en este supuesto, pues en el proceso especial de declaratoria judicial de abandono con fines de adopción de la persona menor de edad ..., presentado al Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, por ... contra ..., en la parte dispositiva de la sentencia Nº 49, de las 8:30 horas del 28 de febrero de 2005, se dispuso: "…SE DECLARA CON LUGAR la demanda de declaratoria de abandono con fines de adopción de la persona menor de edad .... Se extingue a su progenitor ... el ejercicio de la patria potestad. Inscríbase esta sentencia en la Sección de Nacimientos del Registro Civil, Partido de San José, al tomo …, folio …, asiento …. Se resuelve sin especial condena en costas. Notifíquese esta resolución al demandado por medio de un edicto que se publicara en el boletín judicial…" (folios 102 a 109). Al declararse el abandono con fines de adopción y efectos extintivos de la patria potestad del progenitor ... respecto a su hija ..., la sentencia firme dictada en ese proceso, tiene la autoridad y eficacia de la cosa juzgada material. La resolución recurrida que decide por el fondo un proceso especial de declaratoria de abandono con fines de adopción, no cuenta con recurso de casación, sino de apelación (numeral 124 del Código de Familia); a la vez no permite la restitución de la patria potestad, por impedirlo en forma expresa el numeral 163 del Código de Familia. Esta norma debe entenderse como una excepción al artículo 162, párrafo 3° del Código Procesal Civil.

VI.- El recurrente invoca los supuestos de admisibilidad previstos en los incisos 1°, 6°, 7° y 9° de ese numeral. Por su orden, establecen: 1) Si la parte que la pide demostrare que por impedírselo fuerza mayor, o por obra de la contraria, no recusó al juez o no pudo presentar algún documento u otra clase de prueba, o comparecer al acto en que se evacuó alguna de ella; de modo que en uno y otro caso haya habido indefensión y no haya sido posible en el curso del proceso pedir rectificación del vicio. 6) En los procesos que carezcan del recurso de casación, haberse dictado la sentencia sin haber sido emplazado el recurrente, siempre que el vicio no se hubiera convalidado. 7) Haber existido indebida representación durante todo el proceso. 9) En caso de procesos seguidos con un curador procesal, si el recurrente justificare haber estado ausente de la República desde el principio, de manera que no hubiere podido presentarse en tiempo hábil para rendir prueba. En el caso en estudio, nos encontramos en el presupuesto que prevé el inciso 1° del numeral citado. Esto porque de la relación de hechos contenida en el considerando tercero, se infiere que para el 1° de julio de 2004, en que en el proceso de declaratoria judicial de abandono con fines de adopción de la niña ..., contra el señor ..., el actor ..., afirmó: "…Ignoro la dirección o el lugar donde vive o se puede localizar el señor ..., años atrás escuché decir por alguna persona, que no recuerdo en este momento, que el demandado

se había ido para los Estados Unidos, de ahí que se consignara en el escrito inicial, “con domicilio en estados Unidos”, pero lo correcto es que se tenga al demandado como persona con “domicilio ignorado”, pues esa es la realidad…” (folio 15 del expediente de declaratoria judicial de abandono); si en el Incidente de Cumplimiento de las Obligaciones originadas en el establecimiento del Régimen de Visitas, presentado el 9 de febrero de 2005 por los apoderados del señor ... contra la señora ...(folios 336 a 339), para entonces ya cónyuge del señor ... (contrajeron matrimonio el 7 de febrero de 2004, folio 10 del expediente de declaratoria judicial de abandono), fue aportada como prueba certificación, según la cual el 20 de agosto de 2004, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, Consulado General de Costa Rica, Miami, Florida, el señor ..., con domicilio en …, código de área postal …, portador de licencia de conducir en New Jersey número …, otorgó poder judicial general a … y … (folios 333 y 334); se concluye que el señor ... faltó a la verdad al afirmar que desconocía la dirección del señor ..., pues en esa certificación constaba el domicilio de esta persona, y en consecuencia tenía conocimiento del mismo. Entonces, al designarse curadora procesal para que representara al demandado ... (folio 44 del expediente de declaratoria judicial de abandono), estando fuera del país y sin habérsele notificado, éste no pudo presentar documento u otra clase de prueba, ni comparecer al acto en que se evacuó alguna de ella, lo que sin duda le causó indefensión, ni tampoco le fue posible pedir rectificación del vicio. En consecuencia, también se dio la causal prevista en el inciso 7°, pues hubo indebida representación durante todo el proceso. Nótese que la curadora procesal se limitó a contestar los hechos en los siguientes términos: “No me consta, me remito a la prueba”, y a ofrecer como prueba, la que consta en el expediente (folios 56 y 57 del expediente de declaratoria judicial de abandono). Como corolario de ello, se dictó sentencia sin haber sido emplazado el recurrente, sin haber sido notificado del emplazamiento, y sin haberse convalidado el vicio, configurándose la causal del inciso 6°. Además, la prevista en los inciso 9° del numeral citado, pues como se indicó, en el proceso de declaratoria judicial de abandono, el demandado ... fue representado por una curadora procesal, y estuvo ausente del país desde el principio, 10 de junio de 2004 (folios 2 a 5 del expediente de declaratoria judicial de abandono), ya que según Certificación de la Dirección General de Migración y Extranjería, Movimientos Migratorios, estudiados los años 1997 al 2002, el señor ... , pasaporte …, salió del país el 29 de agosto de 1999 (folio 389); y de los años 2004 a 2007, nuevo pasaporte …, no aparecen movimientos (folios 570 y 578), por lo que se vio impedido de rendir prueba.

VII.- Con fundamento en lo expuesto, artículo 625 y concordantes del Código Procesal Civil, procede declarar con lugar el recurso de revisión promovido por el apoderado especial judicial del señor ... contra ... ... y .... Se anula la sentencia del Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, Nº 49, de las 8:30 horas del 28 de febrero de 2005, que declara con lugar la demanda de abandono con fines de adopción de la menor de edad ...; extinta a su progenitor ..., el ejercicio de la patria potestad; y ordena la inscripción en la Sección de Nacimientos del Registro Civil, Partido de San José, al tomo …, folio …, asiento …; así como todo el proceso. Expídase copia del fallo que se conservará en la Sala y se ordena devolver el expediente al Tribunal de origen, para que se substancie de nuevo el proceso con arreglo a derecho. Devuélvase al recurrente, del depósito judicial, por la suma de tres mil colones.

La suscrita Magistrada me aparto del voto de mayoría y resuelvo la presente demanda en los siguientes términos: (…)

I.- La resolución judicial respecto de la cual se plantea el presente proceso de revisión, es la Nº 49-2005, dictada por el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José a las 8:30 horas del 28 de febrero del 2005, que resuelve la acción de declaratoria de abandono con fines de adopción respecto de la menor de edad .... Se invocan como causales para la admisibilidad de la demanda, los incisos 1, 6, 7 y 9 del artículo 619 del Código Procesal Civil, por tratarse -dice el promovente- de un demandado ausente de la República, a quien indebidamente se le omitió notificar de esa demanda (a pesar de que los actores conocían su domicilio). Sostiene el recurrente que el plazo establecido para la interposición de la acción no ha sido superado por cuanto su representado no ha ingresado al país y el conocimiento que tuvo del asunto fue el 3 de junio del 2006, cuando telefónicamente se le comunicó lo sucedido.

II.- El recurso de revisión tiene como característica, su naturaleza extraordinaria, porque obedece a que es un mecanismo de impugnación de resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada material. Ante tal especificidad, su admisibilidad sólo resulta posible en los específicos y taxativos supuestos expresamente autorizados por la ley. De lo contrario el propio ordenamiento autorizaría una eficacia apenas consistente de los fallos judiciales revestidos de esa condición, y no sería nunca una aspiración de un sistema procesal judicial con seguridad jurídica. El artículo 619 del Código Procesal Civil enuncia cuáles son las razones por las cuales es admisible la revisión, en tanto el numeral 620 siguiente, dispone un plazo perentorio específico dentro del cual debe plantearse la respectiva acción. Este será de tres meses, "contados desde la fecha de la sentencia de única instancia, o en que se descubrieron los documentos o el fraude, o desde el día en el que cesó el impedimento, o en el que se declaró la falsedad de aquéllos o el falso testimonio, o en el que regresó el ausente, salvo, en este último caso, que éste probare no haber tenido noticia de la sentencia en ese período, pues entonces los tres meses comenzarán a contarse desde la fecha del conocimiento. En ningún caso podrá interponerse el recurso de revisión después de transcurridos diez años de la fecha de la sentencia firme que hubiere podido motivarlo. Si se presentare pasado ese plazo, se rechazará de plano." En términos generales, se observa que el plazo establecido es de tres meses el cual comenzará a regir según la causal invocada. En el subexamine, el representante del accionante fundamenta la demanda en los incisos 1, 6, 7 y 9 del numeral 619 del Código Procesal Civil. Para una mayor claridad en la redacción, es necesario transcribir sus contenidos. Dice así el inciso 1°:

"1) Si la parte que la pide demostrare que por impedírselo fuerza mayor, o por obra de la contraria, no recusó al juez o no pudo presentar algún documento u otra clase de prueba, o comparecer al acto en que se evacuó alguna de la contraria; de modo que en uno y otro caso haya habido indefensión y no haya sido posible en el curso del proceso pedir rectificación del vicio;…

6) En los procesos que carezcan del recurso de casación, haberse dictado la sentencia sin haber sido emplazado el recurrente, siempre que el vicio no se hubiera convalidado.

7) Haber existido indebida representación durante todo el proceso."

Según se observa del expediente principal donde se dictó la resolución objeto de impugnación, el señor ..., fue debidamente representado por una curadora procesal (folio 44) quien compareció a juicio y bien pudo proveer a los intereses de don ..., ofreciendo la prueba necesaria o comparecer al acto en que evacuó alguna de la contraria. De modo que en este particular, no es posible admitir la pretendida indefensión argumentada por el accionante. El hecho de que la parte actora de ese otro juicio, hubiera podido tener conocimiento del domicilio del demandado, no es motivo que justifique por sí mismo, la anulación de un fallo. El ordenamiento jurídico autoriza la curatela procesal como un instrumento válido para sostener una litis y admitir el criterio del accionante, de pretender la revisión de un fallo firme -por haber sido proseguido con un curador procesal-, propiciaría la anulación de todos aquellos procesos judiciales en los que las partes han litigado con el auxilio de esa figura. Para este otro específico supuesto, se encuentra el inciso 9) del numeral 619, que a la letra dice:

"9) En caso de procesos seguidos con un curador procesal, si el recurrente justificare haber estado ausente de la República desde el principio, de manera que no hubiere podido presentarse en tiempo hábil para rendir prueba".

Este es entonces el supuesto que en principio, ampararía la situación procesal del aquí demandante. Sin embargo, el plazo de tres meses para la interposición de la demanda debe contabilizarse a partir del momento en que regresa el ausente o de aquel en el que la parte tuvo conocimiento de la sentencia. En el subexamine, el señor ... aparece sin ingresos al territorio nacional desde el 24 de junio del 2001 (certificación de entradas y salidas visible a folio 14). Ciertamente el proceso dentro

del cual se dictó la resolución impugnada inició y culminó estando él ausente del país. Sin embargo, de la sentencia dictada tuvieron conocimiento los apoderados generales judiciales del señor ... (folio 333), cuando al plantear a nombre de su representado, el incidente para el cumplimiento de las obligaciones originadas del régimen de visitas (folio 336), el Juzgado de Familia de Grecia, mediante resolución de las 11:10 horas del 21 de setiembre del 2005, acogió la excepción de falta de legitimación activa y pasiva, con base en el hecho de que la menor ...fue declarada en estado de abandono por parte del señor ... y posteriormente fue adoptada por el señor ... (folios 244-245). Como el señor ..., contaba con apoderados generales judiciales, con facultades suficientes para poder representarlo y apersonarse como actor o como demandado en cualquier negocio de su interés, seguir el juicio o los juicios en sus diversas instancias, usar de todos los recursos ordinarios y extraordinarios, todo conforme al numeral 1289 del Código Civil; según escritura otorgada ante la Cónsul de Costa Rica en Miami, a las 16:00 del 20 de agosto de 2004, ello significó que el señor ..., a través de sus representantes, tuvo conocimiento de la indicada resolución bien fuera para que personalmente intentara esta acción o bien, para que así lo dispusieran sus representantes, conforme al poder conferido, según lo establece también el numeral 1255 del Código Civil. De modo que, nunca estuvo el promovente en imposibilidad de gestionar la revisión que ahora solicita.

III.- Bajo esos términos, al no plantear la demanda de revisión, sino hasta el 1° de setiembre del 2006, el plazo de caducidad dispuesto por el numeral 620 del Código Procesal Civil, resultó hartamente superado y en consecuencia, el recurso se ha de denegar, con el pago de sus costas y la pérdida del depósito de ley, a cargo del recurrente.

NON BIS IN IDEM.
VOTO N° 2007-000110
DE LAS 9:50 HRS.
DEL 23 DE FEBRERO DEL 2007.

II.- El actor formula recurso de casación por estimar que en la sentencia del ad quem se quebrantaron los principios non bis in idem e in dubio pro operario, porque no se demostró de manera fehaciente que él hubiese sustraído el queso, y sancionársele doblemente por los mismos hechos. El principio non bis in idem es uno "de los principios clásicos del derecho sancionador, el cual ha sido considerado incluido en el ámbito del principio de legalidad en materia sancionadora (…)" Sánchez Morón Miguel: Derecho de la Función Pública, segunda edición, Editorial Tecnos, S.A. 1197, Madrid, España, pag. 278). El propósito de este principio es establecer la prohibición de sancionar dos veces una conducta en la que concurren identidad de sujetos, hechos y fundamento sancionador; la ratio legis de este principio es proteger al trabajador de las arbitrariedades del empleador evitando que se le sancione dos veces por un mismo hecho. En nuestra legislación este principio es un derecho fundamental que se desprende del artículo 42 de la Carta Magna, el cual establece la interdicción de la duplicidad de sanciones por la misma falta. El artículo 42 de ese cuerpo legal dispone:"(…) nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible." En el caso que se analiza cuando el empleador tuvo conocimiento de los hechos irregulares en que había incurrido el actor, el 29 de octubre dispuso suspenderlo, sin goce de salario por un lapso de 3 días, mientras se decidía como sancionar la falta cometida, esto se desprende de la carta en que se le comunicó la suspensión, donde se indicó: "Por este medio la compañía ... S.A. le informa que queda suspendido de sus labores durante tres días sin goce de salario a partir de hoy, mientras la gerencia toma una decisión final con respecto a lo sucedido hoy" (folio 25). De ese enunciado se colige que esa suspensión no constituyó una sanción, sino una medida cautelar tomada por la accionada con el fin de proteger sus bienes mientras decidía sobre el futuro laboral del accionante. Como medida precautoria la suspensión provisional debe tener una justificación objetiva y razonable, en la medida en que sea una decisión necesaria para realizar una investigación, etc. Esta sala ha determinado que en algunas situaciones es procedente la suspensión del trabajador como medida precautoria mientras se realiza el procedimiento para determinar si es aplicable el despido u otra sanción, pero esa suspensión debe ser con goce de salario, (sobre este tema véanse entre otros los votos números 159 de las 9:30 horas del 1 de abril del 2003 y 652 de las 9:25 horas del 12 de

agosto del 2004). Esto fue lo que ocurrió en el caso en estudio, en el que la suspensión no tenía el propósito de sancionar, sino de poner a buen recaudo los bienes de la empresa mientras se decidía la sanción aplicable. El error, al hacerlo sin goce de salario en el caso concreto, no tiene la virtud de convertirla en la sanción por la falta imputada al actor, porque, como queda expuesto no fue esa la finalidad, sino que era precautoria. Así lo entendió el petente pues, al presentar su demanda no alegó que fue sancionado con suspensión sin goce de salario, sino que, sobre la decisión de sancionarlo dijo: "En fecha 31 de octubre del año en curso mis expatronos decidieron despedirme sin responsabilidad patronal, pues se encontraron un queso en la cabina del camión que acababa (sic) de recibir para salir a repartir…" . Cuando se apersonó al Ministerio de Trabajo para pedir una comparecencia tampoco alegó haber sido sancionado por los mismos hechos con suspensión, todo esto son indicios claros de que sabía que la comunicación del 29 de octubre del 2003 no tenía como finalidad sancionarlo, sino que fue una medida precautoria; aunque la Sala no comparte que se haya hecho sin goce de salario, pero esta circunstancia no fue objetada en la demanda, por lo que no se puede entrar a conocer al respecto. Cuando terminó la medida precautoria, fue que la accionada tomó la decisión sancionatoria, optando por el despido sin responsabilidad patronal por la falta atribuida. Así las cosas a la Sala no le queda la menor duda de que en el sub litem no se transgredió el principio non bis in idem, pues como se analizó supra, la suspensión tenía el propósito de analizar las posibles medidas aplicables, y una vez analizada la falta se decidió que la sanción que procedía era el despido, estando legitimado el empleador para hacerlo.

III.- En cuanto a la supuesta vulneración del principio in dubio pro operario, este agravio no es de recibo, porque con la prueba testimonial se acreditó claramente que en el carro del actor había una barra de queso escondida detrás del asiento del acompañante, la cual estaba fría, lo que significa que la acababan de sacar de la cámara de refrigeración y la única persona que había ingresado en esa cámara era el actor, por lo que se le atribuyó la responsabilidad. Este hecho fue demostrado mediante la prueba testimonial, al respecto la testigo … dijo:" Yo se que don … fue despedido porque se le encontró una barra de dos kilos de queso en la cabina del camión, detrás del asiento del acompañante, y ese día solo él había entrado al camión, a mi me consta porque yo trabajo al puro frente de donde están los camiones" (folio 46). Por su parte el testigo …, indicó que algunos comerciantes le habían contado que el actor les había vendido quesos a precios más bajos, y les había dicho que a él se los regalaban en la empresa demandada, situación de la que se colige que el actor llevaba otros productos adicionales a los que la empresa le había despachado para distribuir, ese mismo testigo menciona una conversación que sostuvo con el hijastro del recurrente, quien refiriéndose al recurrente le dijo: "Salado yo me hubiera echado la culpa, así él hubiera seguido trabajando." (sic. folio 49). Esas declaraciones acreditan que el actor había incurrido en la falta atribuida por lo que no existe duda razonable que permita resolver el caso aplicando el principio protector, en su regla del in dubio pro operario.

IV.- En mérito de lo expuesto, procede confirmar la sentencia recurrida:

PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
PÉRDIDA DE CESANTÍA.
BONIFICACIONES Y OPCIÓN DE COMPRA DE ACCIONES.
SALARIO EN ESPECIE.
VOTO N° 2008-000094
DE LAS 9:30 HRS.
DEL 13 DE FEBRERO DEL 2008.

IV.- SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA: Los recurrentes alegan que, en el caso concreto, debió declararse la prescripción de la potestad disciplinaria, pues, las presuntas faltas atribuidas fueron conocidas por los representantes de las accionadas desde muchos años antes, debido a los mecanismos de control financiero que tienen las demandadas y no precisamente luego de la auditoría realizada, la cual fue inconclusa y sus resultados no fueron de conocimiento del demandado. En lo referente a este punto, el artículo 603 del Código de Trabajo establece: "Los derechos y acciones de los patronos para despedir justificadamente a los

trabajadores o para disciplinar sus faltas prescriben en un mes, que comenzará a correr desde que se dio causa para la separación o, en caso, desde que fueron conocidos los hechos que dieron lugar a la corrección disciplinaria". Como se puede observar, el plazo de un mes comienza a correr a partir del día siguiente a la fecha en que se tenga conocimiento de la causa que justifica el despido o la falta, por lo que la prescripción no corre desde el momento de la comisión del hecho que dio base a la separación o a la sanción disciplinaria, al ser necesario el conocimiento de la existencia del hecho por parte del empleador para que se produzcan las consecuencias de la acción u omisión por parte de este. Es evidente pues, la necesidad de que el empleador conozca la falta cometida, solo de esa manera sería razonable decir que el trabajador dio causa para la separación, no así cuando los hechos permanecen ocultos. Paralelamente, se ha indicado que el término de la prescripción no empieza a correr en forma simultánea con el acontecimiento de la causa, sino a partir del momento en que finaliza la respectiva investigación previa y el debido proceso en los entes, empresas o instituciones en que es imperativo realizarlos. Tratándose de personas que prestan sus servicios a la Administración Pública, sea esta central o descentralizada, el término indicado se computa, entonces, desde la fecha en que se concluye la información que se ordene levantar contra el funcionario y esta se pone en conocimiento de la persona encargada de resolver. Por lo anterior, se tiene que el término aludido de un mes debe empezar a correr desde el momento en que el proceso disciplinario llega a su fase conclusiva y el servidor encargado de ejercer el poder sancionatorio queda habilitado para decretar el despido o sancionar la falta investigada. Esta Sala, en la sentencia número 327, de las 9:12 horas del 11 de mayo del 2005, en relación con lo expuesto, resolvió:

"Dentro de toda relación de trabajo la parte empleadora disfruta del poder de dirección respecto de la actividad desarrollada por el trabajador, el cual va acompañado, como consecuencia natural y necesaria, de la potestad disciplinaria, con el fin de lograr un mejor rendimiento. Ahora bien, ese poder sancionador, debe ejercerse de conformidad con los principios de causalidad, de actualidad y de proporcionalidad. Ese segundo principio hace referencia a que el poder disciplinario del patrono debe ejercerse en forma oportuna; es decir, que la sanción impuesta, en un determinado momento, sea correlativa al tiempo de la comisión de la falta, con lo que también se procura lograr la seguridad jurídica del trabajador, en el sentido de que tenga conocimiento de que su infracción ha de ser sancionada en un período determinado. En ese sentido, el artículo 603 del Código de Trabajo establece que los derechos y las acciones de los empleadores, para despedir justificadamente a los trabajadores o para disciplinar sus faltas, prescriben en un mes, que comenzará a correr desde que se dio una causal para la separación o, en su caso, desde que fueron conocidos los hechos que darían lugar a la corrección disciplinaria. Sin embargo, debe indicarse que esta Sala, de manera reiterada, ha establecido que en el caso de que el empleador deba cumplir, de previo a disciplinar a sus trabajadores, con un determinado procedimiento o investigación, ese plazo de un mes se contará a partir del momento en que el resultado de la respectiva investigación es puesto en conocimiento del funcionario u órgano competente para resolver." (Entre otras, pueden consultarse también las sentencias números 89, de las 10:10 horas del 13 de febrero; 353, de las 9:30 horas del 19 de mayo, 527; de las 10:20 horas del 24 de junio; 829, de las 9:30 horas del 1° de octubre; todas del 2004, así como las números 208, de las 9:30 horas del 18 de marzo, y 360, de las 10:15 horas del 13 de mayo; ambas del 2005).

En el caso bajo estudio, por tratarse de una relación laboral donde la parte empleadora es una empresa privada, no había necesidad de realizar un procedimiento disciplinario para poder despedir, en tanto no existía alguna disposición normativa o regulación interna que así lo requiriera -al menos dicha circunstancia no quedó demostrada en autos-. Luego, debe partirse de que es desde el conocimiento efectivo de las faltas por parte del empleador cuando debió empezar a correr el término de la prescripción para sancionar al trabajador. En razón de lo anterior, la auditoría realizada no puede equipararse a un procedimiento disciplinario previo, como lo pretenden hacer ver los recurrentes, ya que esta sirvió para conocer más a fondo si existía mérito para despedir al accionante, es decir, para tener conocimiento cierto de que existieron faltas graves, no para asegurarle un trámite previo de investigación

acorde con los principios del debido proceso, como se impone aplicar en el sector público o en las empresas donde internamente existe normativa o costumbre que así lo exija. Por otra parte, la investigación realizada arrojó resultados concretos que evidenciaron al menos una de las causales atribuidas en la carta de despido, como lo fue la relacionada con el crédito otorgado a … S.A., pues la otra fue consecuencia inmediata de la auditoría, tal y como se analizará posteriormente. Así pues, es claro que las compañías accionadas no tuvieron conocimiento de la falta imputada al accionante en relación con el crédito otorgado a … sino hasta después de iniciada la auditoría, de modo que, para los efectos, resulta indiferente si esta concluyó o no antes del despido del actor, pues al momento de disponerse este, existían elementos suficientes para aplicar la máxima sanción en su contra. De tal forma, fue con los datos arrojados por la auditoría que los personeros de la empresa se enteraron del contexto en que se dio el préstamo realizado a la empresa indicada, de manera que, antes del vencimiento del mes siguiente se dispuso el despido, por lo que no operó el término de prescripción alegado con respecto al poder sancionador de la empleadora. En relación con la segunda causal, relacionada con el entorpecimiento del proceso de auditoría, debe tomarse en cuenta que al estar ligada íntimamente con la auditoría mencionada, tampoco pudo haber mediado algún término de prescripción para justificar el despido en ella. En consecuencia, no resulta procedente acoger la prescripción indicada por la parte actora.

V.- SOBRE LA ACREDITACIÓN DE LAS CAUSALES DE DESPIDO EN EL CASO CONCRETO: Como se dijo, la parte demandante acusa una indebida valoración de la prueba, por lo que se hace necesario un análisis de esta a efecto de determinar si el órgano de alzada incurrió en los yerros apuntados, específicamente en cuanto a la testimonial y la documental aportada por las partes, en la medida que estos elementos son los que hacen referencia directa a las dos causales de despido que las instancias precedentes tuvieron por acreditadas. Con respecto a la causal relacionada con el crédito y las irregularidades en relación con … S.A., se cuenta con prueba testimonial y documental que hace referencia a esta. Así, el testigo … dejó claro en su deposición las facultades del accionante como vicepresidente de la empresa ..., al indicar: “El actor era el jerarca de la más alta investidura. En cuanto a mí como contador su firma me era suficiente o sea que el comprobante venía con la firma adecuada y eso era suficiente para mí para hacer el respectivo giro”. Por su parte, el deponente … manifestó: “…había una oficina especializada en administración de créditos. Se llenaban los formularios y se hacían los estudios de clientes, proponían los límites de créditos, el cual posteriormente era ratificado o modificado por la Dirección Financiera de la Vicepresidencia y dependiendo del monto, lo anterior tenía que ser avalado por la casa matriz. Una vez que la cuenta estaba en operación, si el cliente necesitaba ampliar el límite del crédito para satisfacer demandas del mismo cliente, se emitía un formulario que se aprobaba localmente. Esta es la mecánica de la concesión de créditos. […] Lo que se manejaba diferente era un Proyecto Ecológico, que era en conjunto con ... para que ellos limpiaran de desperdicios de plásticos los bananales y pudiera conseguir una certificación internacional. En estos casos, el proceso que hacía ... de esos desechos plásticos era muy artesanal, según me explicaron, porque ... no daba fondos para invertir en equipo. Llegar a un costo representativo que sirviera de base para facturar llevaba varios meses ese proceso. [..] No siempre se pedía garantía cuando se hacía un crédito. Por la filosofía de la cuenta que se manejó con … no parecía lógico exigir garantías a un cliente que estaba cooperando en un proyecto con ... de limpia de desechos plásticos en fincas bananeras. No era práctica normal exigir absolutamente en todos los créditos las garantías. El crédito de … lo aprobó directamente el señor ... y no se recibieron instrucciones en el sentido de no solicitar garantías.” (Folios 227-234). El señor … refirió: “Nosotros lo que era …, sí hubo una pérdida, no en ese momento sino en el año posterior, toda la cuenta que significó … tuvo que pasarse por incobrables que fueron alrededor de catorce o quince millones de colones. Esto debido a que mucha de la mercadería se entregó sin factura y la facturación se hizo posteriormente, en muchos casos no en todos. La empresa esta al no (sic) carecer de garantía por cuanto la misma no era una empresa sólida, se valió de eso además de no cancelar y cuando nosotros fuimos a facturar no habían listas de precios

para muchos productos y al no tener la lista de precios a la hora de que se hicieron las facturas y se pusieron al cobro con …, la empresa argumentó que los precios no eran los correctos. En ese momento y al no existir listas de precios, hubo que fijar y facturar después de que muchos productos se habían entregado. Esto provocó a (sic) que la cuenta llegara a ese momento, porque no se tuvo un control, al no facturar no se pudo cuantificar cuánto era la deuda total que tenía el cliente con nosotros. En los productos que se entregaron 'sin factura', los mismos eran entregados con una orden de entrega y se facturaron posteriormente. […] Lo que es 'cuentas por cobrar', es normal que un cliente esté bien y unos meses después tenga algún problema, o sea que presente problemas de pago. En este caso creo que lo que se refiere este hecho fue en relación a las cuentas que se tuvieron por cobrar por …, por la forma no bien manejada de cómo se le facturó. Como lo mencioné al inicio de la declaración que dicha cuenta ocasionó una pérdida para la empresa demandada de casi quince millones. […] Con relación al caso de …, cuando se presentó ya la solicitud de crédito, ya en ese momento muchos productos se le habían entregado y al realizar los estudios de crédito, nosotros nos dimos cuenta que el representante de esa empresa era el señor: …, el cual también en ese momento, tenía una deuda pendiente con nosotros con otra empresa donde él también era el representante, llamada '…', la cual nos adeudaba alrededor de quinientos mil colones y tenía muchos meses ya esa cuenta de estar vencida. […] Como lo mencioné anteriormente, cuando se presentó la solicitud de crédito ya venían desarrollando productos e inclusive se le venía entregando productos sin facturas a la empresa … (sic). El crédito en ese momento que se le otorgó no preciso si fueron entre 5, 6 o 7 millones de colones, por ahí andaba la cifra. Este crédito fue autorizado por el Supervisor de Crédito, el Director Financiero, el Vendedor y el Vice-Presidente de la Compañía. Aclaro que al venirse entregando la mercadería sin facturación y al no haberse fijado un crédito con el cliente, era imposible llevar un control de cuanto era el monto que nos adeudaban, porque la entrega de la mercadería la hacía otro Departamento y nosotros nos dábamos cuenta posteriormente. Inclusive cuando se entregó la materia prima a dicha empresa, venían unos reportes de facturación y ese caso ya venía con la firma del director de manufactura y la del Vicepresidente (sic), entonces simplemente nosotros procesábamos el documento, hacíamos la factura y entregar la mercadería en ese caso. En ese momento, eso era una orden para nosotros, simplemente se procesaba." (Folios 279-286.) (La negrita en las transcripciones fue suplida por la redactora). Por otra parte, el dictamen rendido por el perito fue claro al señalar: "Se autorizaron créditos a empresas con mal historial crediticio. Algunos ejemplos son: … S.A., se le otorgó un crédito por ¢5.000.000,00, con la aprobación de ..... El representante legal de dicha empresa era el mismo representante de … S.A., la cual a esa fecha tenía una cuenta con más de 180 días de vencimiento, pendiente de cancelación por la suma de ¢405.483,15. / No obstante la situación descrita, los despachos de mercadería a … S.A. se empezaron a hacer sin las respectivas facturas. Cuando se efectuó la facturación correspondiente, la cuenta ascendió a la suma de aproximadamente ¢14.000.000,00. …después de varios esfuerzos, la cuenta de ... fue declarada como incobrable en diciembre de 1997, según certificación del notario …, por un monto de ¢14.660.702,85." (Folios 5-6 y 22 del dictamen rendido por el perito). De la prueba analizada, resulta claro que el accionante cometió una falta grave al autorizar con su firma el otorgamiento de un crédito a la compañía ... sin que esta contara con garantías suficientes para responder eventualmente ante un posible incumplimiento. Además, a pesar de lo anterior, el accionante avaló la entrega de mercadería sin tomar en consideración el incumplimiento que ya sea había empezado a generar en las obligaciones. Aunque se demostró que el actor no actuó solo, como jerarca de la compañía, debió denegar el crédito si con la solicitud se podía corroborar que no existía una posible forma de recuperar lo entregado. Si bien uno de los testigos analizados dio cuenta de que, en ocasiones, los créditos se otorgaban sin garantía, ello no justifica que, en el caso concreto, el accionante, como vicepresidente de la empresa, consintiera en otorgar un préstamo en tan dudosas circunstancias y, aún así, seguir autorizando la entrega de pedidos cuando ya se tenía noticia de la morosidad en que empezaba a incurrir la compañía deudora. Lo anterior motivó una falta de confianza en los representantes de la accionada que justificó el despido del demandante. Tómese en cuenta que el actor, como vicepresidente de la compañía

demandada, pudo evitar el otorgamiento de la línea de crédito al presentar la solicitud situaciones anómalas y también pudo desautorizar la entrega de mercadería ante el incumplimiento en los pagos por parte de esa empresa; no obstante, no lo hizo y esa transacción le generó a la empleadora una pérdida económica de grandes proporciones. Aunque no puede hablarse de una conducta dolosa del accionante para favorecer los intereses de esa compañía, sí se nota la falta de cuidado de este al aprobar la concesión de un crédito sin contar la deudora con las garantías suficientes que la respaldaran en caso de un eventual incumplimiento, lo cual fue lo que en realidad sucedió y generó una pérdida millonaria para la empresa accionada. Si bien no puede hablarse técnicamente de que la falta constituya algún tipo de deslealtad hacia la empleadora, sí implicó un grado de gravedad tal que justificó la aplicación de la máxima sanción, máxime cuando el actor desempeñaba un puesto en el cual la confianza es de vital importancia, lo cual hace aún más reprochable su acción y denota con mayor claridad la incompatibilidad de su decisión con los intereses de la parte empleadora para la cual prestaba sus servicios. No es de recibo el agravio de los recurrentes en el sentido de que los representantes de las demandadas no facilitaron los documentos necesarios para ampliar la prueba pericial solicitada por ellos mismos, pues ese elemento de prueba es claro al concluir que sí se dieron las irregularidades acusadas y hace referencia precisa a los documentos en que se justificó dicha conclusión, por lo que, al igual que lo consideró el Tribunal, no era necesaria una ampliación del mencionado peritaje. Tampoco cabe aceptar el reproche de la presunta ilegalidad de la prueba documental que consta a folio 257, por cuanto no se estima que esta haya contravenido los preceptos y principios alegados. En todo caso, dicha prueba, por sí sola, no es suficiente para demostrar la causal, ante la contundencia de la prueba testimonial y documental que existe al respecto. No procede el agravio de los recurrentes en cuanto a la ausencia de prueba documental de la auditoría, pues, aunque hubiese resultado complementaria a la testimonial, esta última, por sí misma, es clara para demostrar la causal de falta grave en que incurrió el accionante mediante los hechos que se le han venido atribuyendo. Tampoco es de recibo el argumento de que el crédito con ... fue una circunstancia introducida con la prueba testimonial, pues, de las causas achacadas en la carta de despido, se desprende, indubitablemente, la situación fáctica relacionada con este hecho, aunque no se haya indicado expresamente el nombre de la empresa en la mencionada misiva. Ahora bien, corresponde determinar si la segunda causal alegada, referente a las amenazas y al entorpecimiento del proceso de auditoría atribuido al demandante, fue también acreditada en autos. En cuanto a este punto, el testigo … apuntó: “Asimismo en este proceso, cuando me apersoné en uno de los tantos viajes que hice a ... me encontré a dos muchachos de Auditoría Interna, señor … y …, quienes se encontraban afuera de las instalaciones. Les pregunté que por qué no entraban al lugar y me manifestaron que no podían entrar porque el vigilante les había indicado que tenían instrucciones de no dejarlos entrar hasta que hablaran con don …. Ingresé y verifiqué con el vigilante quien me manifestó lo mismo que me habían dicho los señores de auditoría. Pregunté que si don ...se encontraba y me dijo que no. Seguí haciendo lo que me correspondía y cuando salí al cabo de hora y media o dos horas, los muchachos todavía estaban afuera.” (Folios 261-263). Al respecto, el señor … manifestó: “Con respecto a este punto tengo que decir que en repetidas ocasiones nuestro trabajo fue obstaculizado. Fuimos a hacer un trabajo especial de auditoría que inicialmente pretendía ser relativamente corto, por cuanto el objetivo era hacer una revisión general de los estados financieros al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y seis, con el objeto de determinar si procedía o no el pago de las bonificaciones anuales. […] Y por último, siendo nosotros auditores de la casa matriz, nos negaron el acceso a la compañía. Varios días tuvimos este problema porque si don … o don ...no estaban o no nos daban la autorización no podíamos ingresar, según lo que nos manifestaba el personal de seguridad.” (Folios 266- 274). Por último, el deponente … informó: “… este es un punto que en honor a la verdad se dio y de muchas maneras: uno, se nos bloqueó constantemente nuestro trabajo de auditoría atrasando información, estando el contralor prácticamente detrás de nosotros cada vez que pedíamos información, llamando a todas las personas a las que nosotros entrevistamos o solicitamos copias de cuenta, asientos o cualquier documentación, llegando al extremo de

que también se nos impidió el acceso a las instalaciones de ...; orden que fue girada directamente por el señor ....., según las confirmaciones de los señores de seguridad que nos proporcionaron en ese momento, para lo cual fue necesario hablar directamente con autoridades superiores al vicepresidente, desconozco el tipo de comunicación que se dio a ese nivel y al cabo de varias horas nuevamente nos permitieron el acceso, no así mucha información. En cuanto a las amenazas. El vicepresidente era una persona que siempre mantenía la puerta cerrada. El acceso a él casi era imposible. Las dos o tres veces que hablé con él fui pisoteado, amenazado y me dijo que no tenía nada que hacer en esa oficina que únicamente la información se la daba al jefe inmediato que en esa oportunidad era el señor …. En esa conversación también dentro de lo que se habló me dijo que él tenía la potestad, el poder y los contactos en la corporación y que tenía muchos años de trabajarle a la compañía, para que una persona como yo le estuviera preguntando o cuestionando cosas que su superior inmediato me había mandado a investigar. El acceso que se daba tenía que ser a través del contralor o de la secretaria, es decir, para nosotros era un mundo poder llegar a obtener ese tipo de comunicación. […] Sobre las amenazas, cuando yo entré a discutir varios aspectos con don ...me dijo 'usted no puede poner esos informes en la auditoría', 'usted tiene que cambiar eso', 'yo soy el vicepresidente, tengo el poder, conozco los jefes de la corporación', 'tengo veinticinco años de trabajar en la corporación' y 'si usted no cambia eso, yo voy a hacer que lo boten de la compañía'. Inmediatamente me echó de la compañía reuniéndome yo con mi supervisor inmediato, señor … y su directriz fue 'regresen, terminen el trabajo y yo hablo con el señor ...'." (Folios 296-302). (La negrita contenida en las transcripciones no pertenece al original). Los anteriores testimonios acreditaron también la segunda causal, en cuanto a la actitud prepotente adoptada por el accionado a la hora de realizarse la auditoría, quien no solo llegó a obstaculizar el trabajo de los auditores a cargo, sino que incluso presionó a uno de ellos para que el trabajo no se realizara o se hiciera a su manera. Si el demandante no tenía nada que ocultar con respecto al manejo de sus labores, que tan insistentemente defiende, no se entiende entonces cuáles fueron los motivos que lo impulsaron a obstruir la labor de los funcionarios para investigar ciertas situaciones financieras de la empresa. Como puede verse, no se trata de simples "egos heridos", como señalan los recurrentes, sino de una conducta grave que obstaculizó y retrasó injustificadamente una auditoría ordenada por las autoridades superiores del accionante, lo que, de cualquier punto que se matice, resulta ser un mecanismo de primer orden que permite a cualquier empresa, entre otros, la determinación cierta de anomalías, como sucedió en el caso que nos ocupa. De tal forma, al haberse demostrado ambas causales, el despido sin responsabilidad patronal fue procedente, por lo que no son de recibo los agravios de los recurrentes en este sentido, pues no se observa alguna violación a los principios que rigen la valoración de la prueba en materia laboral. Asimismo, no se nota la violación al principio protector en su manifestación del in dubio pro operario, ni al de redistribución de la carga probatoria, cuyo quebranto alegan los recurrentes, ya que el Tribunal actuó correctamente al avalar la procedencia del despido con base en las causales señaladas, las cuales quedaron demostradas en forma diáfana.

VI.- EN CUANTO AL PAGO DE LA CESANTÍA: El numeral 85 del Código de Trabajo establece las causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de este o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles, de conformidad con lo establecido en ese código. Así, en lo que interesa, el inciso e) indica como una de ellas, "cuando el trabajador se acoja a los beneficios de jubilación, pensión de vejez, muerte o de retiro, concedidas por la Caja Costarricense de Seguro Social, o por los diversos sistemas de pensiones de los Poderes del Estado, por el Tribunal Supremo de Elecciones, por las instituciones autónomas y las municipalidades". En el caso bajo examen, al haberse acreditado una falta grave en contra del demandante, este perdió su derecho a la cesantía, por lo que, a nada conduciría analizar la procedencia o no de ese derecho en caso de acogerse a un plan privado de pensión como lo fue el caso del accionante. Debe tomarse en cuenta que, en este asunto, el demandante se encontraba

otorgando el preaviso a la parte empleadora por haber decidido acogerse a la jubilación; motivo por el cual la relación laboral se mantuvo hasta el momento en el que el accionante terminara de otorgar su preaviso a favor de la empresa. Así, al haberse comprobado una causa justa de despido antes de que la relación llegara a su fin, el demandante perdió el derecho a recibir la cesantía. En consecuencia, no cabe acoger el reproche de los recurrentes en el sentido de que por el solo hecho de acogerse a la jubilación, este tenía asegurado un derecho a recibir el monto de la cesantía. Por otra parte, no tiene sentido entrar a valorar si en la empresa existía un derecho a recibir un monto adicional por lo años laborados en el extranjero, por cuanto, al denegarse este extremo, el otro también deviene improcedente por su naturaleza accesoria. En todo caso, en el asunto bajo examen no quedó demostrada práctica o costumbre generalizada y obligatoria en ese sentido por parte de la accionada.

VII.- EN RELACIÓN CON LOS EXTREMOS RECLAMADOS POR EL ACTOR CUYO PAGO ES INDEPENDIENTE DEL DESPIDO: A.-) SALARIO EN ESPECIE: El salario en especie está regulado en el artículo 166 del Código de Trabajo, el cual dispone: "Por salario en especie se entiende únicamente lo que reciba el trabajador o su familia en alimentos, habitación, vestidos y demás artículos destinados a su consumo personal inmediato. En las explotaciones agrícolas o ganaderas se considerará también remuneración en especie el terreno que el patrono ceda al trabajador para que lo siembre y recoja sus productos. Para todos los efectos legales, mientras no se determine en cada caso concreto el valor de la remuneración en especie, se estimará ésta equivalente al cincuenta por ciento del salario que perciba en dinero el trabajador. No obstante lo dispuesto en los tres párrafos anteriores, no se computarán como salario en especie los suministros de carácter indudablemente gratuito que otorgue el patrono al trabajador, los cuales no podrán ser deducidos del salario en dinero ni tomados en cuenta para la fijación del salario mínimo". Así, para que una determinada prestación o beneficio se pueda considerar como tal, en primer término, debe tener carácter retributivo, una contraprestación por la fuerza laboral, debiendo ser apropiada para el uso personal del trabajador y su familia, de manera que le reporte un beneficio económico estable y reiterado durante la relación laboral y que, de no existir este, el trabajador hubiese tenido que procurárselo por sus propios medios. En la sentencia de esta Sala número 1054, de las 9:45 horas del 21 de diciembre del 2005, se indicó:

"El salario en especie, tópico que ha suscitado muchas interrogantes tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, es la forma mas antigua de pago -desde el trueque-, y consiste en la retribución que se hace, con un bien distinto del dinero, y puede definirse como '...aquel que se abona en bienes valiosos que no son dinero; admitiéndose para liberarse el empresario de su obligación el pago efectuado en todo valor no dinerario. De ahí que dentro de esta categoría pueda incluirse cualquier especie pensable que cumpla el fin perseguido por el salario mismo, es decir, retribuir los servicios prestados por el trabajador' (SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M. Los salarios en especie, en: Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones e Intercambio, primera edición, 1971, p. 218). […]… ha de tenerse claro que, lo gratuito es aquello que se obtiene por mera liberalidad, sin que medie, entonces, contraprestación alguna. Lo gratuito, no tiene carácter salarial, porque no forma parte de la contraprestación a la que el empleador está obligado, en virtud de los servicios que percibe. En consecuencia, no podrán considerarse como salario en especie, los bienes o servicios que el empleador conceda a sus trabajadores, por una razón distinta o diferente a la remuneratoria de la labor realizada. Jurisprudencialmente, se ha establecido que debe analizarse cada caso concreto, con la finalidad de determinar la existencia o no de tal salario en especie;…"

En el caso bajo examen, el actor solicitó el reconocimiento, como salario en especie, de varias prestaciones o servicios, por lo que, resulta necesario determinar, individualmente, si estos cumplen con los presupuestos para ser considerados como tal: i.) TELÉFONO CELULAR Y VEHÍCULO: En cuanto al vehículo, se tuvo por acreditado que dicho bien era propiedad del demandante y por su uso se le pagaba una suma de dinero mensual, lo cual descarta que se tratara de salario en especie, por lo que la discusión debe versar si ese monto tenía carácter retributivo

o no. Así, el testigo … manifestó que no le constaba nada al respecto (folio 203). Por su parte, el deponente … indicó que el actor recibía un monto fijo por uso del vehículo propio, pero que este era utilizado en labores de la oficina, además tenía que presentar una explicación o liquidación del uso dado (folios 223 y 225). Con lo anterior se logra descartar, entonces, el carácter salarial de ese monto, pues este se otorgaba, más bien, como pago por una especie de alquiler del vehículo. En lo que toca al teléfono celular, ese mismo testigo también dio cuenta que el accionante lo utilizaba para cuestiones relacionadas con sus labores dentro de la empresa (folio 224); sin que exista elemento probatorio alguno del cual se desprenda que su uso fue discrecional y para cuestiones personales, por lo que constituyó un simple instrumento de trabajo, razón por la cual no puede otorgársele tampoco carácter salarial. En un caso de similares características esta Sala resolvió:

"El uso o disfrute del teléfono celular, no constituyó salario en especie, por ser dicho aparato un instrumento de trabajo indispensable, de continuo uso para el actor, … toda vez que, las funciones desempeñadas, en aquel puesto, requerían necesariamente que éste estuviera siempre localizable -V.gr. vía teléfono celular-, por quienes requerían de su intervención, dentro o fuera de las instalaciones de las accionadas,…; sino también, la oportunidad de mantenerse informado de lo que acontecía en esos lugares, razón por la cual, se puede decir que aquel teléfono le fue autorizado para su uso continuo, con ocasión del trabajo, y sin carácter retributivo; por lo cual no puede tenérsele como salario en especie. (voto N° 17, de las 10:40 horas del 25 de enero del 2002.)

ii.) CHOFER MENSAJERO: Tampoco fue acreditado que el accionante utilizara el chofer mensajero en forma discrecional para cuestiones personales, pues mediante la prueba testimonial se comprobó que era un servicio otorgado para labores relacionadas con la compañía (véase testimonio de … a folio 223 vuelto) iii.) SEGUROS (colectivo contra accidentes, plan de accidentes en viajes de negocios, de vida básico y adicional): En este aspecto debe subrayarse que solo al sobrevenir el riesgo asegurado, se tendrá a disposición del beneficiario un valor económico y, por esa razón, en tesis de principio, carece de naturaleza salarial en tanto no representa una ventaja patrimonial actual para el trabajador. iv.) PLAN DE PENSIONES: Con la prueba testimonial también se acreditó que, por dicho concepto, al trabajador se le realizaba una deducción, la cual dependía del nivel de participación que tuviera (véase testimonio de ... a folios 225 vuelto), por lo que no representaba una ventaja patrimonial, excluyendo su naturaleza salarial. v.) PLAN MÉDICO INTERNACIONAL: En el asunto que se conoce, quedó demostrado que este era opcional y que, por tal concepto, se le hacía también una deducción al trabajador, según el salario devengado por este y la cobertura que tuviera dicho plan (véase testimonio de ... a folios 225 vuelto y documentos de folio 385). Aunado a lo anterior, debe indicarse que este beneficio, a lo sumo, constituiría un complemento del Sistema de Seguridad Social, lo que no representa una ventaja patrimonial para el trabajador (véase en este sentido el voto de esta Sala número 17, de las 10:40 horas del 25 de enero del 2002). Consecuentemente, no puede ser considerado como salario en especie. vi.) CUOTAS DEL CLUB ROTARIO: El deponente ..., sobre este punto, indicó: "En cuanto al pago del Club Rotario, cuando yo ingresé a Recursos Humanos, ya eso se tramitaba a través del área financiera, y no a través de mi Departamento. Lo único que me consta es que de la compañía salía un cheque a nombre del Club, pero no me consta sin don ...pagaba y la compañía le reembolsaba o que era lo que sucedía con eso." (Folio 226). De la anterior manifestación no logra inferirse claramente si la compañía realmente pagaba las cuotas a nombre del demandante o en qué condición se hacía el pago realizado a esa institución por dicho concepto. Tomando como base que era al actor a quien le correspondía la carga de demostrar que recibía parte de su pago en salario en especie, no puede acogerse este extremo, por cuanto no quedó demostrado que recibiera un beneficio en ese sentido por parte de la empresa. vii.) VIGILANCIA: En cuanto a este punto, el testigo … indicó que no le constaba si el actor tenía vigilancia las veinticuatro horas del día en su casa de habitación, que fuera pagada por la empresa, pues nunca fue a dicha vivienda (folio 203 vuelto). Por su parte, ... y … solamente manifestaron que el accionante tenía vigilante en su casa de habitación, pero no dejaron claro si era un beneficio concedido por la empresa y en

qué condiciones se otorgaba (folios 221 vuelto y 227 vuelto, respectivamente). Por último, el deponente … refirió que la compañía les daba el servicio de vigilancia a algunos altos ejecutivos para el cuido de la casa y la integridad de las personas que en ella habitan; sin embargo, este mismo testigo manifestó que se había enterado de que algunos de los vigilantes estaban disconformes, en tanto los ponían a hacer otras tareas que no eran propias de las labores de vigilancia (folio 261-262). De tal forma, se puede concluir que, si bien al actor se le daban servicios de vigilancia en su casa de habitación, estos no eran en calidad de salario en especie, sino como una protección en razón del cargo desempeñado en la empresa como alto ejecutivo, por lo que se debe descartar su naturaleza retributiva y denegar su carácter salarial en el presente asunto. B.-) EN RELACIÓN CON LAS BONIFICACIONES Y LA OPCIÓN DE COMPRA DE ACCIONES: En el caso que se analiza, de la documentación visible a folios 104-114, 118-121 bis, 149-154 del expediente se desprende claramente que el denominado bono anual, concedido al accionante, revestía todas las características de una gratificación otorgada habitualmente y, por consiguiente, si bien ese monto fue entregado como una aparente mera liberalidad del empleador -sea, a título gratuito-, por las utilidades obtenidas anualmente, sus definidas características de periodicidad, habitualidad y generalidad con las que se otorgó, hacen que se haya definitivamente incorporado al salario del demandante; razón por la cual, cabe concluir la naturaleza salarial de los montos recibidos por concepto de este beneficio, concedido por la empresa empleadora. (Ver, en igual sentido las sentencias de esta Sala N°s 896, de las 10:10 horas del 20 de octubre del 2000 y 17, de las 10:40 horas del 25 de enero del 2002). Así pues, las empresas demandadas no demostraron el pago de las bonificaciones correspondientes a los años mil novecientos noventa y seis y la proporcional de mil novecientos noventa y siete, como era su carga procesal, por lo que tal extremo debe declararse con lugar y revocarse la sentencia impugnada en ese sentido. En lo tocante a la opción de compra de acciones, usualmente se les ha negado carácter salarial y mucho menos en especie, en el tanto representan una ganancia generada por la actividad bursátil y no como producto del esfuerzo intelectual o físico desplegado por el trabajador. Entre las circunstancias por las que se le ha negado naturaleza de salario se encuentran: a) la recompensa es potencial, posible y no segura, b) puede generar pérdidas o ganancias, c) no hay habitualidad, d) es variable según la oferta y demanda del mercado, e) la ganancia es variable, f) no necesariamente es de carácter alimentario, g) es convertible y h) mediante ellas se especula para lucrar. En el caso concreto, quedó demostrado que este beneficio dependía del nivel de cumplimiento de los objetivos durante el año y del resultado de las utilidades, además, se hacía efectivo en el momento de la compra, que era cuando se podía ejercer ese derecho (testimonio de ... visible a folios 222 vuelto y 225-226). En consecuencia, no puede ser tomado como complemento para el cálculo de las bonificaciones antes indicadas. C.-) EN CUANTO AL SALARIO ANUAL DEL ACTOR: En relación con este tópico, el testigo ..., como coordinador de la ejecución de dicho pago en ..., expuso claramente que el salario del accionante incluía los doce meses y el aguinaldo, circunstancia que también se logra inferir de la documental aportada a folios 142,143 y 144. Por ello, no procede el reproche de que el salario anual se calculó sobre la base de trece meses y no de doce, pues, por lo indicado, era la forma correcta, al incluirse al aguinaldo como décimo tercer mes.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE EMPRESA POR DEUDAS CON LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL. TRASPASO FICTICIO DE BIENES DE LA EMPRESA.
VOTO N° 2008-000451
DE LAS 8:40 HRS.
DEL 29 DE MAYO DEL 2008.

III.- ANTECEDENTES EN VÍA JUDICIAL: ... demandó a la Caja Costarricense de Seguro Social con el objeto de que se declarase que el traslado de cargos y las resoluciones insertadas en el informe de inspección N° SI.2054-00, elaborado por la Sección de Industria de la C.C.S.S., así como la resolución GDF-009 de la Gerencia de la División Financiera de dicha entidad, dictada sobre la base del informe contenido en el oficio GDF-9464 del 15 de marzo del 2001, son absolutamente

nulos por ser contrarios a derecho, dado que la sociedad actora no tiene ninguna relación con ... Ltda., aparte de que los cargos resultan arbitrarios en la medida en que carecen de toda prueba. Esta pretensión se fundamentó en los alegatos que de seguido se resumen: a) se trata de dos empresas independientes que no tienen socios ni personeros en común; b) la Caja sostiene que ambas operan de la misma forma, mas no aclara en qué consiste tal aseveración, amén de que ... no funciona igual que ninguna compañía pues cuenta con sus propios esquemas de organización, administración y producción; c) no se comprobó que el cierre de ... Ltda. causase en forma directa la salida al mercado de ...; d) el hecho de que ... iniciara operaciones en 1998 con algunos extrabajadores de ... no significa que haya vínculos entre las dos compañías. En ... Ltda. laboraban aproximadamente 15 personas, de las cuales únicamente 6 pasaron a prestar sus servicios a .... A mayor abundamiento, ... tenía 11 empleados, de los cuales solo 6 provenían de ... Ltda.; e) la institución accionada considera que por tener ambas empresas el mismo giro comercial existe un vínculo entre ellas, lo que es falso porque ... Ltda. producía bizcochos, galletas, sorbetos y panes, mientras que ... solo fabrica galletas rellenas tipo "wafer". En todo caso, el mero hecho de que dos industrias fabriquen lo mismo no puede dar pie para afirmar que existen ligámenes entre ellas; f) el artículo 30 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S. establece la responsabilidad solidaria en caso de traspaso o arrendamiento de una empresa, lo que no sucedió en el caso concreto, ya fuera a nivel de cuotas sociales o del negocio en sí mismo considerado, esto último bajo la figura de la compraventa del establecimiento mercantil; g) no se dio una sustitución patronal porque no hubo una transmisión del centro de trabajo de ... Ltda., incluyendo su personal, a favor de ... En efecto, la fábrica de ... quedaba en Guadalupe, mientras que la de ... se ubica en Tibás; h) no medió ninguna compraventa de establecimiento mercantil, sino que únicamente se adquirió cierta maquinaria, hipótesis en la cual no es aplicable el artículo 30 de la Ley Constitutiva, el cual no admite interpretación analógica; i) el quinto cargo formulado fue "que se entregaron órdenes provisionales a trabajadores bajo el número patronal … de ... Ltda., específicamente a …, y que la orden provisional de dicha trabajadora fue firmada por … quien dijo estar realizando un asesoramiento de parte de ... Ltda. para ...". Es decir, en ningún lado se afirma que ... hubiese extendido órdenes provisionales; al contrario, se dice que la orden de marras fue suscrita por …, quien no es socio ni directivo de ... Además, no se demuestra que al extender el mencionado documento, el señor … estuviera asesorando a la firma accionante; j) El octavo cargo consiste en que "... explota la línea de sorbetos, con la marca ..., constando lo anterior en el empaque de tales productos, que todavía en el mercado hay sorbetos de ... en los que se indica estar hechos por ...". En el traslado de cargos original esto no se incluyó. En todo caso, ... no elabora sorbetos. La marca ... no pertenece a ... Ltda. y nunca la actora le compró esa marca a dicha empresa, sino que la usa porque quiere, sin que nunca nadie haya objetado su utilización. En síntesis, no son aplicables los ordinales 30 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S. y 37 del Código de Trabajo pues tales preceptos son para cuando ha operado una compraventa de establecimiento comercial, un contrato de arrendamiento o el traspaso accionario de una sociedad, dándose una sustitución patronal, nada de lo cual aconteció en el subjúdice (folio 90). La contestación fue negativa y se opusieron las excepciones de falta de derecho y de legitimación. Se arguyó que los informes de inspección (que tienen valor de prueba muy calificada) y las resoluciones en cuestión se encuentran ajustadas a derecho y sustentadas en las probanzas allegadas al expediente. Asimismo, se repitieron los argumentos ya expuestos en la sede administrativa en defensa de la tesis de la responsabilidad solidaria (folio 110). El juzgador de primera instancia tuvo como no acreditados estos hechos: que ... adquiriera los bienes inmuebles inscritos a su nombre de ... Ltda.; que hubiese comunidad de socios o personeros entre ambas empresas; que ... comprase todos los bienes muebles a ... Ltda.; que don … firmase órdenes provisionales de los empleados de la sociedad actora a nombre de ... Ltda.; en suma, no se probó que ... adquiriera ... Ltda., pues no consta que haya ocurrido una compraventa de establecimiento mercantil, un arrendamiento o una sustitución patronal. A juicio del a quo, el numeral 30 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S. dispone la solidaridad, la cual surge por el traspaso o arrendamiento de la empresa o negocio como un todo, y no de parte de sus componentes, de acuerdo con el

numeral 478 del Código de Comercio que, al regular la transmisión del establecimiento mercantil, estatuye: "La venta de un establecimiento comercial o industrial comprende TODOS SUS ELEMENTOS y cuanto forme el activo y pasivo, salvo pacto expreso en contrario". Señaló el juez que la transmisión de una empresa puede ocurrir de varias maneras: 1) mediante el procedimiento de compraventa de establecimiento mercantil que establece el Código de Comercio, que conlleva la publicidad del acto, la convocatoria a acreedores, etc., 2) adquiriendo individualmente todos los bienes muebles e inmuebles mediante contratos de compraventa o cesión separados para cada bien, y 3) cuando un tercero asume el control de una sociedad por medio de un traspaso de acciones. En todos estos casos, el adquirente asume la gestión de la actividad empresarial en su totalidad, lo que no sucedió en el sublite. Lo único que aquí se demostró fue que ... Ltda. producía bizcochos, galletas y sorbetos, contando cada una de esas líneas de producción con su propia maquinaria; que ... adquirió parte de ese equipo (concretamente el que servía para hacer sorbetos) por un precio de 6 millones de colones; que la accionante también adquirió la marca ..., propiedad de … S.A., empresa relacionada con ... Ltda.; y que ... producía galletas rellenas tipo "wafer" (una especie de sorbeto) que distribuía bajo la marca .... Por otro lado, se comprobó que ... Ltda. cerró en octubre de 1998, previa liquidación de todos sus empleados con responsabilidad patronal, hecho que resulta relevante porque cuando se da un traspaso de empresa se está ante una transmisión del sujeto patronal y no ante una liquidación o extinción de la compañía. El artículo 37 del Código de Trabajo dispone que la sustitución patronal opera respecto de los contratos de trabajo EXISTENTES y, si ... Ltda. cerró y liquidó a sus trabajadores, ya no había contratos de trabajo existentes cuando ... compró parte de su maquinaria. El solo hecho de que la sociedad actora explotase una parte del giro mercantil de ... Ltda. no conlleva, desde el punto de vista jurídico ni en justicia, imponerle la carga de ser responsable solidariamente por las cuotas obrero patronales no canceladas por ... Ltda., pues ni siquiera se sabe con certeza si la deuda de 18 millones y resto corresponde a alguno de los trabajadores que pasaron a laborar a ... o en qué período fue que nació esa deuda con la Caja. Otra cosa que al a quo le pareció importante es que ... Ltda. tenía la fábrica en Guadalupe y la de ... queda en Tibás, siendo que, para que haya una sustitución patronal, la empresa adquirente debe mantener la actividad comercial en el mismo lugar puesto que adquiere el centro de trabajo. Aunado a lo anterior, ... Ltda. en agosto de 1998 tenía reportados 17 trabajadores ante la Caja, y de estos, solo 5 pasaron a laborar con ..., completando una planilla de 14 empleados. Quizá si la actora hubiese asumido los 17 trabajadores de ... podría hablarse de una sustitución patronal, pero tal como se dieron las cosas no. En otro orden de ideas, el juzgador estimó lógica la participación de ... en el proceso inicial de implementación de la maquinaria de sorbetos por parte de ..., sin que ello constituyese un indicio de sustitución patronal ya que no se trataba de una compra común, sino que se requería de toda una asesoría logística para el adecuado funcionamiento del equipo. La testigo ... aseguró que la actuación de don … en ... se limitó a "montar" las máquinas, negando que dicho señor fungiese como patrono a partir del momento en que ella se fue a laborar a esas otras instalaciones. Además, no se probó que don … hubiese firmado órdenes provisionales a los empleados de ... En otro orden de ideas, el testigo … evidenció que la investigación administrativa fue muy superficial, ya que el inspector no tuvo el cuidado de constatar cuál era la actividad de ... Ltda. Ciertamente para el momento de la pesquisa ya esta había dejado de funcionar, pero bien pudo entrevistarse a sus representantes, accionistas o antiguos trabajadores para esclarecer qué tipo de productos era los que fabricaba, y así poder determinar si ... adquirió la maquinaria de todas las líneas, en qué términos fue la negociación entre ambas empresas, si ... liquidó o no a sus empleados, si ... Ltda. o alguno de sus socios o personeros tienen alguna participación accionaria en ..., en fin, una serie de aspectos trascendentales en los que el inspector no ahondó. Por lo tanto, el juez de primera instancia acogió la demanda, en el entendido de que no se declaraba la nulidad pretendida dado que no se configuró vicio alguno en el procedimiento administrativo capaz de generar indefensión, siendo entonces lo procedente dejar sin efecto el traslado de cargos y las resoluciones insertas en el informe de inspección N° SI-2054-00, elaborado por la Sección de Industria de la Caja, y la resolución GDF-009 de la Gerencia División Financiera,

dictada sobre la base del informe contenido en el oficio GDF-9694 del 15 de marzo del 2001; aclarándose que quedaba incólume, por no ser objeto del litigio, el cobro administrativo paralelo de ¢653.172,30 por concepto de las cuotas obrero patronales no canceladas respecto de los salarios no reportados del 1° de octubre de 1998 al 31 de marzo de 1999, por un monto total de ¢2.968.965, que también formaba parte del referido informe SI-2054-00 que desembocó en la resolución GDF-009. Las excepciones interpuestas fueron declinadas y el asunto se resolvió sin especial condenatoria en costas (folio 164). Esa decisión fue apelada por ambos contendientes (folios 190 y 192). El Tribunal confirmó el veredicto, salvo lo concerniente a las costas, las cuales le cargó a la C.C.S.S. Según su criterio, entre las empresas no existe una responsabilidad solidaria pues, para ello, debió darse el traspaso o arrendamiento de ... Ltda. a la demandante, de conformidad con lo que estipula el artículo 30 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S. En autos lo que se probó fue que la accionante le compró algunos de los bienes a ... Ltda., no la empresa en su totalidad, para que fuere posible aplicar el citado numeral, o aun más, el ordinal 37 del Código de Trabajo. El ordinal 20 de la Ley Constitutiva le confiere un valor de prueba muy calificada a los informes de inspección, mas en este caso esa prueba es contradictoria con los testimonios rendidos en juicio, especialmente el del propio inspector, quien cometió varios errores en la confección del susodicho informe, toda vez que no constató si efectivamente se había dado un traspaso de la empresa ... Ltda. a la accionante, si esta continuó operando en el propio establecimiento de aquella, si mantuvo la planilla, si en la recontratación de trabajadores hubo solución de continuidad, etc., puesto que ni siquiera visitó las instalaciones de aquella otra empresa. Tampoco verificó si el hecho de que el señor … fuera autorizado por la demandante para gestionar su inscripción patronal ante la institución demandada obedecía en realidad a una sustitución patronal. Finalmente, el ad quem recalcó que la deponente ... manifestó que comenzó a laborar con la actora como quince días después de ser liquidada por ... Ltda., junto con cuatro compañeros más, que también fueron cesados por esta, lo que implica que no fueron todos los empleados de la referida empresa los que pasaron a laborar a las órdenes de ... (folio 207).

IV.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: Lleva razón la Caja al mostrarse disconforme con lo resuelto en los estadios precedentes. El artículo 37 del Código de Trabajo regula la figura de la sustitución patronal de la siguiente manera: “La sustitución del patrono no afectará los contratos de trabajo existentes en perjuicio del trabajador. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de la Ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses. Concluido este plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo patrono”. Sobre ese precepto esta Sala se pronunció en el voto N° 32-06: “En términos generales esa norma protege a los trabajadores cuando opera un cambio de empleador o sustitución patronal y las relaciones de trabajo permanecen intactas como si no se hubiere efectuado la transmisión. El fin primordial de la norma es evitar que patronos inescrupulosos empleen mecanismos para hacer nugatorio el pago de sus obligaciones patronales en claro detrimento de los derechos laborales del trabajador (…). El dinamismo que caracteriza al derecho laboral en la vida jurídica, determinó al legislador a introducir en el Código de la materia, el artículo 37 del Código de Trabajo, cuya disposición prevé que en casos como éste en donde un tercero asume la posición de empresario, manteniendo la identidad económica de la empresa, se subrogue los derechos y obligaciones laborales preexistentes” (no subrayado en el original). Por su parte, el ordinal 30 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S. es una norma especial para el caso de las obligaciones patronales derivadas de la seguridad social y dice así: “Los patronos al pagar el salario o sueldo a sus trabajadores, les deducirán las cuotas que estos deben satisfacer y entregarán a la Caja el monto de las mismas, en el tiempo y forma que determine la Junta Directiva. El patrono que no cumpla con la obligación que establece el párrafo anterior, responderá personalmente por el pago de dichas cuotas (…). En el caso de traspaso o arrendamiento de una empresa de cualquier índole, el adquiriente o arrendatario responderá solidariamente con el transmitente o arrendante, por el pago de las cuotas obreras o patronales que estos últimos fueren en deber a la Caja, en el momento del traspaso o arrendamiento” (énfasis

suplido). Luego de estudiados minuciosamente los autos, se llega a la conclusión de que en el caso concreto no se está ante el supuesto de una sustitución patronal o transmisión real de la empresa, sino ante un ardid para intentar evadir el pago de la millonaria deuda que ... Ltda. tiene con la entidad demandada (a folios 28-33 del fólder adjunto consta que, al 28 de enero de 1999, dicha empresa se encontraba morosa y estaba al cobro administrativo la suma de ¢18.700.310,50). En aras de una mejor comprensión se presenta la siguiente cita de doctrina: "Con la expresión "cambios no transparentes" se hace referencia a aquellos que tienen lugar por factores o circunstancias de facto advertibles a través de datos o indicios tales como el mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial, que ponen de manifiesto la existencia de un tracto directo entre ambas empresas. Lo característico de estas situaciones es que ese tracto directo o conexión entre los sucesivos titulares no es fácilmente identificable, a diferencia de los cambios transparentes -en los que, externamente, se produce una compraventa, un arrendamiento, una venta judicial, etc.- pero sí reconocible o reconstruíble a partir de indicios que permiten considerar que se está en presencia de una misma empresa que continúa su actividad a cargo de un titular distinto. Un supuesto típico viene constituido por la desaparición de una empresa y la aparición sucesiva de otra, formalmente diferente, pero dedicada a la misma o similar actividad, instalada en los mismos locales y/o utilizando la misma maquinaria, empleando a todos o buena parte de los trabajadores de la anterior, sirviéndose de los mismos proveedores y a los mismos clientes, con coincidencias significativas en su personal directivo o en los detentadores de la propiedad de una y otra empresa. Son estos elementos que, aun sin estar presentes íntegramente en cada caso concreto, pueden llevar a concluir que existe una continuidad en la identidad empresarial que ha tratado de ocultarse fraudulentamente, con titulares formalmente distintos y sin haberse exteriorizado el concreto mecanismo de transmisión de la empresa de uno a otro titular, incluso en ocasiones en las que la primera empresa extinguió los contratos de trabajo (…)" (ALBIOL MONTESINOS (Ignacio) y otros, Derecho del Trabajo, segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.p. 667-668). La sociedad actora ha intentado hacer creer que entre ella y ... Ltda. solo medió una compraventa de algunos bienes muebles, es decir, de unos elementos aislados, y que, por lo tanto, no es posible tener por configurada una transmisión de la empresa. Sobre este tema, explica ALBIOL que: "Existirá la empresa como objeto de la transmisión en cuanto exista identidad de la misma. Entendiéndose dicha identidad como permanencia de la empresa como unidad de factores técnicos, organizativos y patrimoniales, de modo que la empresa permanezca la misma en su consideración objetiva y solo se produzca el cambio en la personalidad del empresario titular. La exigencia de esta identidad de la empresa lleva a despejar un tema evidente: la transmisión de elementos aislados no puede configurar un supuesto de cambio en la titularidad de la misma (...). La identidad de la empresa se va a traducir en la estabilidad de la organización en que consiste" (subrayado por la redactora) (ALBIOL MONTESINOS (Ignacio), Aspectos laborales de la transmisión de la empresa, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984, p. 16). Para demostrar su dicho, la accionante aportó el contrato de compraventa de bienes muebles visible a folio 17 del expediente administrativo, en el cual consta que el 15 de febrero de 1999 los señores … y …, en sus condiciones de apoderados generalísimos sin límite de suma de las sociedades ... Ltda. y ..., respectivamente, comparecieron ante el Notario Público … a efectos de que la primera le vendiera a la segunda, por un precio de 6 millones de colones, los siguientes artefactos: dos tanques aéreos de combustible, una batidora de cremas, una empacadora, un horno, una cremadora, una cortadora, una batidora de pastas, una bomba alimentadora, dos selladoras, un compresor, una bomba para canfín, una máquina de soldar, tres mesas de trabajo, dos extractores, un ventilador, un juego de herramientas, implementos para la instalación eléctrica de los equipos descritos, tres romanas y una cortadora de alambre. La otra prueba que trajo ... para demostrar que lo único que existió fue una compraventa de maquinaria fue el testimonio de ..., quien a folio 153 relató: "Yo conocí a don … porque hubo una reunión con los empleados mediante la cual se nos informó que don … le había comprado a don ... las máquinas para hacer sorbeto". Sin embargo, llama la atención que el contrato de compraventa de bienes muebles se

haya efectuado hasta el 15 de febrero de 1999, es decir, después de la intervención del inspector de la Caja con motivo del trámite de obtención del número patronal por parte de ... (iniciado en enero de ese año), lo que da pie para pensar que el contrato fue fabricado expresamente con la finalidad de sustentar la tesis del traspaso de elementos aislados de la empresa y así evitar que la entidad demandada aplicara la responsabilidad solidaria del artículo 30 su Ley Constitutiva, que exige la transmisión o arrendamiento de la compañía. La falsedad queda al descubierto si se lee la confesión de …, quien a folio 150 señaló: "¿EN QUÉ FECHA EMPEZÓ A FUNCIONAR SU REPRESENTADA? En 1997 o 1998. ¿ANTES DE LA COMPRA DE LAS MAQUINARIAS DE SORBETOS A LA EMPRESA ..., A QUÉ SE DEDICABA SU REPRESENTADA? No tenía actividad. No operaba". Nótese que el confesante ubica el comienzo de operaciones de ... luego de la compra de la maquinaria, y si esta tuvo lugar en febrero de 1999, ello resulta contradictorio con la información que se desprende del recuento de trabajadores que figura a folios 24 y 27 del fólder adjunto, del cual se extrae que ya para el 16 de octubre de 1998 ... ejercía su actividad, pues esa fue la fecha de inicio de labores suministrada por varios de los trabajadores. Otra incoherencia que le resta credibilidad a la parte actora es que en el escrito de descargo de folio 45 del expediente administrativo se aseveró que: "... compró a ... Ltda. alguna maquinaria de las diferentes líneas de producción que tenía dicha empresa" (la cual fabricaba, aparte de sorbetos, bizcochos y galletas, usándose maquinaria diferente para cada uno de esos productos, según se infiere del testimonio de la señora ... a folio 153), mientras que al rendir su confesión (folios 148-152) don … afirmó que: "... compró un equipo a ..., específicamente, el equipo de fabricar sorbetos, no así las máquinas para hacer bizcochos ni galletas que eran otros productos que hacía ...". En realidad, no hubo una mera compraventa de bienes muebles entre las dos compañías, sino algo que iba mucho más allá: la continuación de la actividad de ... Ltda. (si bien reducida a solo una línea comercial, concretamente la de sorbetería) a cargo de ... Es importante destacar que la salida al mercado de la demandante se dio inmediatamente después del cierre de ... Ltda., lo que refuerza la idea de la continuación de la explotación. La actividad siguió siendo la misma (producción de sorbetos), utilizándose para ello las máquinas provenientes de ... Ltda. Con el objeto de ocultar la verdad, en la demanda se sostuvo que ... no fabrica sorbetos, pero en la confesión del señor … este claramente manifestó: "Solo se fabricó un producto con la marca ..., y ese producto eran sorbetos", lo que constituye otra de tantas inconsistencias en que incurrió la accionante a lo largo del proceso que le restan toda veracidad. Agréguese a lo expuesto que la producción siguió bajo la misma marca "...", lo que se comprueba a folio 49 del expediente administrativo, donde aparece una fotocopia del envoltorio de los "wafers" con la insignia de ... y la leyenda "producto centroamericano hecho en Costa Rica por ...", lo que concuerda con la declaración de ... en el sentido de que "se mantuvo la marca ... en los sorbetos". Resulta extraño que en la sede administrativa nunca se dijera que se había adquirido esa marca, pues solo se habló de la compra de la máquina de sorbetos. Tampoco en la demanda se hizo referencia a tal adquisición, ya que más bien lo que se indicó en esa oportunidad fue: "La marca ... no pertenece a ... Ltda. ni nunca ... le compró esa marca a ... Ltda. sino que la usamos porque queremos y nunca nadie nos ha objetado su uso". Posteriormente, en el memorial de folio 120, fue la primera vez que se mencionó la cesión de la marca al expresarse: "lo que se adquirió fue maquinaria y una marca de fábrica, esto es, se adquirieron varios activos", mas no se indicó nada en cuanto a que la marca hubiese sido obtenida de alguien distinto a ... Ltda. Ya en la confesional se señaló: "La marca ... es propiedad de una empresa que se llama … S.A. de la cual yo compré esa sociedad. No preciso la fecha de la compra de esa sociedad. No preciso quién era el dueño de la sociedad …. Entiendo que sus dueños eran personas relacionadas con la sociedad ... Ltda. La adquisición de las máquinas y la marca fue al mismo tiempo". Como se observa, la actora ha ido cambiando la historia en el transcurso del juicio, lo que torna muy cuestionable su versión de los hechos. En todo caso, se echa de menos el documento de la cesión marcaria por cuanto, de acuerdo con los principios de razonabilidad y sana crítica, la confesión solo prueba en contra de los intereses del confesante y a favor del adversario pues, de lo contrario, se estaría dando validez a su propia tesis en juicio (numerales 452 y 493 del Código de Trabajo y doctrina del artículo 338

del Código Procesal Civil). Un aspecto crucial para la correcta resolución de esta litis es que ... no era un tercero ajeno e independiente que siguió con la explotación de ... Ltda., de modo tal que se pueda hablar de un verdadero traspaso de empresa, sino que el dueño de ... Ltda. (la testigo ... identificó como tal a ... al indicar: "Yo laboré como 20 años para ..., propiedad de don ...") siguió interviniendo en el manejo de ... A folio 5 de la carpeta anexa se observa una nota suscrita el 12 de enero de 1999 por …, en su carácter de presidente de ..., dirigida a la C.C.S.S., en la que autorizaba a ... para que, en nombre de su representada, procediese a gestionar la obtención del número patronal por parte de dicha compañía. Al respecto, don … explicó al evacuarse su confesión: "Yo hice esa carta dado que el señor ... dentro de la negociación mercantil se comprometió a ayudarnos en la instalación y puesta en marcha del negocio .... Como parte de la compra de la maquinaria a la empresa ..., esta se comprometió a proveer todo el apoyo necesario en capacitación a los trabajadores y demás que se requiriera para que se pudiera lograr producir sorbetos por parte de mi representada. La compra de esta maquinaria conlleva una serie de espertices (sic) o complejidades para lograr finalmente que se produzca sorbetos. No es como la compra de un automóvil el cual simplemente el comprador echa gasolina y ya. Se requiere, para producir, una serie de asesoramiento y logística necesaria para que las máquinas produzcan". En respaldo de lo anterior, se ofreció la deposición de ...: "No recuerdo cuánto tiempo estuvo don ... ayudando a montar las máquinas de sorbetos. Lo que recuerdo es que don ... tuvo que dejar funcionando adecuadamente las máquinas de sorbetos en Llorente". Resulta razonable que don ... tuviera que dar algún tipo de asesoría en cuanto al funcionamiento de la maquinaria, cuestiones de mercadeo, etc., pero su intervención fue mucho más allá y deja entrever el nexo entre las dos compañías. Por ejemplo, la inscripción patronal ante la Caja era un trámite eminentemente interno de ... que no tenía nada que ver con una eventual asesoría como la descrita y aun así se le encargó al señor .... Es más, don ... incluso llegó a emitir órdenes patronales provisionales para los empleados de ... A folio 50 del expediente administrativo se ve uno de esos comprobantes a nombre de ..., datado 13 de enero de 1999. Ya para entonces, doña … laboraba para ... (de la documental de folios 24 y 27 de ese legajo se infiere que comenzó a trabajar allí el 16 de octubre de 1998) y, aun así, en esa boleta se consignó como patrono a ... Ltda., lo que demuestra el ligamen entre ambas compañías. Luego, a folios 51-53 ibidem hay otras órdenes provisionales a nombre de …, … y …, fechadas 26 de enero de 1999, en donde se indica como patrono a ... En el renglón correspondiente a la firma del patrono o encargado sale la rúbrica de ... (esto se deduce del folio 25 de dicha carpeta, donde aparece la misma firma y el nombre del señor … tachado en el campo correspondiente al recibido del documento, poniéndose en su lugar el nombre de …, aunque la firma que allí se observa no es la de don …, por lo que se concluye que es la de don ..., máxime que en la demanda se expresó: "Es claro que en dicho cargo no se afirma que ... hubiese extendido órdenes provisionales, al contrario, se dice que la orden de marras fue suscrita por ..., quien no es socio ni directivo de .... No se demuestra que al extender el mencionado documento, el señor … estuviera asesorando a ..." -subrayado por la ponente-, lo que constituye un reconocimiento de que tales boletas fueron confeccionadas por don ..., siendo ese un claro indicio de que su participación en la compañía actora no era la de un simple asesor. Además, lo lógico es que una asesoría como la que -se asegura- brindaba don ... se extienda a lo sumo por unos tres meses, mas el testigo …(inspector de la C.C.S.S.) a folio 161 relató: "Fue él -se refiere a don ...- quien me atendió en enero de 1999. Y también fue él quien en octubre de 1999 cuando iba a notificar el traslado de cargo, puso su firma en el acta de notificación, pero luego la tachó y esperamos a que llegara don …". Es más, en el informe de inspección N° S.I.2054-00-I, elaborado el 13 de marzo del 2000, se consignó: "quien manifestó estar realizando un asesoramiento por ... a ... y que a la fecha todavía se mantiene en el centro de trabajo", de lo que se extrae que todavía para el año 2000 el señor … se encontraba en el establecimiento de ..., lo que desvirtúa completamente que su presencia en dicho local fuera a título de un mero asesor, pues, se repite, no es normal que una asesoría de esa naturaleza dure tanto tiempo. Entonces, aunque don ... no figuraba formalmente como representante de ..., sino que como tal fungía el señor … (ver escritura de folio 9 del legajo aparte), siguió en la práctica participando en la

dirección del negocio, lo que impide hablar de una verdadera sustitución patronal. Aunado a lo anterior, de dicha escritura se extrae que cuando … S.A. cambió su nombre a ..., mediante asamblea general celebrada el 28 de octubre de 1998, los socios … y … (que representaban todo el capital social) cedieron sus acciones a … S.A. y a … S.A., sin que pueda descartarse alguna participación accionaria de ... en dichas sociedades. No puede ignorarse que la testigo ... manifestó: "Antes de esta reunión (…) la persona que era mi patrono fue don ... (…). Fue hasta después de la compra de la maquinaria de sorbetos y su reubicación en Llorente que don … pasó a ser mi patrono". A pesar de lo anterior, hay prueba documental de actuaciones típicamente patronales de don ..., si bien es claro que se desempeñaba veladamente como tal con el objeto de no dejar al descubierto el ardid de que hemos venido hablando. En otro orden de ideas, doña ... declaró: "Yo laboré como 20 años para .... La fábrica estaba en San Francisco de Guadalupe. La fábrica de don … se ubica en Llorente de Tibás". El hecho de que el centro de trabajo se haya trasladado de lugar no impide considerar que se haya dado una continuidad del negocio, máxime que, como se apuntó, don ... siguió apersonándose a esas otras instalaciones. Otra cosa que dijo doña ... fue: "La empresa ... era mucho más grande que la empresa de don Mario, tenía más empleados". Pero este tampoco es un factor que destruya la hipótesis de la continuidad ya que lo que pasó fue que se redujo la actividad a solo una línea de producción (sorbetos), dejando de producirse bizcochos y galletas, razón por la cual solo se hizo necesario trasladar a los trabajadores encargados de la fabricación de los sorbetos y no a la totalidad de la planilla. La deponente ... fue clara en esto: "¿EN RELACIÓN CON LOS EMPLEADOS QUE PASARON A LABORAR DE ... A ..., RECUERDA USTED QUÉ PUESTOS O LABORES HACÍAN EN LA EMPRESA ...? Todos trabajaban en la parte de sorbetos con ...". En el escrito de folio 81 del expediente administrativo, ... indicó que 6 de los empleados de ... Ltda. pasaron a su servicio una vez que aquella "cerró", y del recuento de trabajadores de folios 24 y 27 ibidem se extrae que, en octubre de 1998, ... tenía 10 trabajadores, lo que implica que más de la mitad provenían de ... Ltda. Es más, doña ... refirió: "La máquina de sorbetos y la empacadora ocupaba como 6 o 7 personas para su funcionamiento", lo que permite concluir que justamente esas 6 personas fueron las que pasaron a las órdenes de ..., manteniendo sus mismas funciones. La señora ... más adelante informó: "Don ... nos liquidó, nos dio la carta de despido a todos los empleados (…) no se quedó nadie en la empresa y cerró la fábrica .... Don ... me pagó parte de las prestaciones, pero me quedó debiendo una plata". Este hecho no impide estimar que se diera una continuidad respecto de las relaciones laborales de los operarios que pasaron de ... Ltda. a ... En primer lugar, la deponente afirmó que solo se le abonaron parcialmente las prestaciones, lo que denota que no existió una efectiva liquidación. Además. no es raro que una empresa decida cancelar las prestaciones estando vigente el contrato de trabajo para así limpiar el pasivo laboral, sin que ello signifique una solución de continuidad. Asimismo, el que ... Ltda. "liquidase" a esos 6 trabajadores, quienes posteriormente fueron "recontratados" por ..., seguramente formó parte de la maniobra para hacer aparentar que no había ningún nexo entre ambas empresas y así burlar las obligaciones existentes con la Caja. En todo caso, se echa de menos prueba documental sobre la supuesta liquidación que mencionó la testigo, por ejemplo, la carta de despido o el comprobante del pago de las prestaciones. Siempre sobre el mismo tema, doña ... externó: "Yo empecé a trabajar con don … unos 15 o 20 días después de haber sido liquidada por don ...". Esta breve interrupción tampoco implica que no existiere continuidad porque encuentra su justificación en el traslado de la fábrica de Guadalupe a Tibás, siendo evidente que hasta que los equipos no estuviesen instalados en el nuevo local la producción de sorbetos se mantuvo paralizada. Si el artículo 30 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S. se ideó para traspasos verdaderos, con mayor razón se ha de aplicar en caso de un traspaso aparente y, por eso, ... debe responder solidariamente por la deuda que ... Ltda. tiene con la entidad gestora de la seguridad social. Respecto de esa disposición normativa, en el voto N° 136-00 de esta Cámara se resolvió: "(...) una de las razones principales de la existencia de la seguridad social, radica en proteger -real y efectivamente- a los miembros de nuestra sociedad, incentivando políticas e instrumentos públicos que permitan tutelar sus intereses, en caso de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte, accidentes

laborales o enfermedades profesionales. Desde esta perspectiva, uno de los instrumentos jurídicos para hacer posible esa necesaria protección, consiste en el pago de las cuotas patronales y de la deducción de las cuotas de los trabajadores por parte del empleador, tal y como imperativamente lo establece el artículo 30 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. Es cierto que, esa disposición únicamente en caso de omisión, acarrea responsabilidad solidaria del trasmitente o del arrendante -junto con el adquirente o el arrendatario-, en caso de traspaso o arrendamiento de una empresa. No obstante, la Sala es del criterio que esa disposición legal debe ser interpretada, conforme al numeral 10 del Código Civil, o sea, de acuerdo con el espíritu y la finalidad por la cual fue creada. Esta afirmación nos lleva a concluir que el fin primordial de esa normativa especial y específica, es el de evitar que patronos inescrupulosos idearan mecanismos para hacer nugatorio el pago de sus obligaciones, para con la entidad accionada, en injusto detrimento de la finalidad que persigue la seguridad social; sobre la base esencial de la solidaridad (…)" (no subrayado en el original). A modo de observación final, cabe señalar que no se comparten los cuestionamientos que los señores jueces de instancia le hicieron al informe de inspección levantado por la institución demandada pues, para los infrascritos, la investigación administrativa fue bien llevada y el informe está debidamente motivado y sustentado en las probanzas que obran en los autos, por lo que no cabe desconocerle el valor de prueba muy calificada que le otorga el ordinal 20 de la Ley Constitutiva de la Caja (aunque aquí se haya llegado a una conclusión distinta en el sentido de que no existió una verdadera transmisión de la empresa, sino que el traspaso fue ficticio, lo que, no obstante, conlleva al mismo resultado, esto es, la posibilidad de aplicarle la responsabilidad solidaria a la actora).

NORMA DE CONVENCIÓN COLECTIVA QUE SE CONTRAPONE A LEY DE ORDEN PÚBLICO Y PREVÉ PAGO DE CESANTÍA A SERVIDOR DESPEDIDO POR COMISIÓN DE FALTA GRAVE.
VOTO N° 2008-000854
DE LAS 9:30 HRS.
DEL 8 DE OCTUBRE DEL 2008.

III.- SOBRE EL VALOR NORMATIVO DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS: El artículo 62 de la Constitución Política confiere el valor de ley a las normas pactadas entre empleadores y trabajadores mediante una convención colectiva, al señalar, en forma expresa, lo siguiente: "Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados". Por su parte, los artículos 54 y 55 del Código de Trabajo, establecen: "Artículo 54.- Convención colectiva es la que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste. La convención colectiva tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industrias o regiones que afecte./ En toda convención colectiva deben entenderse incluidas, por lo menos, todas las normas relativas a las garantías sindicales establecidas en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificados por nuestro país." (La negrita no es del original) "Artículo 55. Las estipulaciones de la convención colectiva tienen fuerza de ley para: a) Las partes que la han suscrito,...; b) Todas las personas que en el momento de entrar en vigor trabajen en la empresa, empresas o centros de

producción a que el pacto se refiera, en lo que aquellas resulten favorecidas y aun cuando no sean miembros del sindicato o sindicatos de trabajadores que los hubieren celebrado; y c) Los que concierten en los futuros contratos individuales o colectivos dentro de la misma empresa, empresas o centro de producción afectados por el pacto, en el concepto de que dichos contratos no podrán celebrarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en la convención colectiva." (Los destacados son de la redactora). El carácter vinculante, establecido en la Carta Magna y reiterado en el Código de Trabajo, resulta necesario, pues ningún sentido tendrían los acuerdos logrados entre empleadores y trabajadores para solucionar sus conflictos si alguna de las partes pudiera decidir libremente si los cumple o no. Así, en virtud de la naturaleza del convenio colectivo, existe la posibilidad de poder exigir el cumplimiento de lo pactado. No obstante, la fuerza de ley les está conferida en el tanto en que las convenciones colectivas se hayan acordado conforme a la legislación. Se desprende, de lo anterior, una subordinación de estas a la potestad legislativa del Estado. Esta idea también se desprende del texto del párrafo final del artículo 57 del citado Código, cuando señala: "Dicho depósito será comunicado directamente a la Oficina de Asuntos Gremiales y de Conciliación Administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para que éste ordene a las partes ajustarse a los requisitos de ley en caso de que la convención contenga alguna violación de las disposiciones legales del presente Código." (Énfasis suplido). De lo transcrito se deduce que lo pactado en un convenio colectivo no puede ir en contra de lo establecido en la ley; especialmente, cuando esta es de orden público, puesto que los convenios colectivos, en cuanto a su contenido, deben estar sujetos a la normativa legal (artículo 58 del Código de Trabajo) y sirven para superar las garantías mínimas que han sido establecidas por el legislador. Sobre este tema, Cabanellas explica: "...lo vedado, por atentar contra la norma legal, es modificar un precepto de orden público, inderogable por esencia ante la simple iniciativa privada. Hay que respetar, pues, las normas mínimas establecidas... no cabe desconocer preceptos imperativos legales... un convenio aprobado por la autoridad administrativa puede ser desconocido por la autoridad judicial; pues, aunque logren la misma eficacia que una ley, no cabe su oposición con leyes laborales de orden público y, por tanto, inderogables por las convenciones colectivas. De esta manera, a nuestro parecer, si un convenio colectivo, aun aprobado por la autoridad administrativa, es contrario a la ley, no cabe aplicarlo por la autoridad judicial; pues ésta actúa en una esfera distinta, y la aprobación por las autoridades administrativas puede resultar insuficiente para la autoridad judicial... De la misma manera que los contratos individuales de trabajo deben respetar las normas legales de orden público que rijan en esta materia, los convenios colectivos no pueden oponerse a dichas normas, salvo que las mejoren en beneficio del trabajador." (Cabanellas, Guillermo. Derecho Normativo Laboral, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1966, pp. 397-398). En el voto de la Sala Constitucional número 1.355, de las 12:18 horas del 22 de marzo de 1996, sobre este tema, se indicó:

"Por disponerlo así expresamente el artículo 62 de la Constitución Política, las convenciones colectivas de trabajo que se celebren conforme a la ley, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Y como hemos dicho que uno de los objetivos de las convenciones colectivas de trabajo, es revisar el contenido mínimo de los beneficios legales establecidos para los trabajadores, en principio, es posible argumentar que es jurídicamente válido que una convención colectiva pueda introducir modificaciones o reformas de carácter legal. Pero como el artículo 129 de la Constitución Política señala que las leyes son obligatorias y sólo pueden ser derogadas por otra posterior, debemos concluir en que una norma de una convención colectiva no puede quitar vigencia a las leyes ordinarias, sino que, en tratándose de relaciones laborales, de hecho se pueden superar esos mínimos existentes, pero solo para el caso concreto de que se trata, manteniendo la ley su vigencia. Es decir, que las disposiciones normativas de las convenciones colectivas de trabajo, deben ajustarse a las normas legales laborales existentes, las que pueden superar cuando se trata de conceder beneficios a los trabajadores, siempre y cuando no se afecten o deroguen disposiciones de carácter imperativo, con lo que se quiere decir que las convenciones colectivas de trabajo, quedan sujetas y limitadas por las leyes de orden público".

De igual forma, en la sentencia de esta Sala, número 108, de las 9:40 horas del 12 de marzo del 2003, se explicó:

"IV.- Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en los artículos 54 y 55 del Código de Trabajo y en otro de mayor rango, el 62 de la Constitución Política, las estipulaciones contenidas en una convención colectiva, tienen fuerza de ley profesional para las partes que la suscribieron y para aquellas personas que, en el momento de su entrada en vigor, trabajen para la empresa o en la profesión que regula, estén o no sindicalizadas, así como para las que sean contratadas en el futuro, mientras esté vigente. Ese principio implica, básicamente, que, al menos, en la relación jurídica entre los y las servidoras y la entidad patronal, que se encuentran vinculados/as por un acuerdo de esa clase, sus normas se ubican por encima de cualquier otra de carácter estatal, con un rango igual a la ley -formal- y constituyen la fuente primigenia de los derechos y de los deberes laborales. No se trata, claro está, de la derogatoria de la legislación ordinaria, por causa del pacto colectivo, pues aquella sigue siendo plenamente válida y eficaz [numeral 129 de la Constitución Política]. Lo que se produce es, sin duda, su inaplicabilidad al caso concreto, por cuanto resulta vinculante, para éste, la regulación especial de la convención colectiva. Las normas de un negocio jurídico de esta índole tienen, entonces, un rigor excepcional y se imponen, a sus destinatarios, como reglas de orden público, siendo imposible, para ellos, su derogación singular. Por supuesto, para que tal consecuencia se produzca, se requiere que su contenido haya sido elaborado respetando los límites legales y, tratándose del sector público, que se hubiese negociado y acordado con la intervención de todos/as y cada uno/a de los órganos e instancias competentes para hacerlo. Así, un convenio colectivo no puede dejar sin efecto normas de carácter imperativo o prohibitivo, entre ellas las calificadas como de orden público, ni podría ser oponible si se ha pactado sin la participación de quienes, por ley, debieron haber manifestado su asentimiento (ver, sobre el tema, los votos N°s. 119, de las 9:30 horas, del 13 de junio; 138, de las 9:30 horas, del 2 de julio; 145, de las 10:10 horas, del 9 de julio; 320, de las 10 horas, del 17 de diciembre, todos de 1997; y 30, de las 8:40 horas, del 30 de enero de 1998)." También pueden consultarse las sentencias números 2005-353, 2005-361, 2005-362, 2005-907, 2006-350 y 2006-1.062.

IV.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: La competencia de la Sala se reduce a determinar si el señor ... tiene o no derecho a que se le pague el auxilio de cesantía, a la luz del inciso b), del artículo 27 de la Convención Colectiva, que estuvo vigente al momento de concluir su relación de servicio con la entidad demandada. Esto, por cuanto el tema de si el despido fue o no justificado se encuentra precluido, pues tanto la juzgadora de primera instancia como los integrantes del Tribunal señalaron que sí medió justa causa por parte de la empleadora para poner fin a la relación entre las partes, sin que tal aspecto haya sido recurrido ante esta Sala por la parte actora. Si bien en el escrito visible a folios 271- 272 el apoderado especial judicial del demandante señala que ratifica el recurso planteado, lo cierto es que el libelo de folios 258 a 270 no constituyó un recurso ante esta tercera instancia rogada, dado que no solo no se identificó como tal, sino que tampoco se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 557 del Código de Trabajo y, en cualquier caso, fue planteado fuera del plazo legal, con lo que resultaría extemporáneo y, por consiguiente, inadmisible. Además, cabe aclarar que en este asunto no se discute la aplicación, en términos generales, de la convención colectiva al actor, a la luz del voto de la Sala Constitucional, número 4453, de las 14:56 horas del 24 de mayo del 2000 y, por esa razón, no se entra a analizar el caso desde esa perspectiva. De cualquier modo, lo resuelto en esa sentencia no incide en este litigio, pues según lo dispuesto en la parte dispositiva, los efectos del fallo se dimensionaron a la fecha de la publicación de la reseña en La Gaceta, lo cual sucedió hasta el 26 de setiembre del 2001, cuando ya se había producido el despido del accionante. Precisado lo anterior, cabe citar la norma convencional con base en la cual el Tribunal otorgó la cesantía al actor. En forma expresa, el inciso b), del artículo 27 relacionado establecía: "Con el fin de hacer del beneficio de la Cesantía un derecho real, cuando un trabajador sea despedido con fundamento en las causales del Artículo 81 del Código de Trabajo, cumplidos los trámites que al efecto establece esta Convención, la Junta de Relaciones Laborales podrá recomendar al Ejecutivo Municipal el pago de cesantía que se calculará a razón de un mes de salario por cada año o fracción mayor de 6 meses de servicios continuos, sin límite de años. Para que esta recomendación sea vinculante para el

Ejecutivo, la misma deberá ser avalada por la mayoría simple de los miembros de la Junta de Relaciones Laborales presentes en la sesión en que la misma sea emitida." (El subrayado es de quien redacta). De la transcripción hecha se desprende que mediante convención colectiva se otorgó a la Junta de Relaciones Laborales la posibilidad de disponer, con efectos obligatorios, de las consecuencias de una destitución con justa causa y, en el caso concreto, acordó por mayoría pagarle al actor la cesantía, a pesar de haber incurrido en justa causa de despido (folio 112). El recurrente sostiene que la norma es ilegítima, por cuanto excede el contenido normal de una disposición convencional, instrumento que, en su ámbito normativo, debe circunscribirse a superar los derechos mínimos legales previstos por el legislador, sin que resulte válido invadir el campo de competencias asignadas por ley a otros órganos. Analizado el agravio, la mayoría de los integrantes de esta Sala consideramos que lleva razón el representante de la entidad demandada. En reiteradas ocasiones, tanto este órgano como el encargado del control de constitucionalidad han sostenido que no es legítimo que en las convenciones colectivas se incluyan normas que se contrapongan a leyes de orden público, tal y como quedó expuesto en el considerando anterior. En el caso concreto, la Junta de Relaciones Laborales estaría invadiendo una competencia que por ley le corresponde al Alcalde Municipal (artículo 17, inciso k), del Código Municipal), cual es la de intervenir en la potestad disciplinaria, a la que sin duda van ineludiblemente ligados los efectos de una destitución. Así, se estima que no es válido que una decisión de dicha Junta en lo tocante a materia sancionadora pueda vincular al jerarca de una determinada entidad pública. En un asunto similar al que se conoce, esta Sala señaló: "Si tal y como en ese antecedente se indicó, el poder para aplicar el régimen disciplinario en los entes públicos lo detenta siempre el jerarca a nivel administrativo,... en modo alguno puede considerarse aplicable la norma de la Convención Colectiva que vinculaba al jerarca a la decisión de un órgano ajeno en su composición a dicha jerarquía, como lo es la Junta de Relaciones Laborales... Así las cosas, la Junta sólo podría considerarse un órgano consultivo, no vinculante, que de alguna manera contribuye a formar la voluntad patronal y nada más." (Sentencia número 672, de las 9:30 horas del 18 de agosto del 2004). Luego, la Sala Constitucional, en resoluciones también reiteradas, se ha pronunciado en igual sentido. En el voto número 7.085, de las 11:54 horas del 2 de octubre de 1998, apuntó:

En cuanto al criterio que la Sala ha expresado en relación con el contenido de los instrumentos de negociación colectiva y su poder reformador dentro del ordenamiento jurídico, en sentencia No.1355-96 de las 12:18 horas del 22 de marzo de 1996, al examinar la transferencia de la potestad disciplinaria del Ejecutivo Municipal de Goicoechea a una Junta de Relaciones Laborales y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante una convención colectiva de trabajo, se dijo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución Política, las leyes son obligatorias y solo pueden ser derogadas por otra posterior; que la norma de una convención colectiva no puede quitar vigencia a las leyes ordinarias, sino que, en tratándose de relaciones laborales, se pueden superar los mínimos existentes, pero solo para el caso concreto, manteniendo la ley su vigencia; que las disposiciones normativas de las convenciones colectivas deben ajustarse a las normas laborales existentes, las que pueden superar cuando se trata de conceder beneficios a los trabajadores, siempre y cuando no se afecten o deroguen disposiciones de carácter imperativo; que las convenciones colectivas de trabajo quedan sujetas y limitadas por las leyes de orden público; que la convención colectiva no puede tampoco reformar la ley ordinaria que confiere atribuciones a órganos constitucionales, ni otras disposiciones legales, que no tienen que ver con el contenido de los contratos individuales de trabajo; que al Ejecutivo Municipal, que forma parte del gobierno local, es administrador general y jefe de las dependencias municipales, no se le puede privar de tal condición, transfiriendo todo el poder disciplinario a una Junta de Relaciones Laborales, creada por una convención colectiva, sin infringir los principios de autonomía municipal y de exclusividad en la formación de las leyes (artículos 121 inciso 1) y 170 de la Constitución Política); que la Junta de Relaciones Laborales en su papel de comisión de garantía encargada del cumplimiento de la convención y demás normas reguladoras de las relaciones entre la institución y los servidores, no va más allá de su condición de órgano consultivo o de control, sin

atribuciones decisorias. A pesar de que el supuesto que corresponde la sentencia antes referida se diferencia de la situación que ahora se examina en que, por un lado, la transferencia del poder disciplinario se había efectuado mediante convención colectiva, no como en este caso, por convenio conciliatorio, y por otro, la Municipalidad como entidad de descentralización territorial, regulada en la Constitución Política, goza del régimen de autonomía ahí dispuesto, situación que no era del todo clara en relación con la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, y que finalmente se definió con la promulgación de la Ley No.7789 de 30 de abril de 1998, es válido utilizarla como precedente, pues en sus considerandos hace referencia no solo al caso específico de transferencia de competencias propias de instituciones autónomas a otros órganos mediante convención colectiva, sino al supuesto más general de traslado, mediante convención colectiva, de atribuciones conferidas por ley a determinado órgano. Tampoco resulta un obstáculo que impida utilizar el precedente el hecho de que en aquel supuesto se tratara de una convención colectiva y en este de un convenio conciliatorio, ya que más bien la convención goza del carácter de ley entre las partes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política, en tanto que el convenio conciliatorio es un mecanismo de negociación y resolución de conflictos laborales colectivos de rango exclusivamente legal. De ahí que si en el supuesto de convención colectiva la Sala interpretó que no podía modificar preceptos imperativos, con más razón tratándose de un convenio conciliatorio dicha modificación no era posible.../ De ahí que resulte claro que desde que se constituyó la Sociedad de Servicios Públicos de Heredia, la potestad disciplinaria fue materia reservada al Gerente, dentro del marco más amplio de su condición de administrador de la empresa. En ese sentido, del texto de la Ley No.5889 de 8 de marzo de 1976, no se puede razonablemente inferir que el legislador haya querido establecer un régimen donde dicho administrador compartía sus atribuciones con los trabajadores o con un órgano de la Administración Central, a saber, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; por el contrario, la competencia disciplinaria y la potestad de remover a los trabajadores de su puesto es una atribución conferida por ley exclusivamente al Gerente de la Empresa... Lo cierto es que dicha transferencia se produjo claramente con infracción también del principio regulado en los artículos 12.1 y 59 de la Ley General de la Administración Pública, que dispone que la competencia de los órganos a los que se atribuyen potestades de imperio debe ser regulada por ley, entendiendo ley como norma emanada de la Asamblea Legislativa por el procedimiento establecido al efecto. Con la modificación sustancial de la competencia que la ley otorga al Gerente de la Empresa, se produce a su vez, por vía de convenio conciliatorio, una usurpación de funciones propias del legislador, lo que causa la inconstitucionalidad que aquí se declara, [...] (De esa Sala también pueden consultarse las sentencias 1996-1.355, 1999-5.445, 2001-11.946, 2004-6.843, 2007-18.485 y 2008- 3.936).

Aparte de las razones expuestas, existe un motivo adicional que impediría conceder al actor el auxilio de cesantía. La Sala Constitucional ha establecido que resultan contrarias al Derecho de la Constitución aquellas cláusulas normativas que prevean el pago de la cesantía a los servidores que han sido despedidos por la comisión de una falta grave. Esa decisión es compartida por quienes suscribimos este voto; pues, lo contrario, en el fondo, conllevaría excepcionar la aplicación del régimen disciplinario respecto de quienes han procedido contra los intereses de la entidad pública en la que laboren, concediéndoles un derecho que no les corresponde por haber incurrido en alguna de las causas por las cuales la ley dispone la pérdida del mismo. Así, se tiene que en la sentencia número 17437, de las 7:35 horas del 29 de noviembre del 2006, aquella Sala indicó: “Por otro lado, tampoco se encuentra justificación alguna para lo dispuesto en el inciso c) del artículo 161, en el tanto se permite el pago del auxilio de cesantía aun en los casos de despido con justa causa. Tal como lo dispone el numeral 63 constitucional ya comentado, la indemnización está prevista para los casos de despido sin justa causa, pues es una consecuencia lógica del rompimiento del contrato de trabajo por decisión unilateral del patrono. Sin embargo, en aquellos casos donde el rompimiento del contrato de trabajo obedece a una causa imputable al trabajador, no se justifica el pago del auxilio de cesantía, pues no existe una causa que lo legitime. Así las cosas, este Tribunal estima inconstitucional lo dispuesto en epígrafe iv del inciso a), el epígrafe v del inciso b) y la totalidad del inciso c) en cuanto exceden

el parámetro de veinte años que esta Sala ha estimado razonable como tope por concepto de cesantía y por permitirse el pago aun en los casos de despido con justa causa." (También puede consultarse la sentencia 1002, de las 14:55 horas del 23 de enero del 2008).

V.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con las razones expuestas, debe revocarse el fallo recurrido y confirmarse el de primera instancia.

Los suscritos magistrados Julia Varela Araya y Óscar Ugalde Miranda salvamos el voto y lo emitimos de la siguiente manera: (…)

ÚNICO: Los suscritos Magistrados nos apartamos del criterio de mayoría por cuanto, a nuestro juicio, el inciso b) del artículo 27 de la Convención Colectiva no transfiere la potestad disciplinaria del Alcalde a la Junta de Relaciones Laborales, por cuanto la decisión de despedir sin responsabilidad patronal compete exclusivamente al primero, sin que la Junta pueda hacerle ninguna recomendación vinculante al respecto. Por ende, no resultan aplicables al caso concreto los antecedentes jurisprudenciales invocados por el recurrente, lo que, a su vez, impide desaplicar en el sublitem el artículo 27 inciso b) convencional con base en el numeral 8 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo que establece la disposición convencional en cuestión es una ventaja para los trabajadores consistente en que, por vía de excepción, al ser despedidos con justa causa (como ocurrió en el caso concreto), puedan disfrutar del auxilio de cesantía -aspecto que sí puede serle perfectamente vinculante al Alcalde-, para lo cual se enumeran varios requisitos: en primer lugar, que la Junta de Relaciones Laborales así lo recomiende, lo que es potestativo para ella (es decir, puede ser que en determinado caso no lo avale, lo que desvirtúa que se trate de un verdadero derecho real, pues en tal hipótesis el pago de la cesantía procedería siempre, fuere cual fuere el motivo de finalización del vínculo); en segundo término, para que esa proposición obligue al Alcalde, tiene que acordarse por mayoría simple de los miembros de la Junta presentes en la sesión correspondiente. Como en el subjúdice se cumplieron todas esas exigencias (ya que, de 12 integrantes presentes, 10 apoyaron la moción y solo 2 se opusieron, ver folio 6), no podía el Alcalde apartarse de esa recomendación, ni siquiera motivando su decisión en la indiscutible gravedad de la falta, ya que la norma convencional -que tiene fuerza de ley, por lo que debe ser respetada- no prevé esa posibilidad de disenso. Debe destacarse la amplia mayoría que obtuvo la moción en el seno de la Junta de Relaciones Laborales, órgano que tuvo la posibilidad de conocer mucho más de cerca los hechos que rodearon este asunto, sin que los infrascritos contemos con mayores elementos que sus integrantes para decidir sobre la conveniencia o no de dicha recomendación, que hizo surgir a favor del actor un derecho subjetivo. Como corolario de lo expuesto, denegamos el recurso incoado, procediendo a confirmar la sentencia impugnada.

LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DE BIENES GANANCIALES. RECONOCIMIENTO DE LABORES AGRÍCOLAS DE CÓNYUGE EN INMUEBLE DONADO.
VOTO N° 2008-000534
DE LAS 10:00 HRS.
DEL 25 DE JUNIO DEL 2008.

(...) El recurrente protesta la decisión del Tribunal que declaró el derecho de la actora a participar en la mitad del valor neto sobre las mejoras introducidas por su trabajo, en la finca matrícula número … de la provincia de Guanacaste, porque sostiene que la pretensión propuesta en la demanda fue en relación con el crédito hipotecario inscrito registralmente, al margen del citado inmueble. La proposición de este agravio, no es de recibo. El derecho cuya declaratoria se pretende en la demanda, tiene como finalidad la determinación y fijación del derecho a gananciales de las partes, según el régimen dispuesto por el ordenamiento jurídico. La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha reiterado el carácter personal o de crédito del derecho a gananciales, en tanto lo que la ley otorga es una participación sobre el valor neto de los bienes con esa vocación. En la demanda, la actora reconoció expresamente que al actor le fue donado el inmueble de la provincia de Guanacaste, matrícula …; lo cual torna evidente que esa sola circunstancia excluye la condición de ganancialidad de ese bien (artículo 41 del Código de Familia) y por lo mismo, todo posible

derecho de la actora, a participar en su valor neto. Sin embargo, la actora expresamente señaló que luego de haberla adquirido, aún por donación, ella trabajó en ese inmueble por 17 años y por ello le corresponde "AL MENOS COMO PARTE DE MI MITAD EN LA PLUSVALÍA QUE ME CORRESPONDE" (ver folio 18). Aunque posteriormente, hiciera la expresa petición de que se declarara su derecho a la totalidad del crédito hipotecario inscrito al margen de ese inmueble; ello no puede interpretarse en el sentido de que restringió en esa medida, el derecho al cual se siente merecedora, sino como un mecanismo por el cual, pretende que se le haga efectivo su derecho, es decir, inscribiéndose su nombre como acreedora de ese crédito; petición que no es legalmente posible atender en esos términos, porque eso no lo autoriza el numeral 41 de repetida cita (folio 19). Además, por tratarse de un derecho al valor de todos los bienes gananciales adquiridos durante la vigencia de la relación matrimonial, la declaración que se haga no puede ser restrictiva, es decir, no limita ni coarta la posibilidad de que en el futuro, también se intente la liquidación del derecho sobre bienes que se demuestre, sean de esa naturaleza. De esta forma, si la actora alegó y demostró, las circunstancias fácticas que fundamentan su derecho a la mitad de las mejoras introducidas a ese inmueble, con su trabajo, a partir de 1988 y hasta el año cuando concluyó su convivencia con el demandado, no cabe duda que la declaratoria realizada en ese sentido, es del todo procedente y por lo mismo, el reparo de incongruencia es inatendible, en tanto lo resuelto se enmarca dentro del conjunto de los hechos, de la pretensión y de la defensa, propuestas por las partes.

IV.- DE LA VIOLACIÓN AL NUMERAL 41 DEL CÓDIGO DE FAMILIA: El recurrente protesta la violación del numeral 41 del Código de Familia porque estima que la actora no alegó ni tampoco demostró el supuesto que autorice la liquidación anticipada de bienes gananciales. Tal argumento, no resulta de recibo. Según se advierte del escrito de demanda, la actora expresamente adujo la interposición de un "Juicio abreviado de liquidación previa de bienes gananciales"; pero además, tal pretensión se desprende y deduce del fundamento fáctico mencionado y de la expresa petición liquidatoria. En efecto, en el cúmulo de hechos se indica que actora y demandado son dos personas unidas en matrimonio, pero separadas de hecho por situaciones de violencia doméstica y en donde la actora hace evidente que el demandado se encuentra disponiendo de bienes respecto de los cuales ella estima que tiene derecho. Es ese estado de riesgo, el supuesto necesario para un proceso de esta naturaleza, siendo en sentencia donde corresponde a quien juzga, definir si de acuerdo con el resultado de las probanzas, la petición es o no procedente. A lo anterior se suma, la circunstancia insoslayable de la falta de oposición que a ese respecto hiciera el demandado, al contestar la acción. En su defensa únicamente limitó su oposición, a la extensión y a los límites del derecho peticionado. De esta manera, hubo una aceptación implícita para que se procediera a la liquidación anticipada de gananciales, lo que aunado a la constatación de la venta efectuada por el demandado, tornó evidente, la procedencia de la solicitud. En este aspecto se debe ser enfático en que, de acuerdo con el contenido del numeral 41 del Código de Familia, la liquidación anticipada de gananciales viene dispuesta para aquellas situaciones en que los intereses del cónyuge corren el riesgo de ser comprometidos por una mala gestión o bien, por actos que amenacen burlarlos. La norma no limita la demanda a los actos de disposición de bienes gananciales, porque la ganancialidad será un aspecto que declare la sentencia, al resolver el fondo del asunto, como sucedió en este caso. Aún cuando la parte recurrente no protesta en forma concreta, las razones de fondo de la declaratoria hecha a favor de la actora, es necesario hacer la siguiente observación. En nuestro sistema jurídico, el régimen patrimonial sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio -se ha dicho- es el de participación diferida en el valor neto sobre los bienes gananciales. La ganancialidad viene dada como una presunción, respecto de los bienes constantes en el patrimonio de cada uno de los cónyuges, porque supone que fueron adquiridos con el esfuerzo común de ambos, en la natural convivencia del proyecto de vida familiar. De esta manera, el Código de Familia sólo se preocupa en calificar los bienes que no tienen la vocación ganancial, precisamente porque reconoce que en su adquisición no participó la institución matrimonial como tal. De esta forma, el Código excluye, los inmuebles adquiridos por causa de donación, como lo fue el inmueble de interés para esta causa, inscrito bajo la matrícula Nº …, de la provincia de Guanacaste, que le fuera donado al demandado.

Sin embargo, la pretensión de la actora no es sobre el fundo en sí mismo considerado, sino sobre el mayor valor que su trabajo le introdujo al inmueble, durante el tiempo que perduró su convivencia con el demandado. Y es que, los testimonios recibidos, son contestes en señalar que, además del trabajo propio a las labores domésticas, doña ...realizó un trabajo conjunto con el demandado, en las labores agrícolas de esa finca. Esta era entonces, su empresa familiar, a la que dedicaban su esfuerzo conjunto con el fin de beneficiarse también en forma conjunta, bien a corto, mediano o largo plazo, pues de lo contrario, ninguna causa obligaba a la actora a desgastarse en tales faenas. Desconocer el trabajo de la actora y decir que ella no tiene derecho porque el inmueble como tal, le fue donado únicamente al demandado, sería desconocer injustamente el trabajo y los esfuerzos de una persona, lo que aún bajo la égida del Derecho del Trabajo sería inadmisible; además de que se gestaría un evidente enriquecimiento sin causa a favor del demandado, lo que el Derecho tampoco autoriza por abusivo (artículo 22 del Código Civil). Si de ordinario, la jurisprudencia ha reconocido que la atención de las labores del hogar y cuido de la familia, normalmente asumidas por la cónyuge, son parte de ese esfuerzo conjunto que otorga el carácter ganancial a los bienes introducidos en el patrimonio del cónyuge adquirente; con mucho más razón ha de reconocérsele a la actora el derecho declarado por el Tribunal, cuando es claro que además de sus labores domésticas en la atención de su familia, también participó personalmente en las faenas agrícolas requeridas por la citada propiedad. Por esa razón, es innegable el derecho que tenía la actora para accionar en esta vía a fin de hacer efectiva la defensa de sus intereses. Ese estado de cosas evidencia que la violación reclamada, del numeral 41 del Código de Familia, por supuesta aplicación e interpretación indebida, no se ha dado y por lo mismo, en este aspecto, el recurso no tiene cabida.
(…)

VI.- Por las consideraciones expuestas, al no ser de recibo las violaciones de ley argumentadas en el recurso, éste debe ser denegado, con sus costas a cargo de quien lo interpuso (artículo 611 del Código Procesal Civil).-

CÁLCULO DE LA DIFERENCIA POR AUXILIO DE CESANTÍA. VOTO N° 2007-000794 DE LAS 9:00 HRS. DEL 31 DE OCTUBRE DEL 2007.

I.- Se tuvo por acreditado y no ha sido impugnado en esta instancia, que el actor se vinculó laboralmente con la Municipalidad demandada desde el día 16 de noviembre de 1976 hasta el 1° de febrero del 2005. La relación terminó por cuanto se acogió a una pensión por vejez. El último puesto que ocupó fue el de operativo municipal 1-B en Alcantarillados Sanitarios, con un salario promedio en los últimos seis meses de la relación de doscientos sesenta y nueve mil seiscientos noventa y cuatro colones con sesenta céntimos (hechos probados identificados con los números 1 y 2 según la reformulación que hace la sentencia de segunda instancia). Además, cabe destacar que su nombramiento fue en propiedad según puede constatarse en la acción de personal de folio 6. Por considerar que la Municipalidad le pagó sólo ocho meses de salario por concepto de auxilio de cesantía, en vez de doce como lo establecía la convención colectiva de trabajo y, además, se equivocó al hacer el cálculo correspondiente, partiendo de una base salarial errónea, incluyó como pretensiones de su demanda las siguientes: "A-) El pago de 4 meses de auxilio de cesantía a razón de ¢269.694.60, lo que da un monto de ¢1.078.778.40, tal como era la costumbre a derechos adquiridos de buena fe, y a los alcances del inciso B del artículo 50 de la convención colectiva de trabajo, firmada por los sindicatos y la Municipalidad de Alajuela en 1998. B-) El pago de ¢381.126.30, que corresponde a la aplicación del fraccionamiento del auxilio de cesantía y al hacerse el cálculo con un salario menor, al del promedio de los últimos seis meses, esto en base a los 8 meses de auxilio de cesantía que me pagaron. C-) El pago de los intereses de todas las sumas adeudadas, hasta su cancelación. D-) El pago de ambas costas de esta acción" (folios 17 y 18). La parte accionada opuso la excepción de falta de derecho (folios 26 a 30). La sentencia de primera instancia declaró parcialmente con lugar la demanda y condenó a la Municipalidad a pagarle al señor ... un millón setenta

y ocho mil setecientos setenta y ocho colones con sesenta céntimos por auxilio de cesantía, equivalentes a los cuatro períodos pendientes de reconocimiento conforme al artículo 50 de la convención colectiva. Respecto de esa cantidad concedió intereses legales a partir de la fecha de finalización de la relación hasta su efectivo pago. Resolvió el asunto sin especial condena en costas (folios 48 a 56). El Tribunal de segunda instancia conoció del asunto con motivo del recurso de apelación planteado por la parte actora. En lo que fue objeto de impugnación revocó ese pronunciamiento, para condenar a la demandada a cancelarle al actor por diferencia de auxilio de cesantía calculada sobre ocho meses de salario, la suma de trescientos ochenta y un mil ciento veintiséis colones con veintiún céntimos e intereses sobre esa cantidad en los mismos términos y condiciones en que fueron concedidos en la sentencia apelada para el otro extremo acogido (folios 74 a 77). Ante la Sala la parte demandada invoca un incorrecto cálculo de la diferencia por auxilio de cesantía, al no haberse tomado en cuenta lo dispuesto por la Ley de Protección al Trabajador, que modificó el artículo 29 del Código de Trabajo. Con base en esa normativa sostiene que no se reconoce ya un mes de salario por cada año laborado, sino, una porción de ese salario según el número de años trabajados. Agrega que tampoco se tomó en consideración el contenido de su Transitorio IX. Para la parte recurrente, como el actor se pensionó a partir del 1° de febrero del 2005 cuando ya había entrado a regir la aludida normativa (1° de marzo del 2001), el auxilio de cesantía debía calcularse tomando en cuenta la ley vigente antes de la reforma, respecto de cuatro años y un mes laborados; así como la legislación reformada, respecto de los tres años y once meses trabajados con posterioridad a la vigencia de la nueva normativa. Por otro lado, alega la incorrecta interpretación de la naturaleza de la relación de empleo entre el señor ... y la demandada, a la luz de lo dispuesto por el Voto de la Sala Constitucional número 4453 de las 14:56 horas del 24 de marzo del 2000. Según el recurso, tratándose de funcionarios municipales e independientemente de que el trabajador realice o no función pública, sus relaciones de empleo son públicas conforme el Código Municipal. En consecuencia, considera que el fallo impugnado no se ajusta a derecho, al confirmar una pretensión del actor fundada en un instrumento que no sólo no está vigente, sino, que fue declarado inconstitucional en cuanto a sus alcances, por estar referido a una relación de empleo público. Con base en esas consideraciones pide se revoque el fallo recurrido.

II.- Según puede apreciarse la sentencia de primera instancia acogió la pretensión principal de pago de cuatro meses adicionales de salario por concepto de auxilio de cesantía, a la luz de lo dispuesto en el artículo 50 de la Convención Colectiva. El Tribunal conoció del asunto, sólo en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, por cuanto la impugnación de la demandada se declaró extemporánea (folio 70). De la relación de los artículos 597, 598 y 608, todos del Código Procesal Civil, aplicables a la luz de lo dispuesto por el numeral 452 del de Trabajo, se desprende que no pueden ser objeto de recurso las cuestiones que no hayan sido propuestas oportunamente por los litigantes. En ese sentido el numeral 598 indicado establece que no puede interponer el recurso la parte que no hubiere sido apelante ni adherente respecto de la sentencia de primera instancia "… cuando la del tribunal superior sea exclusivamente confirmatoria de aquella". Como la sentencia del Tribunal varió el pronunciamiento del a quo únicamente para conceder la cantidad de trescientos ochenta y un mil ciento veintiséis colones con veintiún céntimos e intereses respecto de ella, por diferencia de auxilio de cesantía calculado sobre ocho meses de salario; la parte demandada sólo tiene legitimación para recurrir ante la Sala en cuanto a esa variación. De ahí que no puedan entrarse a conocer los agravios relacionados con la naturaleza jurídica de la relación entre las partes y la aplicación de la convención colectiva, sustento del reconocimiento hecho por la sentencia de primera instancia de la cantidad de un millón setenta y ocho mil setecientos setenta y ocho colones con sesenta céntimos y sus intereses.

III.- Conforme con lo que viene expuesto, procede entrar a analizar si la sentencia impugnada incurrió en error al conceder la suma de trescientos ochenta y un mil ciento veintiséis colones con veintiún céntimos e intereses respecto de ella, por diferencia de auxilio de cesantía calculado sobre ocho meses de salario. Se reprocha la inobservancia del contenido del Transitorio IX de la Ley de Protección al Trabajador. La mayoría de la Sala estima que en el caso concreto, la aplicación del transitorio cede ante la existencia de una norma

particular entre las partes que regula el pago del auxilio de cesantía. Tómese nota que la discusión del tema de la convención colectiva se tuvo por precluido. El artículo 50 de la Convención Colectiva, establece "derecho a una indemnización de un mes de salario (auxilio de cesantía) por cada año de servicios hasta un máximo de doce años". (Lo negrita y subrayado no es del original). El Tribunal tuvo por acreditado que la relación inició el 16 de noviembre de 1976 y concluyó el 1 de febrero del 2005, contando el actor con una antigüedad superior a los veinte años; el promedio salarial fue de ¢269.694,60. Así las cosas, es correcto concluir que por los ocho meses de salario por concepto de cesantía liquidados inicialmente al actor, se le debió cancelar la suma de ¢2.157.556,80 céntimos -producto de multiplicar el salario promedio por 8- de los cuales solamente percibió el monto de ¢1.776.430,59, dándose la diferencia de ¢381.126,21, cuyo monto se le adeuda al actor. De ahí que, no incurrió en error el Tribunal, al reconocer esa cantidad.

IV.- Conforme con lo que viene expuesto, en lo que ha sido objeto de agravio procede confirmar la sentencia impugnada

El suscrito Magistrado, disiente del voto de mayoría de esta Sala, con fundamento en las siguientes consideraciones:

I.- El Sistema Centralizado de Recaudación, previsto en la Ley N° 7983, del 16 de febrero del 2000, Ley de Protección al Trabajador, publicada en el Alcance N° 11, a La Gaceta N° 35, del 18 de febrero siguiente, entró en vigencia en el mes de marzo del 2001. Esa normativa vino a reformar el numeral 29 del Código de Trabajo, que regula el cálculo por auxilio de cesantía, estableciendo distintas reglas para esos efectos. Ese numeral reformado por la indicada Ley, reza: "Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por despido injustificado o algunas de las causas previstas en el artículo 83 u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, un importe igual a siete días de salario. 2. Después de un trabajo continuo mayor de seis meses pero menor de un año, un importe igual a catorce días de salario. 3. Después de un trabajo continuo mayor de un año, con el importe de días de salario indicado en la siguiente tabla: a) AÑO 1 19, 5 días por año laborado b) AÑO 2 20 días por año laborado o fracción superior a seis meses c) AÑO 3 20,5 días por año laborado o fracción superior a seis meses d) AÑO 4 21 días por año laborado o fracción superior a seis meses e) AÑO 5 21,24 días por año laborado o fracción superior a seis meses f) AÑO 6 21,5 días por año laborado o fracción superior a seis meses g) AÑO 722 días por año laborado o fracción superior a seis meses h) AÑO 8 22 días por año laborado o fracción superior a seis meses i) AÑO 9 22 días por año laborado o fracción superior a seis meses j) AÑO 10 21,5 días por año laborado o fracción superior a seis meses k) AÑO 11 21 días por año laborado o fracción superior a seis meses 1) AÑO 12 20,5 días por año laborado o fracción superior a seis meses m) AÑO 13 y siguientes 20 días por año laborado o fracción superior a seis meses. 4. En ningún caso podrá indemnizar dicho auxilio de cesantía más que los últimos ocho años de relación laboral. 5. El auxilio de cesantía deberá pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro patrono". Por su parte, en lo que interesa el Transitorio IX, de esa Ley N° 7983, establece: "La reforma del artículo 29 del Código de Trabajo ordenada en el artículo 88 de esta ley entra a regir el día de vigencia del sistema. Para los trabajadores con antigüedad acumulada al día de vigencia del sistema, que cesen en su relación de trabajo con derecho a cesantía de conformidad con la legislación vigente, se seguirán las siguientes reglas: a) Cuando el trabajador tenga menos de ocho años de servicio después de la vigencia del sistema, el patrono pagará un monto compuesto por la suma resultante de la indemnización por el tiempo servido antes de la vigencia de esta ley, según las reglas del artículo 29 del Código de Trabajo que se modifica en esta ley, y por la indemnización correspondiente al tiempo servido con posterioridad a esa vigencia ...". Según se dijo, don ...le prestó servicios a la accionada en el periodo comprendido entre el día 16 de noviembre de 1976 y el 1° de febrero del 2005. El Tribunal tuvo por acreditado un promedio salarial de ¢269.694,60. El Sistema Centralizado de Recaudación, previsto en la Ley N° 7983 entró en vigencia el 1° de marzo del 2001, por lo que debe concluirse que el demandante trabajó para la Municipalidad antes y después de esa fecha. Por otro lado, el tiempo laborado con posterioridad a dicha

reforma es menor a ocho años; lo cual debe tomarse en consideración con lo analizado en el sentido de que no puede variarse lo resuelto, por estar precluido, respecto del tema de los cuatro salarios adicionales por auxilio de cesantía concedidos para llegar al tope de doce reconocido en la convención colectiva. No obstante, sí es equitativo y en eso lleva razón la parte demandada, aplicar la mencionada ley como se dirá, para el cálculo de las diferencias concedidas también por concepto de auxilio de cesantía por los restantes ocho años laborados, entendiéndose que la Municipalidad ha trasladado desde el 1 de marzo del 2001 (fecha de su entrada en vigencia) el 3% calculado sobre el salario mensual al Fondo de Capitalización Laboral correspondiente al servidor, punto concreto en el que me aparto de la tesis del voto de mayoría. Así, para calcular lo que le correspondería por los últimos ocho años con anterioridad al indicado 1° de marzo, el actor había laborado 4 años y 1 mes y con posterioridad 3 años y 11 meses. Por los primeros 4 años, le corresponde un mes de salario por cada uno, lo que arroja como resultado: ¢1.078.778,40. Por la etapa de transición tiene derecho a: ¢22.474,55 (respecto del mes trabajado antes de la reforma) y ¢164.813,36 (por los once meses trabajados con posterioridad a la reforma). Lo anterior suma un total de: ¢187.287,91. Por el período laborado luego de la transición (tres años), tiene derecho a sesenta días de salario, lo que equivale a la suma de ¢539.389,20. El total que debió cancelarse por auxilio de cesantía fue de: ¢1.805.455,50. Como según se tuvo por acreditado, al actor se le canceló por ese concepto ¢1.776.430,00, se le quedó adeudando la suma de ¢290.255,00. De ahí que, considero que incurrió en error el Tribunal al reconocer una diferencia de ¢381.126,21, por dicho renglón.

II- Conforme con lo que viene expuesto, en lo que ha sido objeto de agravio estimo que procede modificar la sentencia impugnada en cuanto reconoció la cantidad de trescientos ochenta y un mil ciento veintiséis colones con veintiún céntimos por diferencia del auxilio de cesantía calculado sobre ocho meses y, en su lugar, se debe condenar a la demandada a pagar la suma de doscientos noventa mil doscientos cincuenta y cinco colones por diferencias en el pago de cesantía correspondiente a los ocho últimos años de la relación laboral.

PENSIÓN POR VIUDEZ A CÓNYUGE DE FALLECIDO QUE PADECÍA DE ALCOHOLISMO.
VOTO N° 2007-000879
DE LAS 12:20 HRS.
DEL 14 DE NOVIEMBRE DEL 2007.

I.- ANTECEDENTES: El 2 de marzo del 2004, la señora ... gestionó administrativamente para que se le concediera una pensión por viudez, derivada de la muerte de quien en vida fue su cónyuge, el señor ..., acaecida el 17 de febrero del 2004 (folios 24-26). Su gestión fue denegada mediante resolución de la Sucursal de Tres Ríos, número 0079, del 1° de abril del 2004, al considerarse que no estaba en los supuestos del artículo 9, incisos a) y b) del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte, por cuanto no dependía económicamente del fallecido (folio 46). Lo resuelto fue apelado por la demandante (folio 50), pero la Gerencia de División de Pensiones, mediante resolución número 25.652, de las 13:54 horas del 14 de julio del 2004 confirmó la decisión de la Sucursal y dio por agotada la vía administrativa (folio 56). Por consiguiente, la actora planteó la demanda, con el fin de que se condene a la Caja Costarricense de Seguro Social a otorgarle una pensión por viudez a partir del momento en que falleció su cónyuge. Reclamó también el pago de los intereses legales sobre las cuotas no pagadas oportunamente y ambas costas (folios 1-4). La representante de la entidad demandada contestó negativamente y opuso las excepciones de falta de derecho y falta de legitimación. Señaló que la situación de la señora ... no se enmarcaba en los requisitos previstos en el artículo 9 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte. Agregó que quedó acreditado que medió separación de hecho desde el año 2000 y que el causante no le brindaba pensión alimentaria ni ayuda económica voluntaria que cubriera al menos el cincuenta por ciento de las necesidades de la petente (folios 17-20). En primera instancia se declaró sin lugar la demanda y se resolvió sin especial condena en costas (folios 76-80). El fallo fue apelado por la actora (folios 83-85), mas la Sección Cuarta del Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José lo confirmó (folios 89-92).

II.- LOS AGRAVIOS DE LA RECURRENTE: La apoderada especial judicial de la señora ... muestra

disconfomidad con lo decidido por el órgano de alzada. En primer lugar, señala que para la decisión de este asunto debe tomarse en cuenta el carácter universal de los seguros sociales y que estos se financian mediante una contribución tripartita, de trabajadores, empleadores y el Estado, pero en el fondo la contribución de estos últimos es ficticia y el pueblo, constituido por una gran cantidad de trabajadores, es quien termina pagando la contribución, de forma tal que aún aquellas personas que no han sido trabajadoras asalariadas y no han pagado cuotas al seguro social terminan contribuyendo al financiamiento del régimen, mediante el consumo de bienes y servicios y el pago de impuestos indirectos, por lo que deben tener algún derecho. En segundo lugar, manifiesta que aunque se afirma que la demandada es la encargada de la administración y gobierno de los seguros sociales, en la realidad ha perdido su rumbo, convirtiéndose en una recaudadora irregular de recursos para el gobierno y propiciando negocios para entes privados, restrigiendo los beneficios de aquéllos para los que fue creada. Tal circunstancia resulta palpable en los estudios actuariales realizados y en el propio reglamento que disminuye sensiblemente los beneficios en favor de los asegurados, estableciendo una cuota aún fraudulenta para el Estado. Por consiguiente, no resulta procedente una aplicación llana del reglamento, pues contraviene normativa de naturaleza protectora de mayor rango. Por último, considera que para la correcta solución de la litis, debe tenerse en cuenta la finalidad de los seguros sociales a la luz de la circunstancias de la actora. En ese sentido, apunta que esta se vio obligada a separarse de su cónyuge por el serio problema de alcoholismo que este padeció y por ello no le exigió que cumpliera con su obligación alimentaria, prefiriendo valerse por sí misma, a pesar de su avanzada edad, lo que no puede servir de justificación a la demandada para omitir el pago del derecho que ahora reclama. Con base en esos argumentos, pretende que se revoque la sentencia recurrida y se declare con lugar la demanda (folios 100-103).

(...)

IV.- SOBRE LOS REQUISITOS PARA LA PENSIÓN POR VIUDEZ: El artículo 9 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte es el que establece los requisitos que deben cumplirse para que pueda ser otorgada una pensión por viudez. Dicho numeral, en lo que interesa, y según la redacción aplicable, señala:

"Tiene derecho a pensión por viudez:

1) El cónyuge del asegurado fallecido o de la causante según las siguientes condiciones:

a. …

b. Cuando hubiere separación judicial o de hecho, el cónyuge sobreviviente deberá probar que el asegurado fallecido le satisfacía una pensión alimenticia en una cuantía acorde con las necesidades básicas de subsistencia.

Se entenderá cumplido este requisito si se comprueba que la pensión que realmente satisfacía el causante al momento de su deceso satisfacía al menos el 50% de las necesidades del beneficiario.

…"

En el caso bajo análisis, la demanda ha sido declarada sin lugar al considerarse que el fallecido no satisfacía a la actora pensión alimentaria ni ayuda económica voluntaria y que ella no dependía económicamente de su cónyuge, cuales son los requisitos reglamentarios establecidos para poder acceder al beneficio por viudez. Analizada la situación, a la luz de las condiciones particulares y excepcionales de la demandante, se considera que lo resuelto debe revocarse, con base en las razones que de seguido se exponen. En primer lugar, tal y como lo apunta la recurrente, se tiene que después de muchos años de convivencia, más de cuarenta -contrajeron nupcias el 19 de marzo de 1955-, la actora se vio obligada a separarse de su marido, dado el grave problema de alcoholismo que este enfrentaba, pero especialmente ante la pérdida de la casa que habitaban debido a un incendio, cuya responsabilidad inclusive la señora ... se lo atribuye al causante. Durante el matrimonio procrearon cuatro hijos y una hija. Está claro que la demandante tuvo que trabajar con el fin de velar no solo por su subsistencia, sino por la de su marido y la de los y la hija comunes, dado que por aquella enfermedad el fallecido no tenía estabilidad laboral y consumía sus ingresos en la manutención del vicio que desdichadamente lo afectaba a él y sin lugar a dudas a toda su familia, al grado de que a veces sustraía cosas de la casa, con el fin de venderlas y saciar su

vicio. Véase que el estudio social realizado refiere que el último trabajo del causante fue en 1987, señalando la actora que labora confeccionando tamales desde hace como veinte años, lo que coincide aproximadamente con el momento en que su cónyuge perdió el trabajo en forma definitiva. Así convivieron hasta el año 2000 en que se separaron por aquel suceso, lo que dejó a la demandante en una situación económica mucho más gravosa. Negar la pensión en un caso como este es castigar dos veces injustamente a la señora ..., quien en vida de su cónyuge necesitaba de su colaboración o apoyo económico, obligación que él no asumió en razón de la enfermedad que padeció (véanse al respecto los artículos 11, 34 y 35 del Código de Familia, que establece las obligaciones de los cónyuges). Sin lugar a dudas ella fue una víctima del alcoholismo de su esposo y mantenerla en esa situación es reproducir a futuro la seria afectación patrimonial que en vida de aquél sufrió, a pesar de su necesidad. Los hechos acreditados y la realidad social demuestran que para la accionante y su núcleo familiar era muy necesario el aporte económico que el fallecido debió dar. Ante su ausencia, la actora quedó obligada a procurar por su sustento y el de sus hijos e hija, pero ello no significa que no dependiera de la ayuda económica que le hubiera podido brindar su cónyuge, lo que sin lugar a dudas redundó en muchas carencias. En el caso, la señora ... no demandó el pago de la pensión alimentaria por razones evidentes de imposibilidad de cumplimiento por parte de su esposo, pues reclamarla hubiera implicado el apremio corporal del fallecido, dada la dejación de obligaciones y responsabilidades que va aparejada con el padecimiento del alcoholismo. Mas esa omisión no significa que no la necesitara. El requisito de la pensión, en este particular caso, debe analizarse a la luz de la necesidad efectiva que la demandante tenía de disfrutarla, dado que los ingresos que lograba con su labor de confección y venta de tamales resultaban escasos y aún son exiguos -de siete mil colones por semana-, al grado de que prácticamente no alcanzan para cubrir las necesidades básicas de cualquier persona. Luego, aún y cuando hubiera recibido dicha pensión, no hubiera podido prescindir de su labor, dado que el monto percibido por el causante era escueto, de tan solo cuarenta mil colones aproximadamente y la eventual pensión debía ser proporcional a sus posibilidades, según los principios que rigen la materia alimentaria. El Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte lo que procura es que los sobrevivientes no queden en situación de desamparo al ocurrir el fallecimiento de la persona asegurada con derecho a disfrutar de los beneficios del régimen. En este caso, la demandante sufrió el desamparo por parte de su marido durante la vida de este, por el problema de salud ya dicho. Teniendo necesidad de soporte económico se vio privada del mismo, a costa de importantes sacrificios y limitaciones. Por consiguiente, no puede adoptarse una solución que contraríe la finalidad de la normativa, es decir, no puede mantenerse a la accionante en esa situación de desamparo, cuando la esencia o el espíritu del reglamento procura lo contrario y así lo exige el principio de solidaridad social que inspira esta materia. Sobre ese tema, resulta de interés lo indicado por la Sala Constitucional en la sentencia número 8013, de las 16:23 horas del 21 de julio del 2004: “El propósito del constituyente al diseñar el sistema de seguridad social en nuestro país fue garantizar a todos los ciudadanos que el Estado, a través de la Caja Costarricense de Seguro Social, les otorgaría al menos los servicios indispensables en caso de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte. El artículo 73 de la Constitución Política, interpretado armónicamente con el artículo 50 idem, consagra el Derecho de la Seguridad Social. Este derecho supone que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos de manera que garantice la asistencia y brinde las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad para preservar la salud y la vida. El ámbito subjetivo de aplicación del derecho de la seguridad social incorpora el principio de universalidad, pues se extiende a todos los ciudadanos, con carácter de obligatoriedad. El ámbito objetivo parte del principio de generalidad, en tanto protege situaciones de necesidad, no en la medida en que éstas hayan sido previstas y aseguradas con anterioridad, sino en tanto se produzcan efectivamente. Además, incorpora los principios de suficiencia de la protección, según módulos cuantitativos y cualitativos y de automaticidad protectora, lo que se traduce en la adecuada e inmediata protección en materia de enfermedad, invalidez, vejez y muerte. / Los artículos 50 y 73 de la

Constitución Política, 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpretados de manera armónica, establecen el derecho a la seguridad social en beneficio de todos los trabajadores, informado en los principios de universalidad, generalidad, y suficiencia de la protección. Evidentemente, la prestación de tales servicios está condicionada a la existencia de algunos requisitos mínimos, pero básicos y necesarios para la subsistencia del sistema, los que sin embargo, deben ser coherentes con los principios antes mencionados". (En igual sentido, también puede consultarse la sentencia de esa misma Sala, número 9196, de las 14:54 horas del 4 de julio del 2006). Expuesto lo anterior, cabe indicar que el requisito de la pensión alimentaria que prevé el inciso b) del artículo 9 del citado Reglamento, así como lo relacionado con el porcentaje ahí indicado, debe tenerse por cumplido en atención al criterio de necesidad de la actora y a sus exiguos ingresos, según lo explicado. Debe entenderse, además, que la normativa está prevista para regular casos que se suceden dentro del ámbito de la normalidad, es decir, en el contexto de una familia o un matrimonio funcional, mas el presente caso, sin duda, se trata de una situación excepcional, donde la cónyuge más bien estuvo obligada a asumir la manutención propia, de los hijos comunes y hasta del propio fallecido, dado el grave padecimiento de alcoholismo que lo afectaba, por lo que la norma debe interpretarse a la luz de esas particularidades. Finalmente, cabe señalar que esta Sala tuvo la oportunidad de conocer un asunto que presentó algunas características muy similares a las que aquí se conocen, concluyendo que la pensión sí resultaba procedente. En ese sentido, en la sentencia número 29, de las 9:00 horas del 31 de enero se indicó:

"Un mal personal del marido, como lo fue el alcoholismo, de enorme e indeseable trascendencia social, según es de dominio público, afectó a la familia... en los términos que han quedado explicados. Si constitucionalmente la familia, la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido merecen la protección del Estado y los seguros sociales tienen por fin la seguridad para el trabajador y su familia, en las situaciones de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte (artículos 51 y 53 de la Carta Magna), no es justo invocar aquella situación patológica familiar, con la consiguiente deficiencia y anormalidad en el cumplimiento de las obligaciones del marido, para privar a la viuda del derecho a sucederlo en la pensión que aquel recibía y, de ese modo, sustituir la ayuda que en vida de don..., recibía de él. Lo contrario equivale a empeorar su situación, pues si antes, a raíz del expresado mal social, estuvo parcialmente al descubierto de las obligaciones del marido, ahora lo quedaría del todo. Finalmente, es bueno agregar que la circunstancia de que la actora se viera obligada a trabajar para complementar la subsistencia de la familia, tampoco puede verse negativamente, pues a ello se vio compelida por la mencionada situación patológica; amén de que, como esposa y como madre, también estuvo obligada al sostenimiento del hogar (artículo 35 del Código de Familia)".

V.- CONSIDERACIONES FINALES: Se estima que no resulta necesario hacer referencia al otro agravio planteado por la recurrente, pues con base en lo indicado, procede revocar parcialmente el fallo impugnado, denegar las excepciones de falta de derecho y falta de legitimación, para declarar con lugar la demanda incoada por la señora ... contra la Caja Costarricense de Seguro Social. Debe condenarse a la entidad accionada a otorgarle una pensión por viudez, a partir de la fecha del fallecimiento de su cónyuge -17 de febrero del 2004- y debe condenársela a pagar intereses legales sobre las rentas vencidas, según la tasa prevista en el artículo 1163 del Código Civil, a partir del momento en que cada una resultó exigible y hasta su efectivo pago. Por último, en cuanto a las costas, se considera que debe confirmarse lo decidido sobre este punto, pues en aplicación de los artículos 494 y 495 del Código de Trabajo en relación con el numeral 222 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en esta materia, es dable interpretar que la parte demandada procedió con evidente buena fe procesal. +

(...)

El suscrito Magistrado disiente del voto de mayoría de esta Sala, en cuanto revoca parcialmente la sentencia recurrida y condena a otorgar a la actora la pensión reclamada. Lo anterior con base en las siguientes razones:

La Caja Costarricense de Seguro Social es la encargada de la administración y el gobierno de los seguros sociales, pudiendo establecer, como tal, los parámetros necesarios, en cuanto a los requisitos y condiciones de ingreso, permanencia y disfrute de los distintos regímenes. Sobre el punto esta Sala ha señalado lo siguiente:

"…A la luz de lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución Política, la Caja Costarricense de Seguro Social es la institución autónoma encargada de la administración y el gobierno de los seguros sociales. El artículo 3° de su Ley Constitutiva, establece que la Caja determinará reglamentariamente los requisitos de ingreso a cada régimen de protección, así como los beneficios y condiciones en que éstos se otorgarán. El órgano contralor de constitucionalidad ha estimado que la regulación reglamentaria de esas exigencias no violentan el aludido precepto constitucional. Así, en el Voto N° 1147, de las 16:00 horas del 21 de setiembre de 1990, expresó: "III.- En primer lugar, la Sala declara que sí existe un derecho constitucional y fundamental a la jubilación, a favor de todo trabajador, en general; derecho que, como tal, pertenece y debe ser reconocido a todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 33 y 73 de la Constitución, ... Esa conclusión se confirma en una serie de principios y normas internacionales de derechos humanos, que tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma, (reformado por la Ley Nº 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28, 29 y 30 -así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre Seguridad Social, Nº 102 de la OIT, ...VII.- ... En realidad, no se ignora que el de jubilación, como cualquier otro derecho, está sujeto a condiciones y limitaciones, pero unas y otras solamente en cuanto se encuentren previstas por las normas que las reconocen y garantizan y resulten, además, razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin. Esto no es otra cosa que expresión de un conocido principio del Derecho de los Derechos Humanos, que puede denominarse de proporcionalidad, y que se recoge, en general, como condición sine qua non de las limitaciones y restricciones a tales derechos autorizadas excepcionalmente por los propios textos que los consagran; principio que se encuentra enumerado, por ejemplo, en los artículos 29.2 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales…". (Resolución N° 2003- 00403, de las 9:40 horas del 8 de agosto del 2003).

En ese orden de ideas, existen límites y condiciones razonables para quienes se acojan al Régimen, los cuales, la actora debió necesariamente cumplir para tener derecho a la pensión por viudez pretendida, al amparo de la reglamentación emitida por la demandada. Así, se han promulgado sucesivos reglamentos para regular el seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. El vigente actualmente fue aprobado por la Junta Directiva de la Caja (artículo 14, inciso f) de su Ley Constitutiva), en las Sesiones números 6813 (artículo 11), 6822 (artículo 52), 6891 (artículo 35), 6895 (artículo 19) y 6898 (artículo 8), celebradas, por su orden, los días 24 de marzo y 28 de abril de 1994; 10 y 24 de enero y 7 de febrero de 1995; y comenzó a regir a partir del 1° de febrero de 1995. Este último regula el caso sometido a estudio, en su artículo 9, el cual ha sufrido varias reformas. Su texto vigente a la fecha de la muerte del causante establecía, en lo que interesa, lo siguiente: "Tiene derecho a pensión por viudez: 1) El cónyuge del asegurado fallecido o de la causante según las siguientes condiciones: a) El cónyuge sobreviviente que haya convivido en forma continua y bajo el mismo techo y además haya dependido económicamente del fallecido, mientras no contraiga nuevas nupcias, ni entre en unión libre. b) Cuando hubiere separación judicial o de hecho, el cónyuge sobreviviente deberá probar que el asegurado fallecido le satisfacía una pensión alimenticia en una cuantía acorde con las necesidades básicas de subsistencia. Se entenderá cumplido este requisito si se comprueba que la pensión que realmente satisfacía el causante al momento de su deceso satisfacía al

menos el 50% de las necesidades del beneficiario ...". …". (énfasis suplido).

La sentencia recurrida confirmó la denegatoria de la pensión. Para ello aprobó el pronunciamiento de hechos probados, que contiene la sentencia del A Quo, por ser fiel reflejo del material probatorio. Sobre ese cuadro fáctico el Tribunal coincidió con la tesis del Juzgado, pues el Reglamento aplicable exige al cónyuge sobreviviente demostrar que el fallecido le satisfacía una pensión alimentaria acorde con el 50% de sus necesidades básicas de subsistencia como mínimo y la convivencia en forma continua y bajo el mismo techo, según el artículo 9. Además, como indicó el Tribunal, sobre este punto la Sala Constitucional ha señalado que:

"La pensión por viudez no es un efecto, en sentido estricto, del matrimonio, es decir, no es la condición de esposo o esposa del fallecido la que genera el derecho a la pensión, sino el hecho de haber convivido, o al menos dependido económicamente de aquél. El importe de la pensión pretende sustituir la ayuda que el fallecido otorgaba a las personas que de él dependían, sean o no cónyuges, de manera que no queden en una situación de indigencia. Por ello, la exigencia de que los posibles beneficiarios demuestren la dependencia económica es una restricción razonable para cumplir el fin de esta prestación social y por ello es acorde con el Derecho de la Constitución" (Voto N° 378, de las 14:37 horas del 16 de enero del 2001).

Por lo que se trata de límites y condiciones reglamentarios, razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin; y que por eso, y mientras no sean modificados por la Caja Costarricense de Seguro Social, los tribunales no pueden desaplicar, toda vez que no han sido declarados contrarios a la ley, la Constitución, ni los Convenios Internacionales. Aparte, en el considerando 4, el Tribunal señala que en la apelación la apoderada de la actora acepta que en los últimos años antes de fallecer el cónyuge de ella, no vivieron juntos por el problema de alcoholismo que padecía don ... y que éste no le daba manutención alguna a la actora, y que de ello se puede concluir que la representante legal no objeta la ausencia de los dos requisitos que exige el Reglamento sobre la materia. Y que, como lo anterior coincide con el material probatorio, quedó demostrado que en los últimos años ya no vivían juntos; y que la actora no dependía económicamente de su esposo. Esa conclusión es compartida por el suscrito Magistrado pues a pesar de lo que ahora se arguye, de que la actora se vio obligada a no convivir con su marido, por el alcoholismo; igualmente se admite que nunca le exigió que compartiera con ella la pensión que recibía, como era su derecho; y más bien prefirió valerse por sí misma, cosa que efectivamente hizo pues tal y como se verá, en sede administrativa confesó que siempre ha trabajado haciendo tamales; y que tiene 20 años de dedicarse a esa actividad. Por lo que no es cierto, -al menos no como se señala-, que prefiriera valerse por sí misma a pesar de su avanzada edad. Analizadas las probanzas de acuerdo a las reglas de la sana crítica (artículo 493 del Código de Trabajo), no queda más que avalar el pronunciamiento del Tribunal. En efecto, en la solicitud de pensión la señora ... confesó que al momento de la muerte de su esposo se encontraban separados de hecho desde hacía 4 años; y que éste vivía en San Juan de Tres Ríos, con una hermana y ella en San Diego, Tacora; y que no le suministraba pensión alimentaria (folios 25-26). Al llenar el formulario "Declaración Jurada para el Cónyuge sobreviviente" manifestó que a la fecha de fallecimiento su cónyuge vivía en San Juan de Tres Ríos, La Unión, Cartago, con "hermanos"; que estaba separada de hecho desde abril 2002; que a partir de la separación ella vivió en San Diego, La Unión, Cartago, con una hija, con la cual vive actualmente; que no recibía pensión alimentaria por sentencia firme, ni recibía ayuda económica voluntaria de su cónyuge; y que "El motivo de la separación se dio por que mi esposo era una persona alcohólica" (folios 25-32). La sucursal de La Unión solicitó estudio bajo el detalle siguiente: "favor investigar por cuanto existe separación desde hace 4 años, según indica en declaración jurada fue a causa de alcoholismo. Nota: el señor vivía con una hija en San Juan 400 MTS Sur de la iglesia" (folio 37). En la declaración ante el Trabajador Social, la actora manifestó: "Yo, ... manifiesta haber sido la esposa del fallecido ..., con quien me casé el 19 de marzo de 1955. Procrié 4 hijos y una hija con él, sus nombres y edades son: ...de 48 años, … de 46, … de 44 años, … de 42 y … de 38, todos de apellidos ..... Mi

esposo era alcohólico, durante 15 años yo lo mantuve, después de 45 años de matrimonio me separé de él, lo hice cuando me quemó la casa, cuando falleció teníamos 4 años de separados. El vivía en un cuarto que le hizo una hermana …, vecina de San Juan, La Unión. Después que yo lo dejé votado (sic) él se pensionó creo que recibía como ¢40.000,. De esa pensión no me ayudaba con nada, retiraba la pensión y él mismo día en la tarde andaba pidiendo para comprarse un cigarro. Yo, siempre he trabajado haciendo tamales tengo 20 años de dedicarme a eso, de ello me queda un promedio de ¢7000 por semana. Mis gastos son: ¢2435 de teléfono, ¢2075 de electricidad, ¢1620 por agua, ¢6000 por semana en alimentos. Nadie me ayuda, yo vivo de lo que yo haga. Vivo en casa que es de mi nieto...desde hace 4 años" (folio 45). En la declaración ante el Trabajador Social, la hija de la actora, manifestó: "…Yo, ...como hija del fallecido, ..., puedo manifestar que fue casado con mi mamá, ..., con la cual vivió durante 45 años, procrearon 4 hijos y yo, todos somos mayores de edad, ninguno es inválido con vidas independientes. Mi papá era enfermo alcohólico de su último trabajo que fue en el Banco Popular lo despidieron por su enfermedad. Durante más de 15 años mi mamá lo mantuvo, incluso él le robaba las cosas de la casa para venderlas y así poder tomar. Cuando mi papá murió tenía 4 años de separado, después de la separación se pensionó. Pero de ella no ayudaba con nada a mi mamá, mi mamá siempre ha trabajado para satisfacer sus necesidades" (folio 43). La recomendación del Informe de Trabajo Social indica: "Se considera que la solicitante no se ajusta a los requisitos del artículo 9 del reglamento del régimen de IVM, por cuanto se encontraba separada de hecho de su esposo, no recibía ayuda voluntaria de parte de él y tampoco pensión alimentaria dictada por sentencia firme. Por otra parte ante el fallecimiento la solicitante no quedó desprotegida por cuanto ella tiene sus propios medios de subsistencia bajo los cuales se mantiene desde hace 20 años" (folios 39-42). De acuerdo con dicho Informe, es claro que en los últimos 4 años ya no vivían juntos; y que tampoco dependía económicamente de su esposo; pues como ella misma dijo "… yo vivo de lo que yo haga…" y reafirmó su hija, "…mi mamá siempre ha trabajado para satisfacer sus necesidades.. La sucursal de La Unión denegó el derecho al tener por demostrado de acuerdo con dicho informe y demás documentos, que: "La señora ... ...no se ajusta al artículo 9 inciso a y b del reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte, estaba separada de hecho, no recibía ayuda voluntaria ni pensión alimenticia dictada por sentencia firme, Por otra parte ante el fallecimiento la solicitante no quedó desprotegida por cuanto ella tiene sus propios medios de subsistencia bajo los cuales se mantiene desde hace 20 años" (folio 46). La comisión de apelaciones le pidió a la Dirección Jurídica que emitiera criterio a la luz del artículo 9 del reglamento, bajo las siguientes consideraciones: "Con base en la documentación que consta en el expediente y de conformidad con el informe social realizado el 30 de marzo del 2003 (sic) se determinó que el asegurado fallecido era alcohólico, por lo cual la solicitante se encontraba separada de hecho desde hacía 4 años, luego de que el fallecido, supuestamente quemara la casa de la señora .... En el folio 22, en el apartado de conclusiones, párrafo IV, del Informe Social se indica "Posterior a la separación de hecho, de acuerdo a lo manifestado por la viuda, don ... se pensionó y pese a contar con esos ingresos nunca brindó ayuda económica a ella, es muy probable que el problema de salud no se lo permitía, por cuanto su prioridad era saciar su vicio", por cuanto pese a ese juicio de valor, la recomendación se torna ambigua. Llama la atención a los miembros de esta Comisión que no exista toma de declaraciones a vecinos y otros conocidos pues únicamente existe declaración de la solicitante y de una hija de ambos. Se hace alusión a un ingreso de ¢7.000,00 semanales por parte de la viuda solicitante, con la cual a criterio del trabajador social Lic. …, puede satisfacer sus propias necesidades" (folio 52). Y la Dirección Jurídica contestó: "De acuerdo al Informe Social y las declaraciones de la solicitante y la hija, entre la pareja se dio una separación de hecho de 4 años y de 15 años de no darse dependencia económica de la solicitante hacia el fallecido, sino que se dio al revés. Estamos de acuerdo con que la jurisprudencia establece el otorgamiento del beneficio en casos de alcoholismo, pero no encuentro su aplicación al caso que nos ocupa, pues se trata de una situación consolidada por el transcurso del tiempo, en que antes del fallecimiento del pensionado la viuda mantiene su misma condición de vida, en lo económico no se ve afectada, y lo más importante es que no queda desprotegida. No hay que olvidar que el objetivo de la pensión por muerte es la de reparar las consecuencias económicas que la muerte del asegurado o pensionado

produce en el núcleo familiar. En todo caso el recurso de apelación presentado por la solicitante no aporta otros elementos de juicios que hagan variar lo resuelto hasta este momento. La prueba más importante es la declaración tomada a la señora ... y a su hijo, con lo cual considero innecesario ampliar el informe social. En conclusión, recomiendo confirmar la denegatoria de la pensión" (folios 53-54). En virtud de lo anterior la Gerencia de División de Pensiones declaró sin lugar la apelación y dio por agotada la vía administrativa, para lo cual consideró: "Que con vista en todos los elementos de juicio remitidos, así como los documentos que obran y forman parte integral del expediente de pensión creado al efecto, se ha determinado que mediante informe social de fecha 30 de marzo del 2004 así como su declaración, se tiene la certeza de que usted se encontraba separada de hecho de su esposo desde febrero del 2000, además no recibía ninguna clase de ayuda voluntaria y tampoco pensión alimentaria dictada por sentencia firme, no se demuestra desprotección en su caso dado que como lo indica usted tiene 20 años de trabajar vendiendo tamales, lo que le permite tener sus propios medios de subsistencia para sus necesidades básicas. Ante esta situación continúa sin ajustarse a lo que establece el artículo 09, punto N° 1 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte, para optar a una pensión por viudez" (folio 56). En efecto, al solicitar la pensión la actora manifestó que su esposo era alcohólico; y que más bien ella lo mantuvo durante 15 años; que tenían 4 años de separados cuando falleció; que fue después que lo dejó botado que él se pensionó; que de esa pensión no le ayudaba con nada; que siempre ha trabajado haciendo tamales; que tiene 20 años de dedicarse a eso; y que nadie la ayuda sino que vive de lo que hace (folios 44-45); y así lo confirmó su hija al manifestar que su madre mantuvo a su padre durante más de 15 años, quien al fallecer tenía 4 años de separado; que fue después de la separación que se pensionó pero que de esa pensión no ayudaba a su mamá con nada y más bien ésta siempre ha trabajado para satisfacer sus necesidades; todo ello lleva al convencimiento, del suscrito Magistrado, de que la actora no reunió los requisitos reglamentarios para tener derecho a la pensión pretendida; pues si bien no se exige que la ayuda del esposo sea continua o que la manutención del hogar sea en términos absolutos, si se exige que, salvo en algunos lapsos de alcoholismo, el marido haya prestado ayuda a su esposa; y nada de eso consta en autos. Por el contrario, lo que se desprende es que la actora estuvo separada de hecho de su esposo por cuatro años, encontrándose en dicha situación al momento del deceso de éste, de quien no dependía económicamente, en lo absoluto; pues este no le daba pensión alimentaria, ni tampoco recibía de él alguna ayuda económica, y más bien aquella tenía sus propios medios de subsistencia. Con base en lo explicado, considero que la sentencia impugnada merece confirmarse.

DESPIDO DE FUNCIONARIA PÚBLICA POR TRABAJAR PARA EMPRESA OFERENTE EN PERÍODO DE PERMISO SIN GOCE DE SALARIO. VOTO N° 2008-000155 DE LAS 9:50 HRS. DEL 27 DE FEBRERO DEL 2008.

III.- SOBRE EL PROCEDIMIENTO QUE DIO LUGAR AL DESPIDO DE LA ACTORA: Por medio de oficio N° DGH 26-2000 de 1 de febrero de 2000, el titular de la Dirección General de Hidrocarburos puso en conocimiento de la Ministra de Ambiente y Energía el acuerdo adoptado por el Consejo Técnico de Hidrocarburos en el artículo 6 del acta de sesión ordinaria celebrada el 20 de enero de 2000, en el cual en lo conducente se estableció: "Por último, se conoce informe de la Comisión de Evaluación sobre la participación de la Licda. ...en el trámite de la Segunda Ronda de Licitación de Hidrocarburos. Ante las conclusiones a que se arriban en el mismo, el Consejo Técnico de Hidrocarburos adopta el ACUERDO NÚMERO TRES: encargar al Director General el que comunique la situación presentada con la participación de la Licda. ...en la Segunda Ronda de Licitación de Hidrocarburos a la Sra. Ministra del Ambiente y Energía". En dicho oficio, después de efectuar el planteamiento, se concluyó: "…No obstante lo anterior se mantendría la incertidumbre o cuestión de la participación de la Licda. ...y la aplicabilidad del régimen de prohibición de la Ley de Contratación Administrativa, por cuanto la ineficacia determinada del poder que le fuera otorgado, implica que los actos ejercidos bajo ese poder son considerados legalmente inexistentes e ineficaces" -énfasis agregado- (folios 99

a 103). Una vez efectuado el estudio administrativo del expediente de la Dirección General de Hidrocarburos, se determinó por parte del Departamento Legal del Ministerio que "La conducta seguida por la señora … contraviene las normas mínimas de ética y lealtad hacia la institución rompiendo toda relación de confianza con el servidor, violentando los deberes propios de un servidor público, como lo disponen los artículos 7 y 10 del Reglamento Autónomo de Servicio de este Ministerio que establece los principios éticos de la función pública y el deber de lealtad, como también se violenta el artículo 24 incisos 10, 25 y 29 en relación al patrocinio, violación al régimen de prohibición y comportamiento laboral desleal e indeseable, por lo que lo procedente salvo mejor criterio, es realizar las diligencias ante la Dirección del Servicio Civil para que se despida a la funcionaria sin responsabilidad patronal dada la gravedad de las faltas cometidas" (énfasis agregado). Lo anterior se acordó así por cuanto se tuvo por establecido que la figura de las licencias hasta por 6 meses para la atención de asuntos personales del servidor, contemplada en el Estatuto de Servicio Civil y el Reglamento, mantiene la relación laboral, pues sólo se hace uso de un derecho en forma temporal, razón por la cual se considera que la Licda. ... violó el artículo 18 inciso a) del Decreto Ejecutivo N° 22614-H que dispone la prohibición a los beneficiarios de asesorar o ejercer en forma liberal funciones iguales o similares a las del cargo que ostentan, toda vez que una vez que obtuvo la licencia gestionó como apoderada de la empresa dentro del expediente administrativo. Dicha situación fue comunicada a la jerarca del Ministerio mediante oficio N° DAJ-193 de 21 de febrero de 2000, recibido el 23 de febrero (folios 20 a 22 y 118 a 120). El 3 de marzo de 2000, una vez tomada la decisión de acudir a la vía prescrita por los artículos 43 y siguientes del Estatuto del Servicio Civil en relación con los numerales 90 y siguientes del Reglamento de esa Ley, contra la Licda ..., en razón de su participación en el trámite de Licitación Petrolera N° 2, la Ministra le solicita a la Licenciada … del Departamento Legal del Ministerio del Ambiente y Energía que en conjunto con el Director del Departamento de Recursos Humanos formule el comunicado que en su condición debía remitir a la Dirección General de Servicio Civil (véase oficio DM-480-2000 visible a folio 19). Con base en ese documento, el 13 de marzo de 2000, la Ministra del Ambiente y Energía, realizó la gestión contra la accionante, solicitando el cese sin responsabilidad (folios 13 a 18). Así en oficio N° DAJ-266 de fecha 9 de marzo de 2000, doña … solicitó expresamente: "Con fundamento en con los artículos 7, 10, 24 incisos 1), 10), 25) y 29), 105, 106 y 113 del Reglamento Interno de Trabajo, en los artículos 2, 3, 18 inciso a), 20 y 21 del Decreto Ejecutivo No. 22614-H que regula lo relativo al régimen de Prohibición en razón de la profesión y los artículos 43 y siguientes del Estatuto de Servicio Civil en relación con los numerales 90 y siguientes del Reglamento a esa Ley solicito se despida sin responsabilidad patronal a la funcionaria .... Así mismo, si al vencerse el permiso de licencia sin goce de salario -15 de abril del 2000- esta gestión aún no hubiera obtenido fallo firme, solicito se suspenda a la funcionaria ... en sus funciones como asesora legal de la Dirección de Hidrocarburos, de conformidad con el artículo 90 inciso b) del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil". Por otro lado, mediante oficio N° DAJ-292 del 14 de marzo de 2000 -presentado a la Dirección de Servicio Civil, el día 16 de marzo de 2000-, se aclaró el escrito inicial sobre los fundamentos legales de la gestión de despido contra la accionante (folios 11 y 12). El 20 de marzo del 2000, la Dirección General de Servicio Civil puso en conocimiento de la señora ... la gestión de despido (Resolución de las 15:00 horas, del 14 de marzo de 2000, véase folio 10). Esta última contestó el 3 de abril rechazando los cargos y solicitando "a-Se declare la prescripción de la gestión de despido establecido por la señora Ministra de Ambiente y Energía/ b) De (sic) declare sin lugar la gestión de despido por carecer de fundamento legal la misma" (folios 80 a 92). Mediante oficio N° DAJ-472 del 25 de abril de 2000, la señora Ministra ante audiencia conferida en resolución de las 9:00 horas, del 12 de abril de 2000 (ver folio 139), se refirió a la excepción de prescripción opuesta por la actora, pretendiendo que se declarara sin lugar esa defensa, pues se había actuado dentro del plazo de ley; ratificando en ese mismo documento lo expresado en su escrito inicial respecto de la conducta reprochada seguida por la señora ... (folios 104 a 109). El Tribunal de Servicio Civil mediante resolución N° 9572, de las 12:40 horas, del 22 de junio de 2000, declaró improcedente la excepción de prescripción opuesta por la

accionada en su escrito de contestación y declaró con lugar la gestión promovida por la Ministra del Ambiente y Energía para despedir a doña …, de su puesto de profesional jefe 1, especialidad derecho, sin responsabilidad para el Estado; autorizando al Poder Ejecutivo para realizarlo (folios 133 a 138 bis). El 23 de agosto de 2000, la actora solicitó adición y aclaración de la anterior resolución (folios 140 a 143). El 1 de setiembre de 2000, ese órgano rechazó por improcedente el recurso de aclaración y adición presentado por la señora ... (véase resolución de las 8:35 horas, del 1 de setiembre de 2000, a folio 146). Posteriormente, en oficio N° DRH-1708 del 5 de setiembre de 2000, el Coordinador de Recursos Humanos del Ministerio de Ambiente y Energía le comunicó a la Licda. ... el cese de su nombramiento en propiedad en el puesto 56195, clasificado como Profesional Jefe 1 (G. de E.) Derecho, a partir del 7 de setiembre de 2000, conforme a lo dispuesto en resolución N° 9572 del 22 de junio de 2000 dictada por el Tribunal de Servicio Civil (folio 144) y por medio de oficio N° DRG-1724 de 12 de setiembre de 2000 se le comunicó a la actora que en virtud de lo decidido por dicho Tribunal en la última resolución citada, se mantenía la situación comunicada a través del oficio DRH-1708 del 5 de setiembre de 2000 (folios 147 y 148).

IV.- SOBRE LA PRESCRIPCIÓN INVOCADA POR LA ACCIONANTE RESPECTO DE LA FACULTAD DISCIPLINARIA: Dentro de toda relación de trabajo la parte empleadora tiene el poder de dirección respecto de la actividad desarrollada por el trabajador, el cual va acompañado, como consecuencia natural y necesaria, de la potestad disciplinaria, con el fin de lograr un mejor rendimiento en el servicio brindado. Ahora bien, ese poder sancionador debe ejercerse de conformidad con los principios de causalidad, actualidad y proporcionalidad. Ese segundo principio hace referencia a que el poder disciplinario del empleador debe ejercerse en forma oportuna; es decir, que la sanción impuesta, en un determinado momento, sea correlativa al tiempo de la comisión de la falta, con lo que también se procura lograr la seguridad jurídica del trabajador, en el sentido de que tenga conocimiento de que su infracción ha de ser sancionada en un período determinado. En ese sentido, el artículo 603 del Código de Trabajo establece que los derechos y las acciones de los empleadores para despedir justificadamente a los trabajadores o para disciplinar sus faltas prescriben en un mes, que comenzará a correr desde que se dio una causal para la separación o, en su caso, desde que fueron conocidos los hechos que darían lugar a la corrección disciplinaria. Aquí, no resulta aplicable el inciso c) del artículo 99 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, norma acerca de la cual esta Sala, en su voto N° 1078, de las 9:55 horas del 15 de diciembre del 2004, manifestó: "... de conformidad con el numeral 8 incisos 1) y 2) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas, no es posible la aplicación del artículo 99 inciso c) del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, por cuanto dicha norma es parte de un reglamento ejecutivo -de esa última ley-, cuyo fin es el desarrollo y ejecución de los preceptos contenidos en la misma, no pudiendo dicho reglamento regular aspectos nuevos, no previstos en la ley que ejecutan, o establecer condiciones más gravosas que las que aquella ha establecido, siendo sus funciones las de aclaración, precisión o complemento de la ley correspondiente. Como el citado Estatuto no establece ninguna disposición en lo referente a la prescripción, lo regulado en este no puede derogar lo establecido en el mismo Estatuto de Servicio Civil, artículo 51, que en caso de materias no reguladas remite al Código de Trabajo (puede verse la resolución de la Sala Constitucional N° 280 de 14:33 hrs. del 7 de junio de 1994)". Por otra parte, esta Sala, de manera reiterada ha establecido que en el caso de que el empleador deba cumplir, de previo a disciplinar a sus trabajadores, con un determinado procedimiento o investigación, ese plazo de un mes se contará a partir del momento en que el resultado de la respectiva investigación sea puesto en conocimiento del funcionario u órgano competente para resolver. (Al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias N°s. 36, de las 9:50 horas del 5 de febrero; 92, de las 9:40 horas del 28 de febrero; 153, de las 9:30 horas del 28 de marzo; 184, de las 14:20 horas del 24 de abril, las tres del 2003; 89, de las 10:10 horas del 13 de febrero del 2004; 360, de las 10:15 del 13 de mayo del 2005; 544, de las 9:35 horas del 28 de junio y 561, de las 9:48 horas del 30 de junio, ambas del 2006). En el caso que se analiza, la actora ha invocado la prescripción del poder disciplinario; señalando que el plazo en el cual la entidad empleadora podía ejercer esa

potestad había fenecido por el transcurso del tiempo; por lo cual, el derecho para poderla sancionar también sucumbió, pues la funcionaria con competencia para resolver sobre su despido conoció de los hechos que se le imputaron "…desde el 7 de febrero de 2000", teniendo la posibilidad de iniciar desde entonces la investigación disciplinaria respectiva, sin embargo no fue hasta el 13 de marzo de 2000 que se ejecutó la acción de despido. De conformidad con lo expuesto, desde la fecha en que los hechos imputados a la accionante se pusieron en conocimiento de la Ministra competente para resolver, a la data en que se presentó la gestión de despido a la Dirección General de Servicio Civil, sea el 13 de marzo de 2000, no se cumplió el plazo extintivo de un mes de prescripción establecido en el artículo 603 del Código de Trabajo. Las particularidades que este caso envuelve, amén de los términos de incerteza con los que fue puesta en conocimiento de la señora ministra la actuación de la Licda. ... (Oficio DGH 26-2000 de fecha 1 de febrero de 2000, recibida en el despacho de la ministra el 7 de febrero de 2000) impiden que ese momento marque el punto de partida previsto por la norma referida para que corra el término de prescripción, siendo que este debe ubicarse una vez concluida la investigación administrativa realizada (Oficio N° DAJ-193 de 21 de febrero de 2000, recibido en el despacho de la Ministra el 23 de febrero de 2000, véase folio 41 a 43 del expediente administrativo identificado con el número 3), que es cuando se tiene un panorama certero sobre la conducta de la accionante, los hechos endilgados y sus implicaciones, pues es a partir de ahí que se cuenta con un fundamento para decidir si se adoptan las medidas disciplinarias correspondientes. Tampoco operó ese plazo extintivo después de que el órgano disciplinario estuvo en posibilidad de despedir -véase que el Tribunal del Servicio Civil mediante resolución del 1 de setiembre de 2000 dejó firme la resolución que autorizó el despido de la actora a partir de la denegatoria de adición y aclaración gestionada-, pues la resolución cuya adición y aclaración se solicitó fue notificada a las partes del 21 de agosto de 2000 (véase folio 60 del expediente administrativo identificado con el número tres), mientras que aquella en que se denegó esa adición y aclaración fue comunicada a éstas el 12 de setiembre de 2000 (véase folio 65 frente y vuelto del expediente administrativo identificado con el número tres), y la comunicación del despido se realizó mediante oficio DRH- 1724 de esa misma data (folio 147), en el que se informa a la actora que se mantiene lo dispuesto en oficio N° DRH-1708 del 5 de setiembre de 2000, mismo en el que también se le notificó el cese de su nombramiento en propiedad y al cual la actora estimó improcedente en documento de fecha 6 de setiembre de 2000 (folio 145), por estar pendiente la adición y aclaración, aspecto este último sobre el que de todos modos la actora no realizó ningún reproche sobre prescripción. Con base en lo anterior, debe determinarse que la decisión de despedir a la demandante fue adoptada oportunamente, por lo que la aplicación de la figura de la prescripción no resulta procedente en el sub lite y, por lo tanto, se considera que no medió inercia alguna de parte de la Administración.

V.- SOBRE LAS FALTAS ATRIBUIDAS A LA ACTORA: De previo al análisis del recurso interpuesto se hace necesario recordar que los funcionarios públicos en general ostentan una serie de potestades otorgadas para lograr la convivencia normada entre administrados y de éstos con el Estado "función pública". Se trata de una actividad que implica derechos (facultades) y deberes (obligaciones inexcusables) que deben cumplir quienes desempeñan un cargo dentro de cualquier poder público. Los funcionarios públicos son depositarios de la confianza del Estado-patrono y de los usuarios del servicio, por lo que deben tener un comportamiento impecable y probo, así como una conducta intachable. Por eso, en tratándose de servidores públicos, independientemente de su naturaleza, función y categoría, la valoración de sus faltas debe hacerse en forma estricta y meticulosa, por estar de por medio el interés público ante el cual debe ceder el del trabajador (en cuanto a la mayor rigurosidad en la calificación de las faltas de los servidores públicos, véase entre otros los votos números 638 de las 10:30 horas del 26 de octubre del 2001; 234 de las 9:30 horas del 22 de mayo del 2002 de esta Sala). A los servidores y servidoras del Estado se les exige un especial deber de diligencia en todos aquellos asuntos que guarden relación con las labores que desempeñan -después de todo son responsables de que la función que realizan sea ejecutada conforme a criterios de objetividad, imparcialidad, eficiencia y

profesionalidad, entre otros-, por lo que la confianza en ellos depositada, alcanza una trascendencia particular al momento de analizar las faltas que se les atribuyen, especialmente si las mismas están relacionadas con las tareas específicas asignadas o pueden incidir en ellas (en este sentido, ver entre otros los votos números 722 de las 10:30 horas del 30 de noviembre, 724 de las 9:30 horas del 5 de diciembre, ambos del 2001, de esta Sala). Lo expuesto es de vital importancia en el presente caso, al encontrarnos en presencia de una funcionaria pública que no sólo debe contar con las condiciones necesarias para laborar en el "servicio público" sino que también debe ser merecedora de la confianza en ella depositada. Al amparo de este criterio, lo que procede es analizar si la conducta de la actora violentó las fundamentales obligaciones que tenía con su patrono, y determinar, si su comportamiento constituye una "falta grave" que autorice su despido sin responsabilidad patronal, porque se hacía imposible la continuación de la relación laboral. Conforme a la prueba documental traída a los autos, en lo que ahora interesa, quedó debidamente demostrado: 1) De conformidad con el artículo 22 bis del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, se trasladó a la accionante a la Dirección Superior de Hidrocarburos, a partir del 16 de marzo de 1998 (Memorando N° DM-066-98 a folio 29). 2) La actora rindió criterio en su carácter de Asesora de la Dirección Superior de Hidrocarburos, Geología y Minas (Memorando N° DGTCC-114-99 de 17 de marzo de 1999) sobre las actividades a desarrollar en áreas silvestres protegidas (folios 43 a 46). Asimismo, en ese sentido se refirió a la consulta de Aransas Petrolium (Memorando de fecha 31 de agosto de 1999); concluyendo que: "… únicamente se podrá suspender una concesión en caso que medie fuerza mayor, y no por razones de índole financiera" (folio 47 a 48). 3) En memorándum DSHGM-118-99 de fecha 30 de marzo de 1999 se establece la agenda de reuniones para el mes de abril en relación con el Plan de Trabajo de la Dirección Superior de Hidrocarburos, Energía y Minas. En este sentido, la participación específica de la actora se contempla en: Reunión de Coordinadores de Proyectos, Promoción Petrolera y Segunda Ronda de Licitación, Tramitología de Gestiones (análisis de procesos), Reducción de la Contaminación por Hidrocarburos y Mejoramiento del Marco Legal -Reglamento al Código de Minería- (folios 121 a 122). 4) La licitación petrolera N° 2 fue publicada en la Gaceta N° 97 del jueves 20 de mayo de 1999 (ver folios 35 a 42). 5) La accionante participó en sesiones del Consejo Técnico de Hidrocarburos (Actas N°s. VI-99 y VII-99 del 19 de abril de 1999, XII-99 del 14 de junio de 1999 y XV-99 de veinte de julio de 1999 a folios 125 a 132). En ellas se discutió entre otros, el modelo de contrato para la segunda ronda de licitación, avances en requerimientos para el inicio de esa ronda así como la aprobación del Reglamento de Cesión de Contratos de Hidrocarburos. 6) Mediante notas de 16 de julio y 19 de agosto de 1999 solicitó permiso sin goce de salario por seis meses a efecto de atender asuntos personales (folios 30 y 31). 7) Por resolución N° RES-774-99-DHR de las 8:00 horas, del 23 de agosto de 1999, el Oficial Mayor y Director General Administrativo del Ministerio del Ambiente y Energía aprobó la solicitud de licencia sin goce de salario solicitada, la cual se extendía del 15 de octubre al 15 de abril de 2000 (folio 33). 8) La licenciada ... disfrutó de vacaciones del 1 de setiembre al 14 de octubre (folio 32). 9) En la documentación que consta en los autos sobre la empresa …, Inc. se advierte que ... se incluye dentro del personal técnico administrativo de ésta (folios 49 a 57). 10) … Inc., confirió un poder especial a los licenciados … e ...de … S.A., para: a) actuar como apoderados legales de la compañía en la ejecución y presentación de cualquiera y todos los documentos necesarios para el documento de propuesta de ésta para la licitación de Hidrocarburos Ronda N° 2 por medio del Ministerio de Ambiente y Energía, y b) actuar como su representante legal en todos los asuntos ante el Ministerio en relación con el proceso completo de esa licitación y hasta la ejecución del contrato con el Ministerio, el cual es firmado el 22 de setiembre de 1999 (folios 58 a 63). 11) En el comprobante de recibo de la oferta para la licitación petrolera N° 2 se consigna como representantes legales de la empresa … Inc. a la Licda. ... y al Lic. … (folio 6 de legajo denominado ambien-t asesores legales, identificado con el número 2). 12) La accionante junto al Lic. …, actuando como apoderados especiales de la sociedad estadounidense … Inc. (…), se apersona ante la Comisión Revisora de la Licitación Petrolera 2-99, a presentar los documentos que satisfacen los requerimientos de los formularios 5 y 6 del cartel de licitación (folio 65). Del mismo modo lo hace para

complementar la información sobre la capacidad operativa de … con la información financiera individual de cada uno de los socios que la conforman (folio 67). 13) En oficio N° AJ- 633-99 de 18 noviembre de 1999, la asesoría jurídica de la Dirección General de Servicio Civil, ante consulta efectuada por la accionante sobre la existencia de limitación o prohibición para ejercer libremente la profesión de abogado y notario, siendo ella funcionaria regular del Ministerio del Ambiente y Energía y gozando en la actualidad de una licencia sin goce de salario, estableció: "…cuando se le concede el beneficio de la prohibición a un servidor público, se le obliga a no ejercer las funciones propias del cargo que desempeña, o de la profesión y las actividades relacionadas con esta./ Ahora bien en el caso que nos ocupa, un servidor titular que disfruta de una licencia sin goce de salario, debe entenderse con tal situación que la prestación efectiva del servicio ha sido suspendida, y consecuentemente debe suspenderse el pago del beneficio de Prohibición./Lo anterior implica que al dejar de percibirse el pago por concepto de prohibición, cesa la limitación para el funcionario de abstenerse del ejercicio liberal de la profesión./Así las cosas, podemos concluir a la luz de la normativa invocada y análisis realizado, que al no estar un funcionario público en el ejercicio pleno de sus competencias, no le alcanzan las limitaciones y reglas propias de la prohibición, por lo que es jurídicamente permisible que tal funcionario pueda ejercer libremente la profesión, sin que ello resulte incompatible con respecto al puesto que ocupa, por cuanto la relación de servicio y el pago del beneficio de prohibición se encuentran temporalmente suspendidos" (folios 93 a 95). 14) Mediante escritura pública otorgada en la ciudad de San José a las 14:00 horas, del 26 de noviembre de 1999 ante el notario … se protocolizó documento a partir del cual el presidente de …, Inc revocó, el poder especial otorgado a favor de la señora ...emitido el 22 de setiembre de 1999, manteniendo con todos los efectos legales el poder especial otorgado a favor del señor …, a efecto de que actuara como agente legal de …, Inc, en la ejecución y sumisión de cualquier documento o todos los documentos necesarios para que la empresa pudiera presentar su oferta de Licitación de Hidrocarburos, Ronda N° 2, del Ministerio del Ambiente y Energía de Costa Rica y para que actuara como representante legal de ésta en la ejecución del contrato con el Ministerio (folios 10 a 12 de legajo denominado ambien-t asesores legales). Así las cosas, procede ahora analizar aquella normativa aplicable a este asunto, para cuyos efectos corresponde valorar en primera instancia lo dispuesto en el Reglamento Autónomo de Trabajo del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas (Decreto Ejecutivo N° 18557 del 7 de octubre de 1988) vigente al momento en que sucedieron los hechos de que se conocen. En su artículo 39 se establecen las obligaciones de los servidores de ese Ministerio, determinándose como tales, en lo conducente, las siguientes: "…VII) Guardar la más absoluta reserva sobre los asuntos privados de Ministerio, así como la debida discreción sobre lo relacionado con su trabajo, cuando así se requiera por la naturaleza de sus labores o en virtud de disposiciones legales, o instrucciones especiales, aun después de hacer cesado el cargo. Todo ello sin perjuicio de la obligación que el servidor tendrá de denunciar ante quien corresponda, los hechos incorrectos o delictuosos que lleguen a su conocimiento/…XIX) Velar para que la imagen del Ministerio no se deteriore y no comprometerla con comportamiento inadecuados aun cuando se encuentre representando a éste, en giras fuera de la jornada". Por su parte, en el numeral 77 se regula el tema de las prohibiciones. Para los efectos del subexamine se deben mencionar: "V) Hacer comentarios o publicaciones que puedan desprestigiar o dañar el buen nombre del Ministerio o de cualquiera de sus funcionarios o servidores, sin perjuicio de la obligación en que están de denunciar ante quien corresponda, los hechos incorrectos o delictuosos de que tengan noticia y del ejercicio de aquellos derechos que conceda la ley./VI) Recibir gratificaciones o recompensas de cualquier naturaleza, por razón de servicios prestados como servidores públicos o que emanen de su intervención como tal./…IX) Valerse del cargo que desempeñan en el Ministerio para obtener ventajas de cualquier índole, ajenas a las prerrogativas propias e inherentes a su condiciones de funcionarios públicos./…XII) Salir de la oficina para asuntos personales sin la previa autorización del jefe respectivo, lo mismo que atender asuntos particulares durante el tiempo que permanezcan fuera de las oficinas en funciones propias de sus cargos./XIII) Divulgar el contenido de informes o documentos confidenciales,

así como hacer público cualquier asunto de orden interno o privado de la oficina, sin la autorización del Ministerio". Por otra parte, en lo que atañe a las licencias esta normativa reguladora de las relaciones de los servidores del referido ministerio dispone en su artículo 92 que "Por vía de excepción, todos los trabajadores del Ministerio podrán disfrutar de licencias, según lo dispuesto por el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, reguladas por lo que establece este Reglamento". Al efecto, en el citado numeral de ese Reglamento se dispone en su inciso c), mismo que se aplicó a la servidora ..., que: "…Las licencias sin goce de salario hasta por un mes podrán concederse mediante resolución interna firmada por el Ministro, Viceministro, o el máximo jerarca de la institución respectiva, mientras que las licencias mayores de un mes podrán concederse con apego estricto a las disposiciones siguientes: 1) Seis meses para asuntos personales del servidor. Esta licencia podrá ser prorrogada hasta por seis meses más en casos muy especiales a juicio del Ministro o máximo jerarca de la Institución". A partir del análisis de lo expuesto, no le queda duda a esta Sala que la actora faltó a las más elementales obligaciones éticas que derivan de los principios de buena fe y lealtad que deben siempre prevalecer en toda relación de empleo; actuación con la que no sólo pudo lesionar gravemente el prestigio e imagen del Estado sino también poner en tela de duda la objetividad y transparencia del proceso licitatorio llevado a cabo y en el que ella participó como apoderada de … Inc. En este sentido debe advertirse que la licenciada ... tramitó un permiso sin goce de salario para atender asuntos personales, que le fue otorgado con base en la normativa que prevé ese tipo de licencias (artículos 92 del Reglamento Autónomo de Trabajo del MIRENEM, 33 inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y 37 inciso c) del Estatuto de Servicio Civil), sin embargo esto no constituyó más que un engaño para su empleador, pues con vista en los autos y en las propias manifestaciones del deponente … (socio de la accionante), incluso con antelación a la vigencia de dicho permiso el 15 de octubre de 1999 -esto es cuando disfrutaba de las vacaciones, las cuales se extienden del 1 de setiembre al 14 de octubre de 1999-, ésta se encontraba avocada a la atención de los asuntos del "bufete especializado en Ambiente", máxime que como éste mismo lo afirma "…la empresa petrolera nos contacta en el mes de setiembre para ayudarle a elaborar la oferta que se presentaría en la licitación petrolera" (folios 210 a 211). Lo anterior, aunado a que el poder conferido a la actora por la sociedad estadounidense … Inc. (…) fue firmado el 22 de setiembre, situación que analizada a la luz de las reglas de la lógica y la experiencia humana (artículo 493 del Código de Trabajo) permiten concluir que el acercamiento tuvo que presentarse mucho tiempo antes (véase que dentro de la documentación que se aporta en relación con …, Inc., se advierte que la actora forma parte de su personal técnico administrativo, folios 49 a 57), por lo que no resultan de recibo e interés las consideraciones que la actora pretende hacer valer acerca del momento en que se perfeccionan los mandatos. Por otro lado, con el poder conferido a la accionante se le facultaba para representar a la sociedad referida "en la ejecución y presentación de cualquiera y todos los documentos necesarios para el documento de propuesta de ésta para la licitación de Hidrocarburos Ronda N° 2 por medio del Ministerio de Ambiente y Energía", actuando además, "como su representante legal en todos los asuntos ante el Ministerio en relación con el proceso completo de esa licitación y hasta la ejecución del Contrato con el Ministerio" (ver folios 58 a 63), situación que evidentemente empañó la transparencia con la que deben actuar todos los servidores públicos así como su compromiso para con el empleador y los administrados, siendo que esa persona intachable que no deje lugar a dudas en sus actos como funcionario se echó de menos con el comportamiento de la actora; observándose en ella un total desapego a los deberes inherentes a su cargo, mismos que por la propia investidura de servidora pública la acompañan aún cuando la relación laboral se encuentra suspendida -en virtud de las vacaciones y el permiso concedido-. Al respecto, carecen de exactitud las manifestaciones de la licenciada ..., -pretendiendo restarle importancia a lo actuado-, cuando señala ante esta Sala que "no tuvo relación con la tramitación ni tampoco en la decisión de ningún proceso licitatorio petrolero, ni tuvo contacto directo con ninguna empresa que estuviera interesada en participar en un proceso licitatorio", toda vez que de los autos se advierte que ésta no sólo rindió su criterio como Asesora de la Dirección de Hidrocarburos, Geología y Minas -en los meses de

marzo y agosto, véase folios 43 a 46 y 47 a 48-, sino que dentro del plan de trabajo de dicha sección se establece su participación en las reuniones de Coordinadores de Proyectos, Promoción petrolera y Segunda Ronda de Licitación, Tramitología de Gestiones (análisis de procesos), Reducción de la Contaminación por Hidrocarburos y Mejoramiento del Marco Legal (folios 121 a 122) amén de su participación en las sesiones del Consejo Técnico de Hidrocarburos, en las que se discutió entre otros, el modelo de contrato para la Segunda Ronda de Licitación, los avances en requerimientos para el inicio de la ronda y el Reglamento de Cesión de Contratos de Hidrocarburos (folios 125 a 132). Además, por la contundencia de lo expuesto debe traerse a colación lo externado por el testigo Ulloa Chaverri, quien refiriéndose a la actora expresó "ella me servía de respaldo legal por el conocimiento que tiene para conocer hasta donde y que había que tramitar o hacer para estar a derecho con ley"; manifestación que deja evidenciado que era la situación particular de la actora como funcionaria pública -en un determinado ramo del acontecer público- lo que movía a sus clientes a contratar y preferir sus servicios en forma privada. De esta forma, resulta revelador su proceder en clara contravención a la normativa que regía en ese momento las actuaciones de los servidores de ese Ministerio así como el incumplimiento de los valores que componen el contenido ético de la relación de trabajo (buena fe, fidelidad, lealtad, honestidad, entre otros), actitud que irremediablemente iba a tener incidencia en la percepción de los administrados. En este sentido, no puede constituir una excusa a la conducta de la accionante, los términos en que se resuelve la consulta efectuada por la actora a la asesoría jurídica de la Dirección General del Servicio Civil a efecto de que se le indicara si existía una limitación o prohibición para ejercer libremente su profesión de abogada y notaria, siendo funcionaria regular del MINAE y en virtud de encontrarse disfrutando de una licencia sin goce por seis meses, pues para el momento en que se realiza la consulta (10 de noviembre de 1999) y se evacua ésta mediante el Oficio N° AJ.633-99 del 18 de noviembre de 1999), se había configurado ya el acto dañoso (véase folios 93 a 96). Además, de que no puede escudarse en una consideración jurídica que parte de una interpretación equivocada no sólo de la prohibición que cubría a la servidora (artículo 77 del Reglamento Autónomo de Trabajo del MIRENEM, 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 5 de la Ley de compensación por pago de prohibición Ley N° 5867 del 15 de diciembre de 1975) sino de la figura de la prohibición como tal, toda vez que como reiteradamente lo ha dicho esta Sala, el error no crea derecho (entre otras, pueden consultarse las sentencias N° 130 de las 9:50 horas, del 20 de marzo de 2002 y 988 de las 9:45 horas, del 30 de noviembre de 2005). En el mencionado oficio se concluyó "…un servidor titular que disfruta de una licencia sin goce de salario, debe entenderse con tal situación que la prestación efectiva del servicio ha sido suspendida, y consecuentemente debe suspenderse el pago del beneficio de Prohibición./Lo anterior implica que al dejar de percibirse el pago por concepto de prohibición, cesa la limitación para el funcionario de abstenerse del ejercicio liberal de la profesión…"; en primer término y conforme se indicó con anterioridad, el ámbito de las prohibiciones por la naturaleza espacial del servicio público trasciende la prestación efectiva del servicio, alcanzando aquellos períodos en los que la relación laboral se encuentra suspendida, toda vez que el servidor debe mantener una conducta intachable obligándose a resguardar la imagen y el prestigio de la institución para la que presta servicios. En este sentido, Cabanellas señaló "(…) Debido a esa naturaleza del vínculo laboral, el trabajador debe mantener una conducta intachable dentro y fuera del trabajo, cuando no es así, desaparece el elemento de confianza en él depositado, y puede ser despedido con justa causa,…" (Véase sentencia de esta Sala N° 1028 de las 10:20 horas, del 13 de diciembre de 2005). En segundo término, no resulta procedente confundir la prohibición con el pago o compensación de la misma. La prohibición como tal supone una restricción al ejercicio liberal de una profesión, razón por la que su establecimiento se encuentra reservado a la ley. En nuestro país, si bien es cierto ha existido, desde hace mucho tiempo prohibición para el ejercicio profesional privado de algunos grupos de servidores públicos, no fue sino a partir de la promulgación de la Ley Nº 5867 de 15 de diciembre de 1975, que se previó expresamente el pago de una compensación económica por esa prohibición. Lo anterior, porque para que opere la compensación para la prohibición

contemplada en el ordenamiento jurídico, se requiere la existencia de una norma que expresamente prevea la respectiva retribución económica. Así las cosas, no lleva razón la afirmación de que "…al dejar de percibirse el pago por concepto de prohibición, cesa la limitación para el funcionario de abstenerse del ejercicio liberal de la profesión", por cuanto la falta de pago no excluye la imposibilidad legal de ejercer la profesión fuera del puesto desempeñado (véase los votos de la Sala Constitucional N°s 4494 de las 11:18 horas, del 30 de agosto de 1996; 3370 de las 10:30 horas, del 5 de julio de 1996 y 1396 de las 14:21 horas, del 22 de marzo de 1996 así como las sentencias de esta Sala, N°s 333 de las 10:30 horas, del 27 de octubre de 1999 y 141 de las 9:10 horas, del 26 de marzo de 2003). Por otra parte, en relación con el sustento jurídico de la figura se ha sostenido: "Este tipo de prohibiciones tiene un indudable fundamento ético; pues, cuando se establecen lo que se busca es impedirle al servidor público destinar su tiempo a otras actividades, en el campo privado; dado que ello se considera inconveniente, porque puede afectar la necesaria intensidad, en el ejercicio de las actividades propias de la función o bien porque puede producirse una indeseable confusión, en los intereses de uno y otro campos, dejando los públicos subordinados o hasta al servicio de los privados. Se crea y se paga así una incompatibilidad propia y originada en la relación de empleo público, para determinados cargos de rango profesional o académico" (Sala Segunda, sentencia N° 333 de las 10:30 horas, del 27 de octubre de 1999). De esta forma, se advierte que esas incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares, es decir tiende a evitar la colisión de intereses –interés público e interés privado-; situación que precisamente, por las razones ya apuntadas, medió en este asunto (ver también actuaciones de la actora en representación de la empresa a folios 65 y 67). La actora, pese a la existencia del permiso sin goce de salario conferido, se mantuvo ligada a la institución empleadora; subsistiendo, entonces las incompatibilidades éticas que ese vínculo supone. Incompatibilidades que se sustentan en reglas de carácter ético que exigen transparencia, objetividad y calidad de servicio; aspectos que pueden verse enturbiados cuando -como sucedió en este asunto- manteniéndose el vínculo, la persona atiende intereses particulares que el órgano al que aparece vinculada debe resolver. Con fundamento en todo lo expuesto, se debe concluir que los hechos imputados a la demandante -que fueron alegados en su oportunidad por la parte demandada tanto en sede administrativa como en la judicial-, deben calificarse como graves, toda vez que ninguna seguridad y confianza puede merecerle a la entidad empleadora una persona que actúa de una forma tan gravemente contraria a derecho así como a los valores éticos que la relación de trabajo conlleva. Es así como su despido se imponía de manera necesaria y justificada, y en consecuencia, sin responsabilidad patronal.[…]

VII.- Por las razones señaladas, procede confirmar la sentencia impugnada.

DESPIDO DISCRIMINATORIO EN RAZÓN DE LA NACIONALIDAD. DESPIDO EN PERÍODO DE PRUEBA. VOTO N° 2008-000516 DE LAS 9:55 HRS. DEL 18 DE JUNIO DEL 2008.

III.- DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD: El derecho fundamental a no ser discriminado (a) por razón de ascendencia nacional, entre otros motivos, lo garantiza el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al disponer "…toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de (…) o de cualquier otra índole, origen nacional o social…". Igual protección la encontramos en el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

cuando le impone a los Estados Partes el deber de resguardar los derechos en ella contemplados sin discriminación alguna por motivos de origen nacional, entre otros, y, por otra parte, en forma expresa regula en el artículo 24 el derecho a la igualdad. También nuestra Carta Magna que en el artículo 33 establece el derecho de igualdad y la prohibición de discriminar al disponer: "Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana". (El destacado se adiciona por quien redacta). El 19 del mismo cuerpo normativo establece la igualdad de derechos para los extranjeros salvo las limitaciones legales. Según ese numeral "Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y las limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen". En cuanto al derecho al trabajo, este goza de la misma protección como derecho fundamental. Sobre este tema el artículo 56 de la carta magna reza: "El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía…". Por su parte el numeral 68 establece: "No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros o respecto de algún grupo de trabajadores…". La Organización Internacional del Trabajo (en adelante O.I.T.) también se ocupó de este tema; fue así como en el Convenio 111 (vigente a partir del 15 de junio de 1960) prohíbe la discriminación en el empleo y la ocupación por considerar que constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Para lograr la efectividad de esa prohibición (al empleador -a-) y derecho (del trabajador -a-), en el artículo 1º define la discriminación como: "Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tengan por efecto anular o altera la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"; y obliga a los Estados a tener una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (artículo 2). Por eso cualquier acto discriminatorio que afecte la relación laboral o al trabajador (a) en el proceso de ingreso, es contrario al orden constitucional, a la normativa internacional (antes citadas y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico) y a la legislación ordinaria (artículo 618 del Código de Trabajo, introducido por Ley Nº 8107 de 18 de julio del 2001 que dispone "Prohíbese toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, género o religión") y debe ser sancionado con la declaratoria de nulidad, pues no otro efecto puede tener todo acto del empleador (público o privado) violatorio de derechos fundamentales, como es el derecho a no ser discriminado (a) por razón de origen nacional (entre otros), el que debe ser tutelado, entre otros, por los administradores de justicia en los casos concretos sometidos a su conocimiento y resolución.

IV.- CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DONDE SE ALEGA DESPIDO DISCRIMINATORIO: Cuando en un proceso laboral se debe dilucidar si estamos o no ante un despido discriminatorio hay que tomar en cuenta la importancia que tiene la distribución de la carga de la prueba, para procurarle al trabajador (a) tutela efectiva frente a actuaciones del empleador que constituyan discriminación. Para ello debe garantizarse, mediante el sistema de inversión de la carga de la prueba, que el empleador no pueda justificar cualquier despido discriminatorio bajo el argumento de que está bajo la cobertura formal del ejercicio de los derechos y facultades para organizar las prestaciones de trabajo y sancionar su incumplimiento. Esa inversión de la carga de la prueba en los procesos donde se alega un despido discriminatorio (desplazamiento del onus probandi) obedece también a la acentuada dificultad que encuentra el juzgador (a) a la hora de descubrir una lesión por discriminación, que por lo general está encubierta tras una apariencia de legalidad de la decisión patronal. Es por eso que en esta especial materia se tiene que echar mano, en muchos casos, a la prueba indiciaria, que tiene como finalidad evitar que la dificultad para descubrir los verdaderos motivos del acto patronal impida declarar que éste es lesivo al derecho a la no discriminación. No debe olvidarse que el sistema de prueba indiciaria, en este específico campo, implica una doble obligación. Por parte del

trabajador (a) está la exigencia de aportar un indicio razonable de que el acto patronal lesiona su derecho fundamental, por eso debe aportar pruebas que pongan de manifiesto el motivo oculto del acto; se trata de un indicio que permita deducir la posibilidad de que la discriminación se ha producido y no de una mera alegación de la vulneración del derecho a la no discriminación. Cumplido ese presupuesto (demostración por parte del trabajador (a) del indicio de discriminación), recae sobre la parte demandada la carga de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios, probando que su actuación tiene causas reales (no inventadas) y absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales, además de ser suficientes para adoptar la decisión que se acusa de discriminatoria. Se trata entonces, en este campo (de la prueba indiciaria en materia de discriminación) de una auténtica carga probatoria a cargo del empleador, por lo que no basta la mera negación de la vulneración de derechos fundamentales. Por eso el empleador debe llevar a la convicción del juzgador (a) que las causas alegadas han sido las únicas que han motivado la decisión contra el trabajador (a), de manera que ésta se produjo sin el propósito de vulnerar derechos fundamentales. Para lograr ese objetivo, el empleador debe acreditar que las causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que ocultó la lesión del de un derecho fundamental del trabajador (a). De esta forma, la ausencia de prueba en ese sentido determina, que los indicios aportados por el trabajador (a) y alegados en forma concreta y precisa, permiten declarar que se produjo la discriminación acusada.

V.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CASO CONCRETO: La representante de la accionada aduce error en la valoración de la prueba por cuanto estima que el Tribunal no le dio el valor debido a la prueba documental sobre la evaluación del actor en período de prueba y tampoco valoró la totalidad de la prueba testimonial. Del análisis de la prueba documental aportada al expediente, en relación con la testimonial evacuada, se desprende que el actor fue nombrado el 15 de marzo de 2004 como Encargado de la Administración Tributaria, siendo Alcalde Municipal en ese momento el señor … (folio 17). Se le despidió el 3 de junio del mismo año por la nueva Alcaldesa, señora …, quien fue nombrada en el puesto de Alcaldesa el 11 de mayo de 2004. Su despido fue formalmente fundamentado en el resultado de la evaluación del trabajo del petente dentro del período de prueba. En el documento visible a folios 11 y 12 (que es una fórmula para calificación de servicios) el que el señor …, Director de Hacienda Municipal, en su condición de Jefe inmediato del actor lo calificó de regular en cuatro renglones: cooperación, disciplina, relaciones humanas y calidad del trabajo. En otros tres aspectos lo calificó de bueno: iniciativa, presentación personal y productividad; la justificación a esa calificación la resumió en un renglón y medio indicando: “No cumple con las expectativas deseadas de acuerdo al perfil del puesto”. En la misma fórmula se consignó: “Se evaluó el rendimiento por parte de la Alcaldía y el Director de Hacienda Municipal y sus relaciones interpersonales, llegando al consenso de dar por terminada la relación laboral”. Con base en esa evaluación se emitió la carta de despido, oficio MSA-AM-131-2004 de 1 de junio de 2004. El documento de evaluación no es suficiente para demostrar fehacientemente que el actor no reunía las condiciones para desempeñar el puesto asignado. Además esa calificación es contradictoria con las razones que justificaron su escogencia, según lo indicado por el Alcalde Municipal en su Oficio MSA-AM-048-2004 de 20 de febrero de 2004, en el que solicitaba la contratación de don ... quien reunía los requisitos académicos y tenía experiencia en esas labores, al recomendar su nombramiento, el Alcalde lo justificó por ser el actor “la persona más idónea para el puesto, con fundamento en el análisis realizado de su perfil y su experiencia en el campo” (sic. folio 17). Por otra parte de los folios 48 a 106 se puede apreciar que durante el tiempo que laboró, el señor ... realizó una serie de gestiones tendentes a desarrollar su trabajo de la manera más adecuada, para ello envió oficios solicitando informaciones diversas cuyo propósito obviamente era adquirir conocimiento sobre la realidad tributaria de la Municipalidad de Santa Ana (deudas, patentes, contribuyentes, etc.), e inclusive propuso la creación de una plataforma de servicios. De esos documentos se desprende una actividad diligente del accionante. Este solicitó a su jefe señor …, Director de Hacienda Municipal, información para

iniciar el proceso de planeación de su gestión el 28 de marzo de 2004 (folio 66). Determinó un perfil para la contratación de un profesional a fin de actualizar la base de datos (Oficio AT-GIN 003 folio 67). Gestionó la compra de una motocicleta para mejorar el trabajo de los inspectores de la administración Tributaria (Oficio AT-GIN-0020 de 22 de abril de 2004). Mediante oficio AT-GIN 0022 de 23 del mismo mes solicitó información relativa a los negocios que no pagaban los tributos municipales para proceder al respecto en lo relativo a cobros judiciales (folio 69). El 26 de mayo le envió a su jefe un detalle de morosidad, indicándole que estaba trabajando en un proceso de depuración de la base de datos, verificación de cuentas y en espera de criterio legal en relación con las cancelaciones de cuentas incobrables o mal generadas en el sistema (Oficio AT-GIN -0026 folio 70). Mediante oficio AT-GIN-0027 solicitó el criterio legal para proceder adecuadamente en varios puntos a fin de logar un buen control estadístico (folio 71). En oficio AT-GIN-001 solicitó documentos para iniciar un convenio interinstitucional entre la Municipalidad y la Dirección General de Tributación para reclasificar las patentes del Cantón (folio 72). Mediante Oficio AT-GIN 012 Solicitó información sobre permisos para continuar con planteamiento de directrices aplicables a la plataforma integral de servicios que intentaba establecer (folio 73). El 12 de abril, mediante oficio AT-GIN-016, solicitó información a la Dirección Jurídica para iniciar una plataforma integral de servicios (folio 74). El 21 de abril, en oficio AT-GIN-0018 sugirió mejoras al mapa de valores del distrito (folios 75 y 76). En oficio AT-GIN 019 informó al Alcalde sobre avance de los mapas de valores del Distrito de Pozos (folio 77). El 26 de abril mediante oficio AT-GIN-025 gestionó el nombramiento de abogados externos para el cobro administrativo y judicial de la Municipalidad de Santa Ana (folio 78). El 27 de abril envió oficio AT-GIN- 0023 al Contador Municipal solicitándole que realizara un estudio de costos para determinar los gastos en que se incurre para ejecutar un cobro (folio 79). De todas estas gestiones no se puede llegar a una conclusión diferente a la que llegó el Tribunal, pues es claro que el accionante trabajó con dedicación y empeño y demostró que se esforzaba por llevar a cabo sus labores adecuadamente. Esta actitud del actor se colige también de lo afirmado por las deponentes. Sobre este tema la señora … dijo: “El actor estuvo laborando en la Municipalidad aproximadamente dos meses. A mi me consta como fue desarrollado el trabajo por parte del actor, era un trabajo de calidad, propio de un profesional y con conocimiento de la materia para lo cual fue contratado” (folio 245). Por su parte … dio cuenta de la capacidad profesional del actor, de quien dijo: “Don … trabajó con nosotros, se puso al tanto de nuestro trabajo, de nuestras metas y nos impulsaba para logar el objetivo. El conoce la materia municipal, y trató de supervisarnos y creo que esto resultó que algunos compañeros se molestaran porque les parecía que les presionaba mucho para lograr los objetivos” (los énfasis son agregados folio 247). Así las cosas la Sala no encuentra que el Tribunal haya incurrido en los yerros que le atribuye el recurrente en cuanto a la valoración de la prueba documental, la que se ha analizado a la luz de lo preceptuado en el artículo 493 del Código de Trabajo, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica y, su valoración en conjunto con la testimonial permiten concluir que el motivo indicado en la carta de despido no responde a la realidad de lo ocurrido en cuanto al desempeño del actor, quedando desvirtuada la calificación de sus servicios consignada en el documento de folios 10 y 11. En cuanto a la prueba testimonial se acusa que el ad quem no la valoró en su totalidad y por eso llegó a la conclusión que el despido obedeció a discriminación en razón de la nacionalidad del actor, lo que niega. Este agravio tampoco es atendible por las razones que de seguido se darán. La accionada no ofreció prueba testimonial para sustentar su defensa en juicio y valiéndose del principio de comunidad de la prueba dijo que ofrecía la que aportó el actor “en lo que convenga a los intereses de la Municipalidad de Santa Ana” (folio 181). Tampoco se apersonó a la evacuación de esa prueba. Del análisis de los testimonios evacuados, lo que se hizo siguiendo las reglas previstas en el artículo 493 de Código de Trabajo y tomando en cuenta la carga de la prueba cuando se alegan despidos discriminatorios, la Sala concluye que la valoración hecha por los juzgadores que antecedieron en el conocimiento de este caso es correcta. De esa prueba (testimonial) se desprende, con meridiana claridad, que el despido del actor no obedeció a una

mala ejecución laboral de su parte, sino a un evidente acto de discriminación y para ocultarlo se esbozó una razón carente de sustento fáctico. Esta conclusión también tiene base en el documento visible a folio 189, en el que la señora … (Alcaldesa) se dirige al señor … y se refiere con cierta animadversión al actor lo mismo que a la labor que éste había realizado, al manifestar: "En este momento se están realizando varias investigaciones a funcionarios por presuntas irregularidades, como es el caso de de la Investigación Administrativa que se le llevaba a cabo a la Sra. … y … por presuntas denuncias que hiciera el Señor ... , funcionario que usted contrató, siendo un refugiado colombiano y que no tenía los requisitos para ocupar el puesto de Administrador Tributario" (folio 189, el destacado es de quien redacta). La antipatía de la señora Alcaldesa hacía el actor (por su origen colombiano) se corrobora con la declaración de la testigo … quien al referirse al despido del actor dijo: "Se terminó la relación laboral por cuestiones políticas, porque hubo cambio de alcalde, no necesitaba a alguien honesto en el puesto de recolección de tributos, y cuando la alcaldesa llegó al puesto hizo todo lo posible a su alcance para poder quitarlo del puesto, pese al excelente trabajo que estaba realizando. Incluso él venía de desempeñarse en el mismo puesto en la Municipalidad de Mora". (Énfasis de quien redacta, folio 245). El conocimiento de esta testigo sobre la aversión de la Alcaldesa hacia el señor ... no era por referencia sino que le constaba, al respecto expresó: "A mi me consta que hubo discriminación para el actor por su nacionalidad, específicamente de parte de la alcaldesa, le decía que cómo se le había ocurrido a ella contratar a alguien que era refugiado Colombiano y no tico, ella me lo dijo eso a mi personalmente, y también lo indicó por escrito al nuevo alcalde, cuando dejó el puesto, de la contratación del actor que era un "refugiado colombiano". Ella nunca se quejó del trabajo de ..., porque nunca se dio tiempo para conocer el trabajo de el, no tenía criterios para decir que el trabajo era malo" (folios 245 y 246, el destacado se agrega). El testimonio de doña … también menciona la discriminación de que fue objeto el actor. Esta deponente aseveró que conocía de comentarios de que doña … se refería negativamente a la nacionalidad del accionante, pero solo lo sabe por referencia. Esta testigo dijo: "(…) y escuche como la alcaldía municipal, que ocupaba el cargo otra persona, doña … se manifestaba en contra de la nacionalidad del él. Yo no la oí personalmente, pero eran los comentarios que se escuchaban en la administración" (folio 247, se agrega del destacado). Del documento supracitado (oficio enviado por doña … a don …, folios 189 a 191), como de la declaración de las testigos se desprende, que el actor fue objeto de discriminación por parte de la alcaldesa en razón de su nacionalidad. Esa discriminación se colige también de otras probanzas que constan en el expediente (folios 36 y 37) y que constituyen indicios de que existió discriminación contra el accionante y fue con posterioridad al despido que se realizaron acciones tendentes a justificarlo. Llama la atención que la señora … fue nombrada Alcaldesa el 24 de mayo de 2004 (folio 8) y el 3 de junio, del mismo año, despidió al actor aprovechando que estaba en el período de prueba y bajo el argumento de que "Se evaluó el rendimiento por parte de la Alcaldía…"; sin embargo, el 9 de junio solicitó al Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas una certificación de la incorporación del actor, bajo el argumento de que "a dicho señor se le está siguiendo una causa administrativa en esta Institución". (El énfasis es suplido folio 37). Esta solicitud por parte de la Alcaldesa da lugar a algunas interrogantes. Nos preguntamos, si el señor ... había sido cesado "por no cumplir con las expectativas de la Municipalidad", ¿para qué se requería saber si estaba incorporado al Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas?, cuando ese hecho debió haber sido corroborado con anterioridad al despido. La respuesta a esa pregunta es sin duda alguna que el despido no tenía otro fundamento más que el deseo de destituirlo antes de que cumpliera el período de prueba por no ser costarricense y se trató de buscar alguna justificación posterior para disfrazar la verdadera motivación que tenía la Alcaldesa (sacarlo de la Municipalidad por ser colombiano). Por otra parte, la solicitud de la certificación se apoyó en un argumento falso, porque si don ... había sido despedido al momento de la gestión, no se le podía seguir una causa administrativa (que solo es posible cuando está vigente la relación de servicios). Otra estrategia de la Alcaldesa para tratar de encontrarle una aparente justificación al

despido del actor fue la decisión del 10 de junio -7 días después del despido- de nombrar (mediante oficio MSA-AM-168-2004) una "Comisión Administrativa, Caso: ...". En dicho oficio señaló: "Debido a nota remitida por el señor ..., ex funcionario de esta Municipalidad…en la que demanda una serie de acciones que perjudican el quehacer de esta Institución y ante los hechos encontrados en la función del señor ..., les solicito un estudio que contenga las pruebas y fundamentos para demostrar la actuación de parte de los funcionarios y el nombramiento de este funcionario con el resultado de su gestión en los dos meses que laboró para esta Institución. Agradezco que el informe solicitado sea entregado el lunes 14 de junio del 2004". Nótese que el nombramiento de esa Comisión para investigar al actor fue posterior al despido. Por otra parte entre el momento en que se ordenó la investigación (jueves 10 de junio) y la fecha en que debía concluirse (el 14 de junio), solamente había un día y medio o a lo sumo dos días hábiles para concluir porque se ordenó el jueves y solicitó que se entregara el informe el día lunes. Fue así como el 15 de junio el señor ... , uno de los integrantes de la citada "Comisión", en su informe indicó que se habían revisado los archivos informáticos, sistema operativo y otros dispositivos de las computadoras que habían sido asignadas al actor, sin que se detectara ninguna irregularidad (folio 49). De lo anterior se colige que con posterioridad al despido del actor la Alcaldesa se esforzó por dar una justificación distinta para tratar de ocultar el verdadero motivo, la discriminación por razón del origen nacional (ser colombiano). Fue por eso que buscó elementos que no tuvo al momento de firmar la carta de despido por lo que no se puede arribar a una conclusión diferente a la que llegó el ad quem, ya que la discriminación de que fue objeto el accionante quedó plenamente demostrada.

VI.- CONCLUSIÓN: Demostrado que el despido del actor obedeció a motivos de discriminación en razón de su origen nacional (colombiano), el resultado no puede ser otro más que la nulidad del acto de despido, por tratarse de la violación de un derecho fundamental, tutelado no solo por normas de orden internacional, sino también por nuestra Constitución Política y el Código de Trabajo. En consecuencia lo procedente es confirmar el fallo recurrido en lo que fue objeto de recurso.

PRESUNCIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO COMO CONSECUENCIA DE INDICIOS COMPROBADOS. CASO DE CUIDACARROS.
VOTO N° 2008-000082
DE LAS 9:40 HRS. DEL 6 DE FEBRERO DEL 2008.

I.- ANTECEDENTES: El actor alegó en su demanda haber trabajado para los accionados, como vigilante de carros en el negocio denominado "…", propiedad de la empresa …. Señaló que percibía por ingresos un promedio del monto de las propinas de ¢32.000.00 semanales y laboraba en una jornada aproximada de 71 horas semanales de miércoles a lunes, con un día libre. Refiere que los clientes del negocio le regalaban propina voluntaria y el co-demandado ... le exigía la entrega del monto total. Adujo que la relación la dio por concluida el 13 de febrero del 2006 con responsabilidad patronal, con fundamento en el artículo 83 incisos a) y j) del Código de Trabajo. Solicitó se le cancelaran los siguientes extremos laborales: preaviso, auxilio de cesantía, aguinaldo y 2 semanas de vacaciones, las diferencias de pago, horas extra de todo el período, intereses; y ambas costas (folios 8-10 y ampliación a folio 12). Los accionados contestaron negativamente la acción y opusieron las excepciones de falta de derecho y falta de interés actual. Solicitaron declarar sin lugar la demanda (folios 21-22). La juzgadora de primera instancia, declaró parcialmente con lugar la acción y condenó a los accionados a pagar los siguientes extremos: 1 mes de salario por preaviso, por el monto de ¢138.666,66; 19,5 días de salarios por concepto de auxilio de cesantía, en el monto de ¢104.000.00; 12 días de vacaciones por la suma de ¢64.000,00; aguinaldo la suma de ¢184.888,88; la cantidad de 909.30 horas extra, por el monto de ¢909.290,90. La condenatoria la fijó en la suma total de ¢1.400.846,40. Concedió intereses legales sobre los montos adeudados a partir del 13 de febrero del 2006, hasta su efectivo pago. Resolvió con ambas costas a cargo de los accionados, fijando las personales

en el 20% del total de la condenatoria. Denegó el extremo de diferencias salariales (folios 34-47). La parte demandada apeló el fallo y el Tribunal lo revocó, acogiendo la excepción de falta de derecho y declaró sin lugar la acción en todos sus extremos (folios 49-54-59). Ante esta Sala el actor interpone recurso de tercera instancia rogada.

II.- AGRAVIOS DEL RECURRENTE. Aduce que si bien el órgano de alzada tiene por demostrado que el actor cuidaba los carros de los clientes que concurrían al negocio denominado "…" estacionados en un lote alquilado por el co-demandado ..., omite analizar la forma en que el actor prestaba tales servicios. Reclama violación del artículo 493 del Código de Trabajo (por error indica 453), respecto de la apreciación de las pruebas. Invoca quebranto de las reglas de la sana crítica racional y del principio indubio pro operario. Acusa que las declaraciones de los testigos de los accionados deben valorarse con cautela. Refiere que ninguno de los testigos negó la relación, debiendo presumirse la existencia de una relación de naturaleza laboral. De los autos se infiere que el actor tomaba un día de descanso y desarrollaba su actividad en una propiedad privada de los accionados. Se deja de apreciar la manifestación del co-accionado ..., en la diligencia de conciliación en el Ministerio de Trabajo, al conceder una semana de vacaciones. Pide se revoque la sentencia y declare con lugar la acción (folio 68-72).

III.- INDEBIDA APRECIACIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA: El recurrente, acusa que el órgano de alzada, incurrió en una indebida valoración y apreciación de los elementos probatorios. Ante tal agravio, resulta imprescindible señalar que, de conformidad con el artículo 493 del Código de Trabajo, en esta materia, salvo disposición expresa en contrario, la prueba se apreciará en conciencia, sin sujeción a las normas del Derecho Común; pero indicándose en cada caso concreto, las razones sobre las cuales se sustenta lo resuelto. En atención a ese numeral, el juzgador (a), debe valorar los elementos de convicción allegados a los autos; y además, debe aplicar las reglas de las sana crítica y la razonabilidad; pues en esa norma no contempla un régimen de íntima o de libre convicción. En efecto, en el fallo constitucional N° 4.448 de las 9:00 horas del 30 de agosto de 1966, respecto de esta concreta norma se explicó: "... la apreciación de la prueba en conciencia no implica resolver en forma arbitraria, por cuanto todo juez, como funcionario público que es, se encuentra sujeto al principio de legalidad, el cual constituye un imperativo de adecuación de la acción pública, no sólo de las normas específicas sobre un objeto determinado, sino a todo el bloque de legalidad; por lo que no puede fallar con desprecio de los principios y derechos constitucionales, ya que está limitado por las reglas de la sana crítica y principios de razonabilidad, que debidamente aplicados conducen a la armonía de la apreciación jurisdiccional con la Constitución Política...". "... las facultades de los jueces de apreciar la prueba en conciencia, no resultan contrarias a la obligación del juez de fundamentar sus fallos, principio constitucional que integra el debido proceso...". Con fundamento en lo anterior, es que procede interpretar la norma en cuestión, de tal manera que no resulta inconstitucional la facultad de los jueces y juezas laborales de apreciar la prueba en conciencia, siempre y cuando se dicte un fallo fundamentado, en aplicación de las reglas de la sana crítica y razonabilidad.

IV. DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO. Reiteradamente esta Sala ha dicho que el carácter laboral de una determinada relación jurídica puede establecerse mediante la identificación de determinados elementos, que caracterizan ese tipo de relaciones. El estudio debe partir de los conceptos de empleador (a) y de trabajador (a) que establecen los artículos 2 y 4 del Código de Trabajo, para luego analizar, especialmente, el numeral 18, que define el contrato de trabajo. En efecto, de conformidad con esta última norma, contrato laboral es aquél en el cual, con independencia de la denominación que se le dé, una persona se obliga a prestar, a otra u otras, sus servicios o a ejecutarle(s) una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada; y por una remuneración, de cualquier clase o forma. También establece, dicho numeral, una presunción legal -la cual, desde luego, admite prueba en contrario, pues es sólo iuris tantum-, respecto de la existencia de un vínculo laboral, entre el individuo que presta sus servicios y quien los recibe. La remuneración, de conformidad con el numeral 164

ídem, puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o a destajo y en dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador (a). Tres elementos son, entonces, los que con claridad ayudan a definir jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo: la prestación personal de un servicio, el cual debe ser remunerado y que se desarrolle bajo subordinación, respecto del empleador (a). Jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que, por lo general, tal subordinación o dependencia, es el elemento fundamental para poder determinar si se está o no en presencia de una relación laboral. Esto por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas, donde los elementos de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el de la remuneración, también están presentes, configurando lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dado en llamar "zonas grises" o "casos frontera". De esa manera, generalmente, el elemento determinante, característico y diferenciador, en la de naturaleza típicamente laboral, es el de la subordinación; la cual se concibe como "el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, ..."; "... es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas..." por lo que basta "...con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quién presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario." (CABANELLAS, Guillermo. Contrato de Trabajo, Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239, 243). (Sobre este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias de esta Sala, números 38, de las 10:10 horas del 5 de febrero y 151, de las 9:10 horas del 28 de marzo, ambas del 2003). Por otra parte, al realizar el análisis de asuntos como el que se conoce, debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de la realidad, cuya aplicación está implícita en el citado artículo 18. Como se sabe, el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, conforme con el cual, en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente; desde el punto de vista jurídico. En consecuencia, de conformidad con este principio, en materia laboral, importa más lo que ocurre en la práctica, que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos. (En ese claro sentido pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias números 45, de las 10:10 horas del 8 de febrero del 2002; 27, de las 9:30 horas del 31 de enero; 83, de las 9:40 horas del 26 de febrero; y, 151, de las 9:10 horas del 28 de marzo, éstas del 2003). Tales premisas deben orientar el estudio del recurso presentado por la parte actora, a los efectos de determinar si medio relación entre las partes y la naturaleza de la misma.

V.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA EN EL CASO CONCRETO. El actor indicó que mantuvo relación laboral con los accionados; mientras éstos han negado cualquier tipo de ligamen, aduciéndose que laboraba por su cuenta y sus ingresos eran dádivas entregadas por los propietarios de los vehículos que cuidaba, en el momento que éstos eran comensales. Están debidamente acreditados los siguientes hechos: El actor cuidaba carros de los clientes de la …, propiedad de …. Los vehículos que cuidaba, eran ubicados en un lote alquilado por el señor ..., quien es el administrador del negocio (demanda y contestación; hecho probados 1) y 2 del fallo del Tribunal). En los hechos primero y segundo de la demanda y a través del proceso el actor ha sostenido que cumplía "un horario variado de miércoles a lunes, laborando aproximadamente setenta y una horas semanales…disfrutando un día libre por semana…" También indicó "algunos clientes me regalaban propina voluntaria, de esa propina el señor ... me exigía la entrega de la totalidad y me indicó que de la misma estaba pagando el aguinaldo" (folio 8). Al respecto, la prueba testimonial evacuada da cuenta de lo siguiente. El testigo …, ofrecido por los accionados, dijo: "Tengo dos años de trabajar para los demandados. El señor … un día en el centro de Puriscal me dijo que si yo lo podía colocar ahí en el negocio de los demandados a cuidar carros, yo le dije que sí porque el otro cuidador que estaba ahí y que era de Puriscal se

había venido. Cuando ... llegó a cuidar carro él hablo con don ... que es el administrador porque el dueño del negocio es don …. Del dinero que los clientes del negocio nos dan por el cuido de carros, hay que darle una parte a don ... porque el terreno donde se parquean él lo tiene alquilado. Hay semanas que por ejemplo yo le doy veinte mil colones de lo que recibo y hay semanas que se le da menos. Me consta que don ... tiene que pagar cien mil colones por el alquiler del terreno donde se parquean los carros que está cerca de donde esta el negocio. Yo no se si ... tenía que darle una parte de los recibido por los clientes o si tenía alguna remuneración de parte de él. En el momento en que ... estuvo cuidando carros, solamente estaba él, porque había otro cuidador de carros que era totalmente independiente porque es el guarda de un taller, ese señor lo que recibe se lo deja y no tiene nada que darle a don .... Don ... llegaba a las doce mediodía y se venía en el último bus que pasa por ahí faltando diez o cinco minutos para las once de la noche, yo no se si él tenia ese horario por decisión propia porque alguien se lo impusiera. El llegaba a cuidar carros todos los días de la semana, con un día libre porque no llegaba. El hombre le indicaba que no llegara el día que no tenía que ir (el testigo señala con su mano al señor ...), esto lo hacía porque los días que le decía que no fuera era porque eran los días más malos como son los lunes y martes. Cuando don ... no llegaba no iba nadie a cuidar los carros porque no valía la pena porque llegaban muy pocos. No me constan las razones por las cuales don ... dejó de cuidar. Ahora después de que ... dejó de ir, hay muchachito que cuida carros y tiene que darle a don ... algo de lo que recoge para el pago del alquiler del terreno y también tiene un día libre que son los martes. Yo soy guarda de seguridad en el negocio, entro a las ocho de la noche y salgo a las seis y media siete de la mañana del día siguiente. 2.- Ese dinero que yo recojo lo hago en el tiempo que cuido carros porque yo entro a las ocho de la noche y salgo a cuidar carros en ese momento… 3) Parte del dinero que yo recojo como cuidador de carros me lo dejo yo, don ... me cambea (sic) el menudo y me da billetes. 4.- Nunca le dije a ... que él iba como empleado del negocio. 5.- No me consta que el Licenciado … haya contratado a don .... Preguntas del Despacho: no se si él en algún momento no se presentó a cuidar los carros…Yo laboro de martes a lunes que salgo a las seis y media de la mañana, a veces ... me hacía los día libres que son los lunes. Yo no se quién le pagaba a él por ir a cuidar los días libres, quien le pedía que fuese a hacerme el día libre era don ..." (lo destacado y subrayado no es del original) (folios 29 frente y vuelto). El testigo …, también ofrecido por los accionados, manifestó: "Tengo quince años de trabajo con los demandados. Lo que me consta es que ... iba a cuidar carros, el llega igual que los otros sin ser contratado por nadie, ellos reciben lo que la gente les da por cuidar carros, pero no hay relación laboral. Los que cuidaban carros era él (se refiere al actor) o don … que es el que está en la noche, don … si trabaja ahí porque es el guarda de la noche. El llegaba a cuidar carros toda la semana, no se que hora llegaba ni a que hora se retiraba. ... entraba al negocio a cambiar el menudo por el billete. ... cuidaba los carros que se ubican al frente del negocio y los que se ubican en un terreno a la parte del negocio, cuyo dueño es un señor de Ciudad Colón. No me consta si ... tenía o no que pagarle algo al dueño del terreno donde se parquean los carros. No me consta si ... tenía que pagarle algo a don ... por cuidar los carros que se ubican al frente del negocio. Yo estuve presente algunas veces cuando ... entraba a cambiar el menudo por billetes e incluso en algunas oportunidades yo le cambie. De la caja registradora del negocio estamos a cargo, don ..., una muchacha que esta ahí en el negocio y yo. El cambio de menudo a billete también lo hizo don ... o la muchacha y esto porque yo lo ví. No me consta las razones, ignoro porque dejó de ir a cuidar carros. El muchacho que ahora cuida carros está en las mismas condiciones en que llegó ..., él llegó solo y recibe lo que la gente le da por el cuido de carros. Se le concede la palabra al abogado de la parte demandada. 1. Nunca escuché de don ... decir que había sido contratado por el Licenciado …. Se le concede la palabra al abogado del actor: 1.- El terreno que está a la par del negocio donde se parquean los vehículos, es alquilado por el negocio. No me consta cuanto pagan por el alquiler del mismo" (lo destacado no es del original) (folio 30). Resulta relevante extraer y destacar lo declarado por el testigo …, pues se deducen otros hechos que se han de tener como ciertos. El testigo dijo que don ... cuando llegó a cuidar carros habló con don .... Refirió que no le consta si don ... tenía que darle una parte de lo recibido por los clientes a don ... o si percibía alguna remuneración de parte de él; no obstante sí manifestó que "del dinero que los clientes del negocio nos dan por el cuido de carros, hay

que darle una parte a don ... porque el terreno donde se parquean él lo tiene alquilado y paga cien mil colones". Relató que hay semanas que él le da veinte mil colones y hay semanas que se le da menos. Mencionó que en el momento en que ... estuvo cuidando carros, solamente estaba él, porque había otro cuidador de carros que era totalmente independiente porque es el guarda de un taller, ese señor lo que recibe se lo deja y no tiene nada que darle a don .... También está demostrado que el actual cuida carros tiene que darle a don ... algo de lo que recoge para el pago del alquiler del terreno. Se acredita que el actor a veces le hacía los días libres al guarda, a petición del co-demandado .... En aplicación al principio de comunidad de la prueba y apreciado ese testimonio conforme al numeral 493 del Código de Trabajo, acorde con las reglas de la sana crítica racional, se está en presencia de presunciones humanas a que hace referencia el artículo 417 del Código Procesal Civil, pues de una deducción lógica, es razonable concluir como cierta la versión del actor, respecto de que los dineros recibidos de las personas a quienes le cuidaba los vehículos, debía entregarla a don ... administrador del negocio y luego éste le remuneraba. Esto es así por cuanto no habría razón para dejar de considerar que el dinero que también recaudaba el actor, igualmente se destinaría una parte para financiar y cancelar el alquiler del terreno, que sí se le exigía al guarda y al actual cuida carros que lo sustituyó. Tómese nota que el testigo afirmó "Ahora después de que ... dejó de ir, hay un muchachito que cuida carros y tiene que darle a don ... algo de lo que recoge para el pago del alquiler del terreno". Se dan las circunstancias de la existencia de un horario y la potestad de darle indicaciones como declarado por el testigo "El hombre le indicaba que no llegara el día que no tenía que ir en vista de que no valía la pena porque la escasa clientela al negocio". Aunado a lo anterior, se tiene que en el acta de comparecencia ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se consignó "Después de dialogar, no logran ponerse de acuerdo, pero piden una nueva cita para conciliar, para el próximo lunes trece de febrero a las ocho de la mañana, quedando formalmente citados a este acto. En este acto el patrono otorga al trabajador una semana de vacaciones que rigen a partir del día de hoy y hasta el próximo lunes 13" (lo destacado no es del original) (folio 6). Lo anterior viene a configurar presunciones como medios de prueba que son consecuencia directa, precisa y deducida de indicios comprobados, como resultando del ejercicio para apreciar las probanzas, derivados de la presunción de otros hechos, como los indicados que se han tenido como ciertos. Así las cosas en el caso bajo análisis, quedó acreditado el hecho que da sustento a la presunción; sea, la prestación personal del servicio por parte del actor. De la misma manera, está acreditado que se le pagaba una remuneración por las labores realizadas, pues así ha de tenerse con base al análisis anterior. Las declaraciones del testigo … están en abierta contradicción con lo declarado por el otro testigo …, -también ofrecido por los accionados- pues en parte su manifestaciones resultan complacientes a los intereses de la parte accionada, al grado que entró a calificar la relación entre las partes diciendo que no había relación laboral omitiendo brindar información que dijo desconocer y dio otras muy distintas que contradicen. Tómese nota que afirmó "el muchacho que ahora cuida carros está en las mismas condiciones en que llegó don ..., él llegó sólo y recibe lo que la gente le da por el cuido de carros". Ello difiere por lo manifestado por el testigo …. No es creíble que desconozca el horario del actor, pues se trata de un empleado que dijo laborar 15 años en el negocio, ocupando el cargo de cajero y usualmente se encontraba en el negocio. Se trata de un empleado de confianza y jerarquía superior el guarda, por lo que no resulta lógico estimar que tenga desconocimiento de pormenores que si los tiene el guarda. Sus manifestaciones han sido valoradas con las reservas del caso, por la posición que ocupa en la empresa. Los restantes testimonios rendidos por ..., … y …, vienen a ratificar que el actor cumplía un horario de doce medio día a las diez y media de la noche, lo que es coincidente con lo declarado por … (folios 29 vuelto y 30 frente y vuelto). Esto confirma las presunciones e indicios a que se han hecho referencia. Incluso se acreditó que don ..., le indicaba que no llegara el día que no tenía que ir, porque le decía que no fuera los días malos, como los lunes y martes, lo que se acredita la prestación personal y la subordinación a que estuvo sujeto el actor, evidenciando que don ... no asumía el riesgo por cuenta propia, pues de lo haberlo asumido no habría motivo alguno para darle ese tipo de indicaciones.

CONVENCIÓN COLECTIVA.
FERTICA.
VOTO N° 2007-000213
DE LAS 11 HRS. DEL 30 DE MARZO DEL 2007.

III.- A efecto de resolver la litis, interesa analizar, en términos generales, los alcances del artículo 360 del Código de Trabajo, así como la posibilidad de que una norma convencional regule en sentido distinto el tema de que se ocupa. La mencionada disposición reza: "La Junta Directiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos de trabajadores tiene personería para representar judicial y extrajudicialmente a cada uno de sus afiliados en la defensa de sus intereses individuales de carácter económico social, siempre que ellos expresamente lo soliciten. La Junta Directiva podrá delegar esa personería en cualquiera de sus miembros; y la delegación se comprobará con certificación del correspondiente acuerdo". Dicha norma debe relacionarse con la escasa regulación que de las excepciones se hace en ese cuerpo normativo (artículos 469 a 473). Así, el numeral 469 reza: "Artículo 469.- Todas las excepciones se opondrán en el momento de contestar la demanda o contrademanda, salvo las de cosa juzgada, prescripción y transacción ajustada a las leyes de trabajo, que se podrán alegar antes de que se dicte sentencia de segunda instancia. Aunque el demandado o reconvenido opusieran alguna excepción dilatoria, no por ello dejarán de quedar obligados a contestar en cuanto al fondo, la correspondiente acción.". El 470 siguiente se ocupa de la audiencia de las excepciones opuestas. Por su parte, el 471 regula la oportunidad en que se deben resolver dichas defensas: "El juez resolverá de previo las excepciones dilatorias, dándole preferencia a la incompetencia de jurisdicción para lo cual ordenará recibir las pruebas propuestas o cualesquiera otras que estime necesarias. Las demás excepciones las dejará para sentencia". Seguidamente, el 472 toca el tema de la excepción de incompetencia por razón del territorio o de la materia. Por último, el 473 da cuenta que las resoluciones que declaren con lugar las otras excepciones dilatorias, serán apelables en ambos efectos. Como el artículo 452 remite en lo no regulado al Código Procesal Civil, en lo que interesa, debemos analizar lo dispuesto en éste sobre el particular. En esa labor, encontramos que el numeral 298, contempla como parte de las excepciones previas la falta de capacidad o defectuosa representación (inciso 2) y de ahí que debamos estarnos al contenido de los numerales 102 y 103, los cuales se refieren a la capacidad procesal: "Artículo 102.- Capacidad procesal. Tienen capacidad para ser parte quienes tengan el libre ejercicio de sus derechos. Las personas jurídicas actuarán por medio de sus representantes, de conformidad con la ley, sus estatutos o la escritura social". "Artículo 103.- Comprobación de la capacidad. Los representantes deberán demostrar su capacidad procesal en la primera gestión que realicen". En primer término cabe indicar que, la llamada capacidad procesal se diferencia de la legitimación para ser parte. Respecto de esta última, el artículo 104 expresa: "Parte legítima. Es aquella que alega tener una determinada relación jurídica con la pretensión procesal" y el numeral 121, en cuanto a la pretensión procesal establece: "Pretensión procesal. La persona que pretenda la declaratoria de un derecho a su favor, o la declaración de certeza de una situación jurídica, podrá pedirlo mediante la demanda o la contrademanda". En ese orden de ideas la capacidad procesal se identifica con la capacidad de actuar en un determinado proceso y se puede relacionar con el tema de la representación, mas no tiene que ver con el derecho material. Mientras que la legitimación en la causa es una cuestión de fondo vinculada directamente con el objeto de la litis. Ahora bien, resulta evidente que la citada norma (360) al disponer que el sindicato tiene personería para representar judicial y extrajudicialmente a cada afiliado en la defensa de sus intereses individuales de carácter económico-social, no regula el tema de la legitimación del sindicato en la causa, toda vez que éste, en el supuesto específico que ella contempla, no estaría defendiendo su propios intereses, sino, el de cada uno de los agremiados que lo han solicitado específica y expresamente y siempre que esos intereses sean profesionales, o sea, de carácter económico social, por cuanto, si no tienen esta naturaleza tampoco estaríamos en el supuesto contemplado en la norma. Sobre el punto, en el Voto N° 397, de las 9:40 horas, del 29 de noviembre de 1994 se trajo a colación el dictamen de la Comisión Especial, que permite aclarar los alcances de la disposición, así: "En este sentido es importante reproducir el dictamen de la Comisión

Especial del Congreso Constitucional del 24 de julio de 1943; en lo que interesa dijo: “Aclaramos el artículo 290 -hoy 360 del Código de Trabajo- intercalándole varios conceptos, que se explican por sí mismos. Es evidente que sólo puede corresponder a la Junta Directiva de un sindicato, federación o confederación de sindicatos de trabajadores la representación judicial y extrajudicial de cada uno de sus miembros, para la defensa de sus intereses y siempre que éstos expresamente lo soliciten (palabra mucho más exacta con que sustituimos la forma verbal “consientan”). Desde luego, dicha Junta Directiva no podrá tener personería para defender los intereses individuales de sus miembros, aunque éstos lo soliciten, cuando tales intereses no fueren de carácter profesional, por lo cual introdujimos antes del término “siempre” la frase “de carácter económico social.”” (la negrita no es del original)…”. En ese sentido, cuando los afiliados de un sindicato le solicitan a éste expresamente que los represente judicialmente (o extrajudicialmente si fuere del caso) en la defensa de sus intereses individuales de carácter económico social, los cuales por sí mismos resultarían absolutamente excepcionales, son ellos quienes serían parte en el proceso, representados por el sindicato. En otras palabras, aunque en términos generales, las partes con capacidad procesal pueden comparecer personalmente en el proceso, la ley posibilita que lo hagan por medio de representante y el artículo 360 regula la posibilidad de que tratándose de trabajadores afiliados a un sindicato, ese representante sea el sindicato específicamente para la defensa de los intereses individuales de carácter económico-social de aquellos. Así las cosas, los problemas que podrían suscitarse respecto de la ausencia o defectos en la solicitud tiene que ver directamente con el tema de la representación de aquellos; problema tratado en la legislación como una cuestión de orden procesal y no de fondo (voto número 18 de las 9:00 horas del 25 de marzo de 1987); específicamente previsto en la mencionada excepción previa denominada “falta de capacidad o defectuosa representación” (énfasis suplido).-

IV.- Precisa resaltar que ninguna norma convencional podría venir a regular en sentido distinto lo dispuesto en el artículo 360. Es cierto que el numeral 62 de la Constitución Política dispone: “Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados”. Esa norma debe relacionarse con los numerales 54 (párrafo segundo) y 55, ambos del Código de Trabajo, los que por su orden establecen: “Artículo 54.-… La convención colectiva tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industriales o regiones que afecte…”. Y, “Artículo 55.- Las estipulaciones de la convención colectiva tienen fuera de ley para: a) Las partes que han suscrito, justificando su personería de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51; b) Todas las personas que en el momento de entrar en vigor trabajen en la empresa, empresas o centros de producción a que el pacto se refiera, en lo que aquéllas resulten favorecidas y aún cuando no sean miembros del sindicato o sindicatos de trabajadores que los hubieren celebrado; y c) Los que concierten en lo futuro contratos individuales o colectivos dentro de la misma empresa, empresas o centro de producción afectados por el pacto, en el concepto de que dichos contratos no podrán celebrarse en condiciones menos favorables para los trabajadores que las contenidas en la convención colectiva”. Respecto de la “fuerza de ley” de las cláusulas convencionales, esta Sala en su Voto Número 227 del 2005 dispuso: “El carácter vinculante -con fuerza de ley- establecido en la Carta Magna y reiterado en el Código de Trabajo, resulta necesario, pues ningún sentido tendrían los acuerdos logrados entre empleadores y trabajadores para solucionar sus conflictos, si alguna de las partes pudiera decidir libremente si los cumple o no. Así, en virtud de la naturaleza del convenio colectivo, existe la posibilidad de poder exigir el cumplimiento de lo pactado. No obstante, la fuerza de ley les está conferida en el tanto en que las convenciones colectivas se hayan acordado conforme a la legislación. Se desprende, de lo anterior, una subordinación de éstas a la potestad legislativa del Estado. Esta idea, también se desprende del texto del párrafo final del artículo 57 del citado Código, cuando señala: “Dicho depósito será comunicado directamente a la Oficina de Asuntos Gremiales y de Conciliación Administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para que éste ordene a las partes ajustarse a los requisitos de ley en caso de que la convención contenga alguna violación de las disposiciones legales del presente Código.” (Énfasis

suplidos). De lo transcrito se deduce que lo pactado en un convenio colectivo no puede ir en contra de lo establecido en la ley; especialmente, cuando ésta es de orden público, puesto que los convenios colectivos, en cuanto a su contenido, deben estar sujetos a la normativa legal (artículo 58 del Código de Trabajo) y sirven para superar las garantías mínimas que han sido establecidas legalmente. Sobre este tema, Cabanellas explica: "...lo vedado, por atentar contra la norma legal, es modificar un precepto de orden público, inderogable por esencia ante la simple iniciativa privada. Hay que respetar, pues, las normas mínimas establecidas... no cabe desconocer preceptos imperativos legales... un convenio aprobado por la autoridad administrativa puede ser desconocido por la autoridad judicial; pues, aunque logren la misma eficacia que una ley, no cabe su oposición con leyes laborales de orden público y, por tanto, inderogables por las convenciones colectivas. De esta manera, a nuestro parecer, si un convenio colectivo, aun aprobado por la autoridad administrativa, es contrario a la ley, no cabe aplicarlo por la autoridad judicial; pues ésta actúa en una esfera distinta, y la aprobación por las autoridades administrativas puede resultar insuficientes para la autoridad judicial... De la misma manera que los contratos individuales de trabajo deben respetar las normas legales de orden público que rijan en esta materia, los convenios colectivos no pueden oponerse a dichas normas, salvo que las mejoren en beneficio del trabajador." (CABANELLAS, Guillermo. Derecho Normativo Laboral, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1.966, pp. 397-398)". Sobre el tema, en la sentencia de la Sala Constitucional número 1355, de las 12:18 horas del 22 de marzo de 1996, citada en ese otro fallo, se consideró. "Por disponerlo así expresamente el artículo 62 de la Constitución Política, las convenciones colectivas de trabajo que se celebren conforme a la ley, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Y como hemos dicho que uno de los objetivos de las convenciones colectivas de trabajo, es revisar el contenido mínimo de los beneficios legales establecidos para los trabajadores, en principio, es posible argumentar que es jurídicamente válido que una convención colectiva pueda introducir modificaciones o reformas de carácter legal. Pero como el artículo 129 de la Constitución Política señala que las leyes son obligatorias y sólo pueden ser derogadas por otra posterior, debemos concluir en que una norma de una convención colectiva no puede quitar vigencia a las leyes ordinarias, sino que, en tratándose de relaciones laborales, de hecho se pueden superar esos mínimos existentes, pero solo para el caso concreto de que se trata, manteniendo la ley su vigencia. Es decir, que las disposiciones normativas de las convenciones colectivas de trabajo, deben ajustarse a las normas legales laborales existentes, las que pueden superar cuando se trata de conceder beneficios a los trabajadores, siempre y cuando no se afecten o deroguen disposiciones de carácter imperativo, con lo que se quiere decir que las convenciones colectivas de trabajo, quedan sujetas y limitadas por las leyes de orden público" (también se pueden consultar los votos números 7085, de las 11:54 horas, del 2 de octubre de 1998 y 11946, de las 15:51 horas, del 21 de noviembre del 2001). Con base en los antecedentes del órgano contralor de constitucionalidad, que resultan vinculantes para esta otra Sala (artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional), debe concluirse que mediante una convención colectiva no puede reformarse la ley ordinaria que confiere atribuciones a órganos constitucionales, ni otras disposiciones legales, que no tienen que ver con el contenido de los contratos individuales de trabajo. Por otro lado, en la sentencia de esta Sala número 108, de las 9:40 horas del 12 de marzo del 2003 expresamente se dio cuenta de lo siguiente: "… un convenio colectivo no puede dejar sin efecto normas de carácter imperativo o prohibitivo, entre ellas las calificadas como de orden público, ni podría ser oponible si se ha pactado sin la participación de quienes, por ley, debieron haber manifestado su asentimiento (ver, sobre el tema, los votos N°s. 119, de las 9:30 horas, del 13 de junio; 138, de las 9:30 horas, del 2 de julio; 145, de las 10:10 horas, del 9 de julio; 320, de las 10 horas, del 17 de diciembre, todos de 1997; y 30, de las 8:40 horas, del 30 de enero de 1998)". En consecuencia, a nada conduciría la discusión acerca de una supuesta regulación distinta en la convención colectiva de lo preceptuado en el citado artículo 360, que es una norma de orden público conforme con el artículo 14 del mismo cuerpo normativo; toda vez que, esa norma debe siempre prevalecer respecto de aquella.-

V.- Mediante un convenio colectivo (e incluso un laudo arbitral) se crean (no se declaran) las normas, a las que

deben ajustarse las relaciones particulares que estén en el supuesto o en los supuestos de la disposición creada (cláusulas normativas); estableciéndose también por lo general obligaciones que las partes del proceso deben cumplir (cláusulas obligacionales). Así las cosas, tal y como lo ha reiterado la Sala, la existencia de derechos subjetivos dependerá de su aplicación a las relaciones particulares en que la norma puede cobrar vida y, de llegar a existir esos derechos, éstos nacerán para los sujetos activos de las respectivas relaciones substanciales. Tomando en cuenta la interpretación que del artículo 360 del Código de Trabajo se ha realizado, para resolver la litis, resulta de interés citar el voto número 36, de las 10:00 horas del 6 de febrero de 1998, en lo que se refiere específicamente al contenido normativo y al obligacional del clausulado de un instrumento colectivo (llámese laudo o convención colectiva). En ese antecedente, sobre ese específico tema se indicó: "… ante la violación de cláusulas obligacionales, las partes del proceso colectivo tienen legitimación para exigir la ejecución, en lo que sean ejecutables, la sanción o el resarcimiento (artículo 535 del Código de Trabajo) (se cita esa norma porque el antecedente versa sobre la aplicación de un laudo arbitral). La infracción de las normativas, como aplicables que son a las relaciones particulares con los trabajadores, "originan la responsabilidad individual de las partes que le dan vida al contrato de trabajo (el patrono o el trabajador a quien quepa imputarle la infracción)" (Cabanellas. Compendio de Derecho Laboral, Tomo II, N° 2002); y de ahí que la legitimación para instar en los tribunales el restañamiento del derecho lesionado, no sea de las partes del proceso colectivo, sino del sujeto de la relación en que la norma puede cobrar vida, que se siente afectado. Por lo consiguiente, es correcta la tesis esgrimida por la parte demandada en su recurso, de que la organización social actora no tiene legitimación para demandar el cumplimiento de las prestaciones salariales a que se refiere este asunto, porque los sujetos activos de la relación substancial son los servidores del Banco de Costa Rica y no ella…". En el caso concreto, la demanda realmente no fue planteada en representación de trabajadores específicos, porque así no se indicó, dado que el sindicato lo que hizo fue constituirse en parte él y no como representante de otros (y dicho sea de paso ninguna de las pretensiones incluidas en ella representa el reclamo de intereses individuales de los trabajadores particularmente considerados de carácter económico y social, en los términos prescritos en el tantas veces mencionado artículo 360). Se repite que el libelo inicial lo suscribió quien para la época fungía como Secretario General de la ... (...), invocando el despido de todos los trabajadores con pago de prestaciones y la recontratación de la mayoría de ellos a partir del día siguiente, pero, eliminando o excluyendo del todo la aplicación del convenio colectivo en ese momento vigente. Así, en el hecho noveno de la demanda específicamente se indicó: "La decisión de la demandada de despedir al personal y recontratarlo sin solución de continuidad, en condiciones sustancialmente inferiores a las estipuladas en la Convención Colectiva, constituye un acto manifiestamente ilegal, que da lugar entre otras cosas a lo que podría denominarse "fraude de ley"./ la demanda (sic) se está tratando de valer de un ardid, como fue la cesación colectiva del personal, para desconocer la incuestionable aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo./ La demandada atropelló los derechos de los trabajadores establecidos en la Convención Colectiva, cuya imperatividad resulta indiscutible y prevalece sobre las condiciones laborales desventajosas y mínimas impuestas en los contratos individuales suscritos por los trabajadores, los cuales se le solicitará a la demandada aportar a los autos./ Además, la empresa demandada se ha dedicado a realizar sistemáticamente un conjunto de actos desleales y antisindicales en perjuicio de la Asociación que represento y detrimento de la Convención Colectiva de Trabajo". Seguidamente en el hecho décimo adujo: "La demandada incumple desde el mencionado 09 de setiembre del año pasado, la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre las partes aquí actora y demandada, a consecuencia de lo cual le ha causado un daño sensible a los trabajadores, a los directivos de ... y esta organización social propiamente, suyo pleno restablecimiento y reparación se pretende con esta acción". Para luego, enlistar una serie de "daños salariales y económicos" causados a los trabajadores. En el hecho undécimo también dio cuenta del desconocimiento y disolución de los distintos órganos bipartitos y paritarios; en el duodécimo, de la violación de las cláusulas obligacionales contenidas en la

convención colectiva y en los hechos décimo tercero y décimo cuarto del cierre del Almacén de suministros. Con base en ello se incluyeron como pretensiones: el restablecimiento pleno de la convención colectiva y que se condenara a la demandada a pagar a todos los trabajadores amparados por ese instrumento, todos los suministros subvenciones, contribuciones, beneficios, aumentos de salarios y demás derechos contemplados en la convención colectiva dejados de disfrutar desde el 9 de setiembre de 1995 así como los daños y perjuicios. También, como se dijo, se pidió resarcir al sindicato todos los daños y perjuicios causados como consecuencia de la violación de ese instrumento colectivo y específicamente los derivados del incumplimiento de los artículos de que se dio cuenta en los hechos onceavo a catorceavo junto con los intereses, además de los daños y perjuicios sufridos por el cierre ilegal y arbitrario del Almacén de Suministros. La problemática en este asunto realmente no está vinculada al tema de la defectuosa representación, sino, a la ausencia de legitimación en la causa -por supuesto que sólo respecto de las pretensiones de carácter jurídico relacionadas con la falta de aplicación de cláusulas convencionales en las relaciones particulares de los afiliados-, dado que el sindicato no es el sujeto activo de la relación sustancial, sino, aquellos.-

VI.- Tomando en cuenta lo expuesto en los considerandos precedentes, a pesar de la resolución dictada por el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, de las 8:00 horas del 28 de noviembre del 2001, mediante la cual se denegaron las excepciones de "falta de capacidad o defectuosa representación" y "falta de poder suficiente para demandar" (folios 186 a 190), el Tribunal no sólo podía, sino que debía, abordar el tema de la legitimación en la causa, como procedió a hacerlo, por ser una cuestión de fondo que sólo podía analizarse en sentencia. En cuanto a esto último, debe aclararse que el término "excepción" se estudia también en sentido de defensa, como un conjunto de actos legítimos del demandado tendientes a proteger un derecho. En ese sentido, el jurista Eduardo Couture expone: "Excepción es, pues, en nuestro concepto, el poder jurídico del demandado, de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción." (COUTURE (Eduardo) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990, tercera edición, págs. 96-97). Respecto de las excepciones perentorias, dicho autor señala que no son defensas sobre el proceso sino respecto del derecho y a diferencia de las dilatorias su enumeración no es taxativa; e incluso, normalmente no aparecen enunciadas en los cuerpos normativos. La denominada exceptio sine actione agit, ha sido clasificada como parte de las excepciones perentorias y, por ende, no una defensa sobre el proceso, sino, precisamente, sobre el derecho; es decir, una defensa de fondo o sustancial, sobre el derecho invocado por el actor. Textualmente, el autor citado nos dice: "Si no se trata de obligaciones, o cuando tratándose de éstas se invoca simplemente la inexactitud de los hechos o la inexistencia de la obligación por otros motivos, es costumbre en algunos tribunales dar a la defensa un nombre genérico: exceptio sine actione agit" (pp. 116 y 117). En no pocos pronunciamientos, la jurisprudencia ha entendido que con su invocación se combate el derecho pretendido sea por falta de interés, por falta de legitimación ad causan activa o pasiva y falta de derecho en sentido estricto (ver, entre otros, los Votos de esta Sala números 621, de las 10:00 horas, del 23 de junio del 2000; 798, de las 10:20 horas, del 30 de agosto del 2000 y 943, de las 10:00 horas, del 13 de noviembre del año 2000). En todo caso, es de advertir que el juez está obligado a revisar de oficio los presupuestos para producir una sentencia estimatoria de la demanda (o de una reconvención), como lo son, el derecho, la legitimación y el interés, en virtud de que, tal y como se ha sostenido: "... la justicia es el acierto en la aplicación de la ley". Es decir, aún cuando no se haya interpuesto la excepción específicamente, de no existir uno de esos presupuestos, el juzgador debe de oficio declarar sin lugar la demanda. En ese sentido, en la sentencia pronunciada por la Sala de Casación número 101, de las 10:15 horas, del 6 de setiembre de 1961, citada en el voto de esta otra Sala número 356 de las 10:10 horas del 27 de octubre de 1995 se indicó: "Se ha dicho que en un régimen de derecho, la justicia es el acierto en la aplicación de la ley. La frase cobra muy importante sentido cuando se pone a los juzgadores frente a las condiciones indispensables de una sentencia estimatoria de la demanda o de la reconvención: el derecho, el interés y la legitimación en causa, activa y pasiva, con lo cual se hace

referencia a las circunstancias de que el actor sea el titular o dueño del derecho, - legitimación activa,- y el demandado la persona verdaderamente obligada a la correspondiente prestación - legitimación pasiva-. ¿Podrá un Juez de derecho, aun en ausencia de las correspondientes excepciones o defensas, acoger una pretensión por vía de demanda o de contrademanda, si los autos revelan que no hay derecho, o que no existe actual interés, o que el derecho no pertenece a quien lo ejercita, o que el demandado no es la persona a quien se puede legítimamente compulsar a satisfacer la pretensión? La respuesta ha de ser negativa en los cuatro supuestos, si es que la justicia, en un régimen de derecho, ha de seguir siendo el acierto en la aplicación de la ley. Porque si los autos revelan que el derecho no existe, ¿cómo declararlo a pretexto de falta de defensa de parte en este sentido? Si el interés no es actual y así resulta del proceso, la ausencia de excepción concreta del litigante interesado, debe llevar a tener por realidad lo no nacido o que se extinguió legalmente? Y si no obstante la falta de defensa respectiva, resulta claramente manifiesto del proceso que, existente el derecho, el que lo ejercita no es un titular, o la persona contra quien se ejercita no es la obligada a satisfacerlo, ¿cómo hacer lugar a lo demandado en favor de quien no tiene el derecho o contra quien no es obligado a la prestación? Por todo ello, la doctrina procesal reconoce la necesidad de que los presupuestos de una sentencia estimatoria deben examinarse de oficio, y que sentencia de tal clase no puede dictarse en ausencia de cualquiera de ellos.". Con base en lo expuesto, no se admite en parte la tesis del recurrente, según la cual, el Tribunal estaba imposibilitado para declarar la falta de legitimación en la causa y denegar la demanda en lo que venía siendo estimado por el a quo, por cuanto, con excepción hecha de la pretensión relacionada con el restablecimiento de la convención colectiva (según se analizará luego), en lo que respecta a las pretensiones jurídicas (no de carácter económico social) que sólo podía demandar cada uno de los trabajadores que fueron parte de la relación sustancial y no el sindicato que no tuvo tal posición, sí debía acoger la defensa, como en efecto lo hizo.-

VII.- El a quo, además de pretensiones de carácter jurídico cuya legitimación en la causa sólo tenían los trabajadores individualmente considerados, también dispuso lo siguiente: "Se ordena a la accionada restablecer la plena aplicación de ese instrumento colectivo de trabajo, que se suscribió en el año mil novecientos noventa y cuatro, con el sindicato ..., en cuanto a sus cláusulas normativas". Como se refirió, el ad quem denegó la demanda en todos sus extremos al estimar la defensa de falta de legitimación ad causam activa; mas, respecto de esa pretensión no cabía estimar esa excepción. El artículo 60 de la Constitución Política contempla el derecho de sindicalización de los patronos y de los trabajadores "… con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales…". Por otro lado, los Convenios 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo, se ocupan, precisamente de los derechos sindicales; los dos primeros fueron ratificados por Ley número 2561, del 11 de mayo de 1960 y, el último, mediante la Ley número 5968, del 9 de noviembre de 1976. Así, el 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación del año 1948, se ocupa específicamente de garantizar la libre sindicalización. Por su parte, el 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y convención colectiva, de 1949, precisamente, contempla en su artículo 4 lo siguiente: "Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo". Luego, el 135, denominado Convenio sobre los representantes de los trabajadores, del año 1973, no sólo contempla su necesaria protección, sino, entre otros, la obligación de permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones. Y, en la legislación ordinaria, el artículo 339 del Código de Trabajo dispone: "Sindicato es toda asociación permanente de trabajadores o de patronos o de personas de profesión u oficio independiente, constituida exclusivamente para el estudio, mejoramiento y protección de sus respectivos intereses económicos y sociales comunes.". Como parte de las actividades principales de los sindicatos encontramos la celebración de convenciones colectivas (inciso a), del artículo 340

siguiente). Recordemos que según el numeral 54 de ese cuerpo normativo: “Convención colectiva es la que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste./La convención colectiva tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industriales o regiones que afecte …”. Por otro lado, el artículo 60 regula dos situaciones distintas. Así, el primer párrafo se debe vincular con las limitaciones del analizado artículo 360 y, el segundo párrafo, precisamente, legitima al sindicato para ejercer en nombre propio, los derechos y acciones que nazcan de la convención. Dicha norma textualmente reza: “Al sindicato que hubiere suscrito una convención colectiva le corresponderá responsabilidad por las obligaciones contraídas por cada uno de sus miembros y puede, con la anuencia expresa de éstos, ejercer también los derechos y acciones que a los mismos individualmente competan./ Igualmente podrá dicho sindicato ejercer los derechos y acciones que nazcan de la convención, para regir su cumplimiento y, en su caso, obtener el pago de daños y perjuicios contra sus propios miembros, otros sindicatos que sean partes en la convención, los miembros de éstos y cualesquiera otra persona obligada por la misma” (énfasis suplido). Lo así dispuesto debe relacionarse con el numeral 61 siguiente, el cual establece: “Las personas obligadas por una convención colectiva, sólo podrán ejercer los derechos y acciones que nazcan de la misma, para exigir su cumplimiento, y, en su caso, obtener el pago de daños y perjuicios contra otras personas o sindicatos obligados en la convención, cuando la falta de cumplimiento les ocasione un perjuicio individual”. Por otro lado, se advierte que mediante Ley número 7360 del 4 de noviembre de 1993 se adicionó al Código de Trabajo el apartado denominado “De la protección de los derechos sindicales”, del cual cabe resaltar el contenido del artículo 363 que reza: “Prohíbense las acciones u omisiones que tiendan a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las coaliciones de trabajadores./Cualquier acto que de ellas se origine es absolutamente nulo e ineficaz y se sancionará, en la forma y en las condiciones señaladas en el Código de Trabajo, sus leyes supletorias o conexas por la infracción de disposiciones prohibitivas”. Respecto de esa norma esta Sala ha reiterado el criterio de que: “En estos casos el bien jurídico protegido es la libertad sindical, concebida en forma amplia y comprendiendo, por lo tanto, la libertad de asociación, la autonomía, la negociación colectiva y que comprende también a los representantes libremente elegidos por los trabajadores para quienes la protección va más allá de la constitución y promoción sindical, ya que comprende el ejercicio de la huelga y de la negociación colectiva y abarca no sólo al sindicato sino a otras entidades como las coaliciones y delegaciones de los trabajadores.” (énfasis suplido) (Voto número 42, de las 10:50 horas del 11 de febrero de 1998). En el antecedente citado, respecto de la libertad sindical, también se indicó: “La libertad sindical puede considerarse desde distintas perspectivas. Por un lado, concierne al individuo (aspecto individual) y consiste en la libertad de constituir sindicatos o de afiliarse o no a ellos, o retirarse de los que pertenezcan y por el otro se refiere a estas mismas asociaciones, su organización, administración y funcionamiento, así como al ejercicio de la libertad sindical de segundo grado (autonomía sindical o colectiva) (KROTOSCHIN, Ernesto. “TRATADO PRACTICO DE DERECHO DEL TRABAJO”. Ediciones Depalma. 1987, Buenos Aires, Argentina. Pág. 25). Siendo la libertad de sindicalización un derecho subjetivo, no bastará con que un ordenamiento jurídico permita la sindicación o no, sino que es necesario protegerla contra los que la irrespetan, es decir, asegurar su efectividad. Por ende, los sindicatos deben gozar de protección adecuada contra todo acto de injerencia por parte de un empresario u organización de empresarios en su formación (SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. “DERECHO SINDICAL”. Libros Tirant lo blanch, Valencia, España, 1996).”. Y, en lo que interesa, agregó: “El reconocimiento de la libertad sindical se ha generalizado, en las Constituciones, las declaraciones internacionales y en los Pactos y Convenciones, confiriéndole mayor rango a esta libertad, incluyéndola entre los “derechos fundamentales” o “derechos humanos”. Por consiguiente, estas normas otorgan una especial protección al libre desenvolvimiento de las organizaciones sindicales, no siendo ya un derecho

propio del individuo, sino más bien, un derecho de este tipo especial de asociación, de comunidad de individuos, lo que lo diferencia del resto de los derechos fundamentales. (vid. JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. “LA LIBERTAD SINDICAL”).”. Con base en lo anterior y fundamentalmente de la relación de la normativa aplicable al caso, se desprende que para la defensa de intereses colectivos económicos y sociales el sindicato actúa directamente. Por otro lado, si de lo que se trata es del desconocimiento absoluto del instrumento convencional, el sindicato, quien fue parte en su suscripción tiene legitimación para reclamar su plena aplicación, como un derecho subjetivo suyo, pues, de ese modo, se garantiza la verdadera efectividad de la libertad sindical. Según se explicó, en este asunto se reclamó, entre otros, por el desconocimiento absoluto de la convención colectiva y consecuente desaplicación, al haberse despedido a todos los trabajadores y recontratarlos de nuevo sujetos a las condiciones mínimas de empleo contempladas en la legislación laboral común. En aplicación de los numerales 339, 60 y 61 citados, resulta evidente que el sindicato como parte en la suscripción del instrumento convencional tiene legitimación en la causa para pretender en sede judicial se obligue a la demandada a “… restablecer la plena aplicación de ese instrumento colectivo de trabajo” así como a solicitar se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado como consecuencia de ese incumplimiento; tal y como lo incluyó en su demanda. No obstante, atendiendo a que la sentencia de primera instancia ordenó restablecer la plena aplicación del instrumento colectivo de trabajo suscrito en 1994 sólo en cuanto a sus cláusulas normativas, denegando expresamente los daños y perjuicios pretendidos por el sindicato, sin que la parte interesada interpusiera debidamente el respectivo recurso de apelación, la Sala sólo tiene competencia para conocer lo relacionado con la denegatoria en segunda instancia de aquel extremo sí estimado por el a quo (artículo 608 del Código Procesal Civil, aplicable a la materia laboral a tenor de lo dispuesto por el numeral 452 del de Trabajo). En este apartado, debe hacerse la observación que el lamentable error material contenido en la sentencia de primera instancia, al haberse indicado que figuraba como apoderado un profesional que en ese momento no tenía tal carácter y el posterior rechazo del recurso de apelación interpuesto por éste, en modo alguno constituyen motivos de casación por el fondo, lo que impide a la Sala su conocimiento (artículo 559 del Código de Trabajo). De estimarse la existencia de una supuesta nulidad procesal, tal cuestión debió quedar resuelta en segunda instancia (artículo 502 de ese cuerpo normativo). En todo caso, resultaba claro que se estaba en presencia de un evidente error material, como también es evidente que es la parte la llamada a conocer su situación dentro del proceso, específicamente, en lo que respecta a quién o quiénes son sus representantes.-

VIII.- La contestación del hecho octavo de la demanda debe interpretarse en el sentido de que la parte demandada aceptó el despido y recontratación en los términos apuntados en la demanda conjuntamente con la supresión de la aplicación de la convención colectiva. En esa oportunidad procesal señaló que la empresa: “… se enfrentó al insoslayable hecho de TENER QUE EXTINGUIR LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO POR CASO FORTUITO, ORIGINADO EN LA MAS ABSOLUTA IMPOSIBILIDAD DE SATISFACER TODOS LOS PRIVILEGIOS CONTENIDOS EN AQUELLA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO, QUE CONSTABA DE 75 PÁGINAS DE DERROCHE, Y QUE ERA UNA VERDADERA CARLANCA PARA EL SANO DESARROLLO DE LA COMPAÑÍA. ¡O SE ACTUABA DE ESA MANERA, O SE CERRABA LA EMPRESA, DEJANDO EN LA CALLE A TODOS LOS TRABAJADORES! Se hizo entonces lo más prudente y racional, Y SE GARANTIZÓ EMPLEO PARA MAS DE 247 TRABAJADORES. A tono con lo anterior, debemos manifestar que el caso fortuito es una de las causas de extinción de la convención colectiva, universalmente aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia, por IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LAS PRESTACIONES –(LEASE “HOLGADOS PRIVILEGIOS”, PARA LLAMARLOS INDULGENTEMENTE)-, CONTENIDAS EN LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE REPETIDA CITA EN ESTE LITIGIO…” (folio 49). Además, los hechos que interesan (despido de trabajadores y recontratación sujeta a las condiciones previstas en el Código de Trabajo y, por ende, la desaplicación absoluta de la convención colectiva) fueron tenidos por probados en

el Voto de esta Sala número 681 de las 9:48 horas del 4 de agosto del 2006, en el cual se discutió acerca de la existencia de prácticas laborales antisindicales en que incurrió la aquí demandada para la misma época, así: “En efecto, a través de esa probanza y del conjunto del material probatorio aportado al expediente, particularmente la documental y testimonial rendida, y además como un hecho no controvertido por la actora, se tiene por demostrado que entre la empresa actora y el Sindicato ...., suscribieron una Convención Colectiva, con una vigencia inicial de dos años a partir del 15 de setiembre de 1992, pero que fue prorrogada, por un plazo igual, el 15 de setiembre de 1994 (folio 212, expediente administrativo). En fecha 9 de setiembre de 1995, la sociedad actora procedió al despido, con responsabilidad patronal, de todos los trabajadores. Por ese medio, estimó dejar sin efecto la Convención Colectiva vigente, e inmediatamente re-contrató a los trabajadores, aunque para ello suscribió contratos de trabajo, en los que expresamente se les indicaba su sometimiento, únicamente, a las disposiciones del Código de Trabajo; de modo que a partir de ese momento, salvo el salario que se les mantuvo igual, se dejaron de aplicar las normas convencionales en relación con otros derechos de los trabajadores, como las vacaciones, subsidios por alimentación y otras prestaciones que habían sido adoptadas a través de la Convención, en beneficio de los trabajadores.”. Los mismos hechos tenidos por acreditados en ese antecedente y en este asunto, incluso por inexistencia de una verdadera controversia a su respecto, fueron apreciados por esta Sala en la sentencia de cita como una práctica laboral antisindical. En ese sentido, se consideró: “Por virtud del principio Pacta sunt Servanda, la Asociación profesional que interviene en la convención, o el empleador o los empleadores que la concluyeren, asumen necesariamente la obligación de cumplir -de buena fe, como principio fundamental- con sus propios deberes, en cuanto partes contratantes, precisamente con el fin de garantizar la paz social, que es uno de los fines primordiales que está llamada a cumplir la Convención Colectiva. “Tal como todas las obligaciones que resultan de un contrato, también el deber de cumplir fielmente la convención puede consistir en un hacer como en un no hacer. Algunas veces se han distinguido estos dos aspectos del deber de cumplimiento, al decir que comprende el deber positivo de ejecutar y hacer ejecutar la convención según los principios de la buena fe, y el deber negativo de omitir toda medida de lucha que pueda poner en peligro esa misma ejecución” KROTOSCHIN (Ernesto) Instituciones de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1968, p. 323. En definitiva, no sólo por su investidura de ley material, creadora de derecho objetivo respecto de las partes contratantes y de los contratos laborales individuales que subsistan a su amparo, sino por el expreso convenio de las partes, suscrito en este caso, en el artículo 2 de la Convención, la empresa actora y el Sindicato, quedaron vinculados al estricto cumplimiento de las estipulaciones convenidas en ese instrumento, durante el tiempo pactado para su vigencia, sin que una de las partes pudiera unilateralmente desobligarse de su aplicación. En el caso que nos ocupa, por virtud del acuerdo suscrito entre la representación sindical y la empleadora, la vigencia de la Convención de marras fue prorrogada hasta el mes de setiembre de 1996; lo cual significa que para el 9 de setiembre de 1995, cuando se procedió al despido de todos los trabajadores, el convenio estaba plenamente vigente y por lo mismo resultaba de obligado acatamiento para las partes contratantes. A partir del despido de todos los trabajadores, la entidad patronal dejó de aplicar las cláusulas convencionales, al estimar que por ese medio (el despido masivo), quedaba rescindida la Convención, consideración que es totalmente errónea, en el tanto en que si bien, las normas convencionales se imponen imperativamente sobre los contratos individuales, la parte co -contratante de la Convención es el Sindicato, y no cada uno o todos los trabajadores de la empresa individualmente considerados; de lo que resulta que la desaparición de los contratos individuales de trabajo, no implicaba por sí misma, la desaparición de la Convención Colectiva, máxime que el Sindicato ..., no constituía un Sindicato de empresa, sino uno de carácter industrial, según el artículo 4° del Estatuto Orgánico de esa Asociación (folio 51, tomo I, del expediente administrativo). El desconocimiento por ese medio, de la Convención Colectiva, es una clara violación convencional y legal, que afrenta al ejercicio de la libertad sindical colectiva, entendida ésta última no sólo desde la perspectiva del derecho a conformar sindicatos para la defensa de los intereses comunes

de sus agremiados, sino al válido y efectivo ejercicio de esa actividad, y no cabe duda que, según se dijo, la Convención Colectiva es el medio por excelencia, por el cual, los Sindicatos desarrollan esa actividad reivindicativa; resultando de ese actuar, una clara infracción al ejercicio de los derechos colectivos no sólo del Sindicato, sino también de los trabajadores individualmente considerados, en la medida en que por ese medio fueron desconocidos los derechos alcanzados a través de la negociación colectiva, lo que la ley (artículo 363 del Código de Trabajo) tipifica como una clara práctica laboral desleal; que se intentó disimular bajo la pantalla de una aparente reestructuración.". Es evidente, por contrario a los derechos colectivos en general, que aún y cuando se tuviera por acreditada la existencia de una situación económica difícil por parte de la empresa, no existe normativa alguna que posibilite la inaplicación unilateral de una convención colectiva en su totalidad recurriendo al despido con pago de prestaciones y recontratación en condiciones menos ventajosas a las logradas en ese instrumento, a saber, en este caso concreto, a las mínimas previstas en el Código de Trabajo. Y, ello es así, porque implicaría un traslado del riesgo empresarial a los trabajadores y por ese camino soslayar el derecho mismo a la convención colectiva ligado indefectiblemente a la libertad sindical, dado que, la medida lo único que buscaría sería dejar sin efecto ese instrumento. En ese sentido, en el voto de repetida cita se expuso cuanto sigue: "Es cierto, que los patronos tienen derecho a reorganizar su empresa y reducir gastos con el objeto de estabilizar su economía. Tampoco se desconocen los procesos de cambio de capital accionario al que, al igual que ..., fueron sujetas algunas empresas tradicionalmente de economía pública, en la década de los años 90. Sin embargo, el ejercicio de ese derecho patronal-empresarial, al libre despido, encuentra sus límites cuando se está frente al cumplimiento de otras disposiciones que consagran derechos fundamentales para los/as trabajadores/as, plenamente estipulados en instrumentos de orden supra legal, cual sería el caso visible, del despido de la mujer en estado de embarazo. De admitirse la tesis expuesta por el Tribunal, ello conduciría admitir que el riesgo empresarial, pueda ser asumido por los/as trabajadores/as, en el tanto en que si se constata una dificultad económica empresarial ello autorizaría a que, mediante el despido colectivo se ponga fin a una Convención Colectiva plenamente vigente, lo que da al traste, a no dudarlo, con el ejercicio de los derechos colectivos de los/as trabajadores/as; y concomitantemente con el desconocimiento de las ventajas laborales alcanzadas por ese medio. De los testimonios vertidos en autos, se desprende que la finalidad concreta por la que se echó mano a ese recurso fue la de dejar sin efecto la Convención Colectiva vigente, al punto que la mayoría de los trabajadores despedidos fueron inmediatamente re-contratados, en condiciones laborales distintas a las que tenían al amparo de la Convención Colectiva; y ello constituye una clara práctica laboral desleal, un mecanismo ilegal, para dejar sin efecto una Convención Colectiva, lo que no puede ser tutelado por este Tribunal.". Debe tomarse en cuenta que conforme con el artículo 65 del Código de Trabajo se prevé la posibilidad de revisión de una convención colectiva en vigor si las partes de común acuerdo lo solicitan. Mas, no está prevista la desaplicación de modo unilateral de un contrato y mucho menos de la totalidad de una convención colectiva por excesiva onerosidad sobreviniente. Aún en el caso de aceptarse una resolución de la convención por ese motivo, con el fin de cesar la eficacia del instrumento, su declaratoria debe pedirse judicialmente. En materia contractual, la Sala Primera sobre ese tema consideró: "… la resolución es el medio por el cual una de las partes, por el sobrevenir de un hecho externo que impide el desarrollo normal de la relación, puede provocar la cesación de la eficacia. A diferencia de la rescisión encuentra su fundamento en el sobrevenir de una situación de hecho que incide sobre la ejecución del contrato. Por ello, la resolución tiene como presupuestos o un hecho objetivo o un comportamiento de una de las partes, posteriores a la celebración del contrato, rompiendo la composición de intereses de que el contrato es expresión. Se admiten diversos tipos, por imposibilidad sobreviniente, por excesiva onerosidad sobreviniente y por incumplimiento. La resolución por excesiva onerosidad sobreviniente tutela la condición de igualdad entre las partes en momentos sucesivos a la conclusión del negocio. Se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución

continuada, periódica o diferida. La resolución por incumplimiento en cambio, contempla un hecho del deudor que le es imputable. Esta resolución debe ser declarada judicialmente " (Voto número 227 de las 14:15 horas del 20 de diciembre de 1991).-

XI.- Como lógica consecuencia de lo explicado, la sentencia recurrida debe revocarse en cuanto denegó la pretensión para que se restableciera la plena vigencia de la convención colectiva suscrita en el año 1994 con el sindicato ... en cuanto a sus cláusulas normativas, la cual, en su lugar debe estimarse ordenándose dicho restablecimiento y hasta tanto no haya legalmente fenecido. También procede revocar lo resuelto en cuanto a costas e imponer esos gastos a la demandada, fijándose las personales en la suma prudencial de dos millones quinientos mil colones (artículos 494 y 495, ambos del Código de Trabajo). Podría sostenerse la tesis de que dicha declaratoria trae como consecuencia la estimación de los otros extremos también acogidos por el a quo y denegados en segunda instancia (relativo a beneficios particulares de los trabajadores). Mas, no es atendible, dado que, por las razones externadas en este fallo, el sindicato carece de legitimación para entablar la demanda en cuanto a ellos, por lo que cada trabajador es el llamado, de considerarlo oportuno, a hacer valer sus derechos según lo estime conveniente, en tutela de los derechos que considera le han sido vulnerados.-

HOSTIGAMIENTO SEXUAL. EMPRESA NO SIGUIÓ EL PROCEDIMIENTO DEBIDO. RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL.
VOTO N° 2008-000038
DE LAS 9:45 HRS. DEL 23 DE ENERO DEL 2008.

IV.- Lleva razón la recurrente en cuanto alega que a la actora no se le garantizaron todos los derechos de víctima que contempla la ley. Aún admitiendo -hipotéticamente- que la empresa contara, con antelación, con un Reglamento para la Recepción y Trámite de Denuncias de Acoso u Hostigamiento Sexual, no cabe duda que el patrono o los jerarcas de la empresa no cumplieron, como debían, con lo establecido por el ordenamiento jurídico; no sólo por pasividad, al no haber informado al Ministerio de Trabajo sobre la denuncia de acoso, sino también por no haber seguido el procedimiento debido, durante la vigencia de la relación laboral, tan pronto como conocieron de los hechos, máxime que el citado reglamento admite la queja verbal, como lo hizo la actora. Por otra parte, tampoco se garantizó el derecho como víctima de la actora al no haber cumplido el ex patrono, con las exigencias legales que se le imponían en un caso como éstos, y por el contrario, tomó la decisión de proponerle que renunciara -aunque fuera pagándole el equivalente a lo que le hubiera correspondido si hubiera sido despedida- lo que trajo aparejado en contra de la víctima el perjuicio personal de la pérdida de su empleo. De los hechos que se tienen por probados se desprende a todas luces que la actora venía siendo hostigada por el señor ..., y que una de las formas en que solía hacerlo era por medio de correos electrónicos, los cuales se observan en folios 9 a 15, correspondientes a los meses de setiembre y octubre del 2003. Asimismo, se tiene por probado que ella puso en conocimiento del empleador, a través de sus superiores jerárquicos, como lo son la señora ... , vicepresidenta de la empresa y el señor …, gerente general de la demandada, que estaba siendo hostigada por el señor ..., quejas que presentó, verbalmente, ante ellos, durante la vigencia de la relación laboral. Lo anterior se comprueba de la prueba testimonial rendida por la señora ... , vicepresidenta de la empresa -e hija del apoderado generalísimo de la demandada- pues señaló que: Ella me contó una vez que estaba teniendo problemas, que le dijo que el señor ... la presionaba, que la rozaba, que estaba como celoso del trato de ella con el resto del personal. Entonces le respondí que tratara de resolver el problema entre ambos, de manera que ella no permitiera alguna situación para que él la siguiera molestando. Esto fue una sola vez. Al tiempo ella habló con el gerente, don …, pero yo no estuve presente cuando se realizó esta reunión. Entre esta reunión que sostuve con la actora y el tiempo en que ella salió de la empresa, transcurrieron algunos meses. (…)Cuando se reunió con don …, se pidió la asistencia de la Licda. …, que es psicóloga, quien en este

momento estaba organizando el departamento de Recursos Humanos. Ella, don … y don … analizaron el caso planteado por ..., tratando de solucionarlo de la forma más discreta para que ella no se expusiera a ser la comidilla de la empresa (…)¿Qué cargo ocupaba al momento en que doña ... acudió donde Usted? El mismo que actualmente (…)¿Si sabe si la empresa le informó de la situación de la señora ... al Ministerio de Trabajo? No sé, esto lo sabría el gerente de la empresa. ¿si la actora le enseñó en algún momento algún correo electrónico respecto a los hechos? A mi no me los enseñó, sé que ella fue después con el gerente y los enseñó. Esto lo se porque el gerente lo comentó después de que se reunió con ....(…)" (folios 72-73). Como se ve, pese a haber conocido de los hechos en su condición de superior jerarca de la empresa, no actuó con la diligencia debida y más bien se desentendió del asunto pues tal y como admite, le respondió a la actora que tratara de resolver el problema entre ambos, de manera que ella no permitiera alguna situación para que él la siguiera molestando. Lo mismo se deduce de lo declarado por el testigo …, gerente general de la demandada, y anteriormente miembro de la Junta Directiva y asesor de la empresa, pues señaló: "Ella un día me dijo que necesitaba decirme unas cosas, y me dijo que tenía problemas con …, que éste le mandaba mensajes, que llegaba a hablar con ella, que la acosaba de alguna manera. Yo le pregunté si quería presentar una formal denuncia o si ella quería lo podía arreglar con don … de forma personal. Ella me dijo que lo quería pensar y después fue que ella me dijo que formalmente quería denunciar a don …. (…) No obstante, este testigo también admitió que "…y se les ofreció a ambos que si querían renunciaban con todas las prestaciones…". Asimismo señaló: "... decidió voluntariamente irse, y … se quedó y posteriormente lo amonesté para sentar un ejemplo …". Además, a la pregunta "¿Si recuerda si al momento en que la actora le comentó la primera vez sobre el asunto, si usted ya ostentaba el cargo en la gerencia de la compañía. Contestó que Sí. A la pregunta: ¿Si recuerda si antes de formarse la comisión que usted indicó, y fuera de esta primera vez que se indicó anteriormente, si la actora le comentó a usted sobre este asunto en otra oportunidad?" Contestó evasivamente: "La verdad es que tengo problemas para precisar esto, en relación con los tiempos. Sí recuerdo que la actora fue a hablar con … sobre el asunto, y es que aclaro que si el asunto no estaba planteado formalmente, yo lo veía como mero chisme (…) A la pregunta ¿Cuándo usted indicó que a ellos se les llevó a cabo el "debido proceso", a qué se refiere usted? Respondió: "Se les escuchó a ambos y tratar de buscar una solución a la problemática. Aunque si aclaro que en mi posición de gerente y al tener un problema de frente, y considerando la seriedad del asunto, ya desde el principio se les había planteado que si querían dejaban la empresa." A la pregunta ¿Si respecto a este procedimiento que mencionó, si en algún momento existió alguna comunicación o información al respecto al Ministerio de Trabajo? Contestó: No que yo sepa". (folios 80 a 81). Como se ve, tampoco actuó como correspondía, toda vez que pese a haber recibido las quejas de la actora, en su condición de jerarca de la empresa, no procedió de inmediato a levantar acta de la denuncia, como debió hacerlo según el reglamento, ni a comunicarla al Ministerio de Trabajo y mucho menos a darle trámite, como correspondía, pues si bien indica que se formó una comisión, no lo fue como órgano director y mucho menos para sustanciar el procedimiento sancionador, sino únicamente para escuchar a ambas partes y tratar de buscar una solución a la problemática. Con el agravante, según admite, de que parte de esa solución consistió en la propuesta de que dejaran la empresa; es decir, que renunciaran ambos con todas las prestaciones. Por lo que realmente no hubo un procedimiento sancionador, con las garantías del caso; sobre todo para la denunciante. Evidentemente con la actuación de la demandada se incumplió la finalidad de la Ley Contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, en detrimento de los derechos humanos de la trabajadora …, quien sufrió acoso y fue discriminada, al actuar la demandada sin tratamiento de igualdad hacia ambas partes involucradas, perdiendo la señora … su trabajo, que es un derecho fundamental. En cambio, quien ocasiona la violación a la intimidad y dignidad de doña ..., se mantiene desempeñándose en su cargo, con una leve sanción de tres días de suspensión. Debe recordarse que el hostigamiento sexual es una forma de violencia sexual y como se dijo, una forma de discriminación, porque lesiona los derechos humanos fundamentales como la libertad, respeto, integridad física, sexual o emocional, el trabajo en un ambiente tranquilo y seguro, y el

principio de igualdad ante la ley. En este sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará) ratificada por Costa Rica en 1995 entiende una acción de violencia "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado" (art.1). Se entiende entonces el acoso sexual, como una forma de discriminación basada en sexo y una manifestación más de violencia, que si bien se dirige de una persona a otra específicamente, es respaldada por toda una estructura social que la respalda y la reproduce, en actuación u omisión, tal como lo hizo la empresa demandada. Por el contrario, de los autos se desprende que no fue sino luego de varios meses -vale decir, el 4 de marzo del 2004- y solo después de que la actora solicitara por escrito la suspensión del denunciado y aceptara la propuesta en cuanto a presentar su renuncia, que el gerente, señor … le comunicó haber recibido su carta, a manera de denuncia formal en contra del señor ..., así como del juego de fotocopias para sustentarla; que de todo lo anterior se le daría el debido traslado al denunciado para que manifestara lo que a bien tuviera y ofreciera la prueba de descargo y que una vez evacuados se procedería a tomar las decisiones que correspondían; y por otro lado, que le aceptaba la renuncia y que se le haría una liquidación económica equivalente a lo que le hubiera correspondido si hubiera sido despedida. Por lo que si bien posteriormente el señor ... fue suspendido sin goce de salario, a partir del lunes 15 de marzo, debiendo reintregrarse al trabajo a partir del jueves 18 de marzo (folio 40), eso no justifica que la empresa no hubiera iniciado oportunamente, ni seguido, propiamente, el debido procedimiento sancionador, durante la vigencia de la relación laboral con la actora, y tan pronto como tuvo conocimiento de los hechos. Así se desprende del contenido y de las fechas de los documentos visibles a folios 7, 18-19 y 40. En consecuencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las circunstancias del caso; y a la luz de los artículos 5, 7, 12, 14 y 28 de la Ley 7476, no cabe duda de la responsabilidad de la empresa demandada. Por lo dicho, tiene la accionada la obligación de resarcimiento del daño moral, por parte de la demandada. Daño moral que, como señala la recurrente, debió tenerse por acreditado, entre otras cosas, sobre la base de lo declarado por los testigos de la actora, quienes vivieron con ella todo el proceso de desgaste emocional vinculado con los actos de hostigamiento. Máxime que no se trata del daño moral objetivo u objetivado sino del daño moral subjetivo puro o de afección, que se produce cuando se le ha lesionado en el ámbito extrapatrimonial que supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo. Consiste pues en el dolor o sufrimiento ya sea físico o psíquico. En refuerzo del estado emocional de la actora, el testigo …, quien es psicólogo, indica que la segunda vez que atendió a doña ... por la situación de acoso sexual -desde el 14 de febrero- observó situaciones depresivas (folio 70). Según refirió el testigo, señor …, quien viajaba con la actora en el bus "ella una vez estaba deprimida porque el señor la quiso besar y dijo que le había pasado la lengua por la cara. (…) Yo observaba que ella tenía temor, esto porque entonces después yo incluso pasé a recogerla después al trabajo, esto casi durante un mes, lo hacía entre el papá de ... y mi persona. Aclaro que aunque eran aproximadamente 300 metros entre el lugar de trabajo y la parada de bus, cuando yo la recogía ella estaba mirando constantemente hacia atrás. Recientemente sí indico que la actora iba a poner sus datos en una bolsa de empleo por Internet, pero que tenía miedo de poner su número de celular, a raíz de todo lo anterior. (folio 75). Y según refirió el testigo, señor ..., hermano de la actora, Yo veía a mi hermana triste y entonces yo le pregunté qué le pasaba, entonces me comentó lo del señor Luis…" (…) "yo la vi triste y la pregunté. Ella trató de conversar con el dueño sobre el problema, pero no la recibió, otras personas encargadas le dijeron que ella debía solucionar el problema (…) La relación finalizó porque a ella le dijeron que mejor salía y la liquidaban, y todo esto a raíz del problema que se dio…" A la repregunta ¿Si sabe si doña ... recibió algún tratamiento derivado de este problema? Contestó: Si, de un psicólogo, y lo recibe actualmente." (folio 79). En vista de todo lo transcrito, extraña también que el Tribunal no haya valorado los documentos visibles a folio 8 y 16, donde consta que el 5 de marzo del 2004, precisamente al día siguiente de perder su empleo, la actora debió ser incapacitada y remitida al servicio de Psiquiatría, y fue nuevamente incapacitada; tampoco se alude a la certificación medica, visible a folio 25,

donde se hace constar que tiene control en Psiquiatría desde el 10 de marzo del 2004 por Síndrome de Stress post trauma, Reacción de Ajuste, en tratamiento con Fluoxetina, Atarás y en consulta del 10 de mayo 2004 se le indica cita control 3 meses. Téngase en cuenta, en todo caso, que sobre el punto de daño moral, mediante sentencia reciente No. 127-F- 2007, de las 11:25 horas del 21 de febrero del 2007, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia con acierto señaló: "Este tema, en ocasiones anteriores ha sido objeto de estudio por esta Sala, indicando que se está ante esta figura cuando se ha vulnerado la esfera extrapatrimonial del sujeto, sin embargo, ello no obsta para que tenga repercusiones de orden pecuniario. Es importante referirse a la distinción que en algunas ocasiones se ha hecho entre el daño moral subjetivo puro o de afección y el daño moral objetivo u objetivado. El primero se produce cuando se le ha lesionado en el ámbito extrapatrimonial que supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo. Consiste en el dolor o sufrimiento ya sea físico o psíquico. El segundo por su parte, se refiere a la lesión de un derecho extrapatrimonial que genera consecuencias económicas valuables. Es decir, hay una clara diferencia entre el daño sufrido por la persona en su contexto social del padecido en el campo individual. A la hora de llevar a cabo una indemnización, resulta imperante se haga la distinción entre cada uno de ellos. Para el caso específico del objetivo, es necesario se demuestre cómo aconteció el daño, pero, en el caso del subjetivo, al no poder demostrarse su cuantía de modo preciso, quedará necesariamente su fijación a criterio del juez, punto que se analizará líneas más adelante. La determinación de este daño y su monto, pretenden satisfacer la aflicción padecida, y se convierte en una especie de compensación, que bien es sabido, no pretende ponerle precio a la dolencia vivida; lo que busca de alguna forma, es procurarle al damnificado satisfacciones equivalentes a las sufridas. Su reparación, suele operar cuando se ha conculcado la esfera de intimidad de la víctima. Sin embargo, dicha indemnización, por regla general, resulta imposible, ya que se está tratando sobre daños inmateriales, pero, a pesar de ello se ha determinado, es factible que se pueda dar un resarcimiento pecuniario. Ahora bien, los parámetros que debe tener el juzgador para determinar su valoración, son muy importantes, con el fin de evitar reparaciones arbitrarias. Debe necesariamente, hacerse una ponderación de las circunstancias que rodean el dolor, sufrimiento, zozobra y acudir a las reglas de la equidad. La prueba se puede realizar por medio de presunciones o indicios ya que el hecho generador antijurídico, puede poner de manifiesto en muchos casos el daño moral, por ello se dice que es "in re ipsa". Sobre este aspecto puede consultarse el voto de esta Sala número 555 de las 14 horas 40 minutos del 4 de agosto del 2005". En consecuencia, con fundamento en todo lo expuesto, se debe revocar la sentencia recurrida, y confirmarse, en su lugar, la sentencia de primera instancia.

NULIDAD DE DESPIDO Y REINSTALACIÓN. ACOSO MORAL (MOBBING).
VOTO N° 2008-000093
DE LAS 10:20 HRS. DEL 8 DE FEBRERO DEL 2008.

III.- Como acertadamente evidenciaron las autoridades de primera y segunda instancias, el punto a dilucidar no es la existencia de las llamadas telefónicas atribuidas como falta, pues, tanto en el procedimiento administrativo como en esta sede, la demandante aceptó haberlas hecho. En efecto, en su escrito de oposición al propósito de despido, fechado 7 de octubre de 2002, expresó: "De la anterior lista debo reconocer las llamadas a los números: / A.- ……SR … ……462.87 MIN. / B.- (…) EL SEÑALADO CON LA LETRA – A – TAL COMO LO EXPRESE (sic) ES DEL SR …, COMPAÑERO AFECTIVO DE MI PERSONA, AL CUAL ACUDO POR RAZONES DE AFINIDAD, EN BUSCA DE APOYO PUESTO QUE CONSIDERO SUFRO DE PERSECUCIÓN LABORAL, POR PARTE DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL. ME MUESTRO EN UN TOTAL ACUERDO DE RETRIBUIR EL COSTO OCASIONADO DE LAS LLAMADAS. / LO SEÑALADO CON LA LETRA –B– SE REFIEREN (sic) A LLAMADAS DE ESTRICTO ORDEN LABORAL, LOS

CUATRO PRIMEROS COMPAÑEROS DE LABORES Y EL ÚLTIMO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. / (…) DE LA ANTERIOR LISTA DE LLAMADAS DEBO RECONOCER LAS EFECTUADAS AL SEÑOR … EN TOTAL 174 MINUTOS, LAS CUALES ESTOY DISPUESTA A CANCELAR EN EL MOMENTO QUE SU AUTORIDAD ASI LO DECIDA. / De lo anterior se deduce, que si bien es cierto la suscrita realizó llamadas, también es notorio, que no sólo mi persona tenía acceso a la línea telefónica y, por ende tratar de endilgarme la responsabilidad en su totalidad no es justo ni equitativo. El resarcir el daño causado, es una forma evidente de buena fe, que da lugar a reconocer el error cometido. / (…) / Reconocí en líneas anteriores, la responsabilidad que me ocupa con relación a las llamadas al celular …, responsabilidad que me obliga a cancelar lo debido por dichas llamadas, pero que no acarrea en su magnitud dimensionada una sanción tan incriminante (sic) como el despido pretendido." (La negrita es agregada, folios 104, 109 y 111). Lo que se debe determinar es, entonces, si esa conducta es lo suficientemente grave como para que la sanción impuesta pueda ser considerada acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Para alcanzar ese objetivo, conviene hacer un recuento cronológico de los acontecimientos relevantes acaecidos durante el tiempo que la actora prestó sus servicios al ente accionado.-

IV.- Doña ... comenzó a trabajar para la Municipalidad de Moravia, como oficinista 3, el 14 de marzo de 1998. Entre otras tareas, le correspondía elaborar acciones de personal y de vacaciones y tramitar pagos, incapacidades y permisos laborales. A mediados de 1999, con el aval de la Contraloría General de la República, fue recalificada a técnica y profesional 1 y se le designó como encargada de Recursos Humanos. Aunque ese cargo no estaba contemplado dentro de la organización de la entidad accionada, lo desempeñó adscrito al despacho del alcalde. En enero de 2002 el ente corporativo adoptó una nueva nomenclatura y, en virtud de ella, su puesto y perfil fueron encasillados como "Técnica 5". Ese mismo año se creó la División de Planificación Administrativa y Recursos Humanos y se designó al M.Sc. … como su director. Como parte de esa División, se estableció la Unidad de Recursos Humanos y la demandante se hizo cargo de ella (contestación afirmativa de los hechos de la demanda, folios 2 y 311). A solicitud del M.Sc. …, ella efectuó un estudio de puestos en la Municipalidad, gracias al cual determinó que los cargos de contralor de servicios y contador municipal, ocupados, respectivamente, por los señores … y …, habían sido reclasificados a profesional 2, sin que sus titulares reunieran los requisitos exigidos, a saber: el grado académico de Bachiller profesional y su incorporación al Colegio respectivo. El resultado de ese estudio fue hecho del conocimiento del señor …, quien lo elevó al alcalde, licenciado …. El 6 de febrero siguiente, en oficio N° 12-2002 dirigido a su jefe inmediato, ella documentó su oposición a lo actuado por la corporación en lo relativo a esos cargos y advirtió sobre las consecuencias de una eventual auditoria, a efecto de salvar su responsabilidad. Además, rechazó la solicitud de pago por dedicación exclusiva planteada por su superior (demanda a folios 2 y 3 y folios 10 y 11). El 18 de febrero, el alcalde le ordenó tramitar ese pago, responsabilizándola de cualquier atraso (memorando N° DAMM 092-2002, a folio 12); le informó que, de acuerdo con el nuevo organigrama aprobado por el Concejo y refrendado por la Contraloría, las funciones de Recursos Humanos eran de resorte exclusivo y quedaban bajo la responsabilidad del Director de la División de Planificación Administrativa, quien sería el responsable de las relaciones internas o externas en el área de recursos humanos y de la representación del ente en la Comisión de Carrera Municipal y le ordenó hacer entrega formal de su oficina antes del martes siguiente, para destinarla al área de cómputo y acatar las directrices de su jefe inmediato, el cual le detallaría sus funciones como técnica 5 en la Dirección de Planificación Administrativa (oficio N° DAMM 093-2002 a folio 13). El día siguiente, el M.Sc. ... le delimitó sus funciones (oficio N° DPAMM 02- 2002, título "Definición de competencias", a folios 14-16), en tanto que el contador municipal, señor …, le informó que el pago por dedicación exclusiva al M.Sc. ... no fue incluido en el presupuesto ordinario del período 2002 (nota de folio 17). El 22 de abril, el señor ... le pidió realizar los cambios y formular las recomendaciones necesarias en la distribución del capital humano municipal para poder contar con una mejor política en el manejo del personal (oficio N° DPAMM 15-2002, a folios 20-21). El 3 de mayo, ella le solicitó al M.Sc. ... la

aclaración de las incongruencias que, a su juicio, contenía el oficio DPAMM 15-2002 y formuló una serie de observaciones en relación con la problemática presentada con las vacaciones de períodos anteriores aún no disfrutadas por el personal (nota de folios 22-23). El 13 de mayo, en nota dirigida a ese mismo funcionario, se refirió a los errores en la confección de planillas, planteados por el contador municipal y rechazó las afirmaciones de este (folios 24-25). El 10 de junio, don … le comunicó que la Dirección de Planificación Administrativa y Recursos Humanos asumía la administración del Cementerio Municipal y que, por haber intervenido en la consecución de materiales y equipo para ese servicio, a partir de esa fecha ella asumiría la responsabilidad administrativa de orientar la tramitación de los documentos para su buen manejo. Además, le recomendó realizar un inventario y determinar sus principales necesidades (oficio N° DPARHMM 26-2002, denominado "entrega de activo 991/B", a folio 26). El 28 de junio, la actora le comunicó al señor ... sus observaciones sobre las prioridades y necesidades del cementerio y sugirió confeccionar un plano catastrado, elaborar los avalúos, realizar un diagnóstico de las necesidades de las instalaciones, la situación de los derechos y las condiciones de los funcionarios que ahí colaboran y recavar información sobre los procesos y trámites anteriores, con la finalidad de contar con una base de datos organizada para atender eficientemente las consultas de las personas usuarias (oficio N° 44-2002, a folios 27-28). El 5 de julio, el alcalde le indicó al Lic. …, Jefe de Recursos Humanos, lo siguiente "Del Memorando # 044-2002, que envió la funcionaria ... (adjunto), sobre el Cementerio pude interpretar que este programa requiere de especial atención, por lo que le sugiero que a partir de hoy la funcionaria en mención se dedique en forma exclusiva a ese importante tema del Cementerio que requiere algún funcionario a tiempo completo." (Memorandum N° DAMM 463-2002, a folio 29). El 15 de julio, el M.Sc. ... le comunicó al auditor interno que los errores en las planillas presentadas al Departamento de Contabilidad se debían a la forma rudimentaria de confeccionarlas y que se estaban haciendo los esfuerzos necesarios para eliminarlos mediante una aplicación informática. Además, le puntualizó que la planilla oficial es la presentada al Banco Nacional de Costa Rica, la cual, al haber sido depurada y firmada por los respectivos responsables, no contiene errores ni presenta situaciones anómalas (oficio N° DPAMM 30-2002, a folios 30-31). El 18 de julio, la accionante le indicó al M.Sc. ... lo siguiente: "En forma verbal me he enterado de mi traslado a trámites del Cementerio, por decisión del señor Alcalde. / De la manera más atenta, le solicito se me envíe por escrito dicho nombramiento, ya que hasta este momento no he recibido notificación alguna ni de su oficina ni del Despacho del Alcalde, excepto la burla de todos los compañeros que me llaman 'Panteonera'." (Nota a folio 32). En esa misma fecha, por oficio N° DPAMM 33-2002, el M.Sc. ... le comunicó que: "En atención al oficio D.A.M.M 488-2002, donde indica que la funcionaria ... "seguirá encargándose de lo relativo a los trámites administrativos del Cementerio Municipal", le indico que acogiéndome a la Ley General de Administración Pública, en su Título V, Sección Segunda, artículos 107,108,109,110, la funcionaria mencionada será trasladada. / No omito manifestarle que en conversación sostenida el día lunes 16 de julio del año en curso, en la reunión de jefaturas, le mencione (sic) que no era conveniente actuar de esa manera, ya que la funcionaria se encuentra calificada y capacitada para realizar las funciones y competencias de Recursos Humanos. / En acatamiento de su mandato le indico que a partir de esta fecha la colaboradora ..., no laborara (sic) para Recursos Humanos, designando las competencias al Lic. … y al señor … como Planillero." (Oficio N° DPAMM 30-2002, a folio 33). El 19 de agosto la actora le remitió dos oficios a su jefe inmediato. En uno le formulaba varias peticiones relacionadas con la administración del Cementerio (oficio N° 15-2002, a folio 34). En el otro le exteriorizaba que su traslado se dio de manera arbitraria y abrupta, sin que existiera cuestionamiento alguno de sus labores como encargada de Recursos Humanos; daba cuenta del estado y condiciones en que encontró la oficina situada en el Cementerio; denunciaba la falta de implementos de aseos y suministros básicos; se quejaba del material y equipo asignados y calificaba lo sucedido como una clara persecución en su contra por no haberse "(…) prestado a actos de corrupción." (Oficio N° 14-2002, a folios 35-36). El 8 de octubre, el alcalde le comunicó que a partir del 14 siguiente "(…) usted deberá presentarse a marcar su tarjeta de entrada y salida de labores en las oficinas

administrativas. Posterior a su marca de ingreso, deberá estar en funciones en las Oficinas del Cementerio a más tardar a las 8:30 horas de la mañana, pudiendo retirarse a las 15:30 horas a efectos de marcar la salida." (Memorandum, a folio 38). El 11 de octubre, ella le manifestó al Alcalde que "(…) en reiteradas ocasiones, he solicitado que por lo menos, una vez por semana se envíe un compañero a retirar la documentación que se genera en la Administración del Cementerio y aun no he tenido respuesta, la última vez que se presentó un compañero fue hoy hace 22 días, y hasta la fecha ni siquiera he recibido respuesta de su Oficina a los documentos enviados." (Oficio N° 028-2002, a folio 39). El 17 de octubre, le remitió a su jefe inmediato un recibo telefónico, junto con una nota en la que manifestó lo siguiente: "(…) es importante hacer notar que, mientras el teléfono sea compartido con la casa del guarda del Cementerio, no asumo ninguna responsabilidad por el exceso que se de (sic) en los montos del mismo (sic), ya que no es seguro que se utilice únicamente por la Oficina de (sic) mi cargo." (Oficio N° 030-2002, a folio 40). El 22 de octubre hizo de su conocimiento que se presentó "(…) el viernes 18, lunes 21 y martes 22, a la Municipalidad a marcar y no existe tarjeta con mi nombre, unido a lo anterior, me he dado cuenta, que la única que marca en el Cementerio soy yo, según me comentan los compañeros que laboran en el cementerio, ellos nunca han marcado, esto evidencia una vez más, la persecución que se ha orquestado contra mí, por parte del Despacho del Alcalde. / Considero importante hacer notar, que si se requiere la marca igual que en (sic) Plantel Municipal, debería ubicarse un reloj marcador en el Cementerio." (Oficio N° 032-2002, a folio 41). El 28 de octubre se pronunció sobre la acción de personal 507-2002 (folio 43), mediante la cual le otorgaban 14 días de vacaciones pendientes y que no quiso recibir, en estos términos: "(…) da la impresión que sigue existiendo una clara persecución en mi contra, le solicito que también me indique con base en que (sic) se me están dando catorce días, si según mi registro, los días que me quedan pendientes son dos, me parece una situación muy sospechosa." (oficio N° 035-2002, dirigido al señor ..., a folio 42). En esa misma fecha, el Departamento de Recursos Humanos le informó al alcalde "(…) QUE SE LE NOTIFICA A LA SRA. ... EN SU RESPECTIVA ACCIÓN DE PERSONAL EL ENVÍO DE SUS VACACIONES. / DICHA FUNCIONARIA NO QUISO FIRMAR, POR LO QUE NUESTRO DEPARTAMENTO DE RECURSOS HUMANOS YA HIZO EL CUMPLIMIENTO, SOLICITAMOS A MAYOR (sic) BREVEDAD SOLUCIONAR ESTE PROBLEMA." (Nota a folio 44). El 7 de noviembre, ella le comunicó al señor ... "(…) que hasta el día de hoy me he acogido a lo que establece la Convención Colectiva y el Código Municipal, con relación a los cinco días con goce de salario para presentar la Oposición al Despido, por lo que le indico que mañana me presentaré a laborar normalmente." (Nota, a folio 45). En esa misma fecha, el señor ... le respondió la nota anterior, indicándole que, "(…) con relación a los cinco días con goce de salario para presentar la oposición al despido, se le recuerda que el día 28 de noviembre del (sic) 2002 se le notificó sobre el disfrute de 14 días de vacaciones los cuales se extienden hasta el 12 de noviembre del año en curso, además del (sic) que el 1 de noviembre se le depositó su respectivo pago de sus vacaciones." (Oficio N° R.H.M.M. 47-2002, a folio 49). El 8 de noviembre, la actora respondió ese oficio, indicándole, en lo conducente, a su jefe inmediato "6. Que como lo señala usted, el día 1 de noviembre se me depositó el respectivo pago de vacaciones sin cumplir con el procedimiento legal ya que no existe el documento de respaldo para tal egreso. / (…) / 8. Que hasta este momento me encuentro laborando y me he acogido a lo señalado en el punto 3, por lo que no estoy de manera voluntaria disfrutando de mis vacaciones, ni al pago correspondiente por adelanto que contempla la convención colectiva, derecho que me reservo a ser utilizado en el momento que legalmente corresponda. / 9. Que hasta no recibir una respuesta satisfactoria a la presente, continuaré en el desempeño de mis funciones." (Oficio N° 038-2002, a folios 46-47). El 14 de noviembre, el M.Sc. ... le contestó que "b. El envío a vacaciones, fue por mandato expreso del señor Alcalde Lic. …, por lo que se acató el lineamiento de "Otorgarle todos los días que tenga como saldo de acuerdo con la solicitud del Concejo Municipal" / (…) / i. Según los registros de la sección de Recursos Humanos, UD estaba en dicha ocasión en vacaciones (…). / (…) / iii. En ningún momento se le esta (sic) violando su condición de trabajadora para tomar los días correspondientes para su justa defensa, por lo

que al estar en tiempo de vacaciones pudo asumirlos sin ningún contratiempo y a la vez disponer de los recursos asignados en el pago de sus vacaciones. / h. El hecho de que estuvo trabajando durante su tiempo de vacaciones, por esta Dirección es considerado muy noble por parte suya, pero para efectos Administrativos UD. se encontraba gozando de vacaciones, por lo que se procedió a pagarle un día después de su ingreso según consta en la Planilla número 13-11-02 del 07 al 13 de noviembre, a fin de seguir con su normal función dentro de la Oficina Administrativa del Cementerio". (Oficio N° DPAMM 50-2002, de folios 64-65). El 21 de noviembre, ese mismo funcionario le manifestó lo siguiente: "(…) nuevamente le solicito muy respetuosamente realizar informe de labores sobre su gestión en la Oficina Administrativa del Cementerio, esto con el fin de brindar informe a la Auditoría Interna Municipal. / Dicho informe deberá ser presentado este 29 de noviembre del (sic) 2002." (Oficio N° 53-2002, a folio 66). Ese mismo día, la actora le comunicó al señor ... que "En relación con su nota DPAMM 50-2002 y DPAMM 53-2002, me permito indicarle que la misma (sic) es una más de las que he recibido en los últimos meses, como producto de una larga cadena de hechos, que evidencian claramente la persecución que ustedes han orquestado en mi contra. / (…) / (…) es cierto como le (sic) consta a mis compañeros, que me he presentado todos los días a laborar, excepto los cinco días a que tenía derecho de conformidad con la Convención Colectiva vigente. / (…) Es increíble la crueldad con que he sido tratada, que usted fue capaz de enviar esa nota para engrosar el expediente de despido, haciéndolo ver como una negligencia de mi parte o un acto de rebeldía aduciendo que no lo quise recibir, cuando quedó totalmente probado, que no lo recibí por no estar firmado y por lo tanto era un borrador más, no un oficio, no obstante usted lo firmó posteriormente y lo adjunto al expediente, con lo cual usted está faltando a la verdad y alterando documentos y expedientes que pueden llevar a la administración a tomar decisiones equivocadas (…)" (Nota de folios 67-68). Por nota del 9 de diciembre, la actora se dirigió al alcalde para "(…) solicitarle retirar de mi expediente administrativo los documentos DPAMM 50-2002, DPAMM 52-2002, DPAMM 53-2002, que se encuentra (sic) sin foliar y ha (sic) sido agregados posteriormente al día de la audiencia (…) la revisión mediante la cual observé lo señalado fue en presencia de la señora …, …, … y …." (Folio 69). Finalmente, mediante nota del 17 de diciembre, el alcalde le contestó que "Hemos tomado nota de su solicitud de fecha 9 de diciembre, sin embargo ya el expediente se encuentra foliado y se remitió al Juzgado Laboral de Mayor Cuantía del II Circuito Judicial (…)" (Folio 70).-

V.- El recuento que antecede permite concluir que, entre el 14 de enero de 1998 –fecha de inicio de labores– y principios del año 2002, la situación laboral de la actora transcurrió sin mayores contratiempos o conflictos. A partir de febrero de ese año, con los cambios en el organigrama y, particularmente, con la creación de la Dirección de Planificación Administrativa y Recursos Humanos, se comienza a generar una situación conflictiva, en la cual se conjugan varios factores. El estudio de puestos que le correspondió efectuar en la Municipalidad, el señalamiento de irregularidades en la reclasificación de los cargos de contralor de servicios y contador municipal y sus observaciones sobre la improcedencia del pago del plus de dedicación exclusiva a su jefe inmediato, M. Sc. ... , marcan el cambio en la relación profesional e interpersonal con sus superiores, en especial con el alcalde, licenciado …. Desde entonces, su cuestionamiento de la legalidad de ciertos actos y su negativa inicial a ejecutarlos fue determinante para que se le irrespetara profesionalmente, se le aislara y se le relegara. Primero, se rompió la cordialidad en las comunicaciones dirigidas a ella y se optó por omitir referirse a sus observaciones y girarle órdenes precisas con amenazas solapadas. Luego, se le excluyó de la unidad de recursos humanos, se le ordenó entregar su oficina, se le limitaron sus funciones y se le asignaron otras menos importantes. Más tarde, le variaron las que venía desempeñando y le endosaron la responsabilidad administrativa de orientar la tramitación de los documentos en el Cementerio General de … (folio 26 y 29). Y, a pesar de esos cambios, ella asumió con responsabilidad sus nuevas funciones y realizó observaciones positivas para mejorar el servicio y la atención a las personas usuarias. Entonces, para continuar con el plan deliberado de aislamiento, el alcalde ordenó sacarla del edificio municipal y trasladarla a un espacio físico en el Cementerio, en donde nunca antes había existido oficina de trámite,

que no solo no fue acondicionado como correspondía, sino que carecía de las condiciones de higiene necesarias. El irrespeto era tal que de su inminente traslado se enteró por los comentarios y burlas de sus compañeros y compañeras, quienes llegaron, incluso, a llamarla "panteonera" en tono despectivo. Las condiciones del lugar en donde fue ubicada atentaban contra su dignidad y trayectoria dentro de la institución, pues, como ella misma relató, "El traslado físico se dio de manera abrupta, sin previo aviso ni coordinación con la suscrita, ya que cuando me di cuenta todas mis pertenencias estaban siendo trasladadas a la oficina del cementerio. Cuando llegué la oficina del Cementerio, estaba sucia en un marcado estado de abandono, sin mobiliario, al punto de que el señor … consiguió un escritorio prestado. Los documentos estaban en el suelo, donde aún se encuentran, ya que no hay mobiliario donde acomodarlos. El sitio de trabajo no se aseo (sic) antes del traslado, y peor aún no se me ha facilitado ningún suministro para hacerlo. Después la suscrita sin tener la responsabilidad de labores misceláneas, le correspondió limpiar desde los pisos hasta los vidrios. Tampoco se me ha (sic) facilitado suministros básicos como papel higiénico, jabón, desinfectante, cloro y otros, ya que tengo que utilizar un servicio sanitario que es para el público y soy yo quien tiene que asearlo. Posteriormente me dieron un equipo que como usted sabe y en el presente documento lo puede notar, no cumple con los estándares mínimos necesarios ya que es equipo de desecho municipal, lo que implica que los usuarios deben regresar para recoger la documentación posterior al trámite, unido a lo anterior se estaba construyendo un programa de cómputo para tener la base de datos y que los usuarios fueran únicamente a pagar a las Oficinas Centrales". (Folio 35). Los testimonios evacuados confirman esa situación. Así, la testigo … expresó: "Después de esto es que la pasaron a las oficinas del cementerio, que no es oficina, sino es donde vive el guarda, y ahí hay un aposento que se habilitó como oficina, sólo (sic) había un sillón, le trasladaron la computadora, pero en lo demás ella carecía de lo indispensable para realizar sus funciones. Además si nunca había habido una persona realizando esas funciones en el cementerio, únicamente fue cuando la pasaron a ella, ya que una vez que fue despedida no la volvieron a ocuparla (sic) (…). No contaba con cortinas, las condiciones no eran las más indicadas para la apertura de una oficina. Tiene un ventanal grande y la señora ... tuvo que poner una sábana para tapar el reflejo de las tumbas, y para poder utilizar el equipo de cómputo. Si el guarda del cementerio tenía una familia y esa casa es ocupada por su familia y por él (…)." (Lo destacado no es del original, folios 331-334). El deponente … manifestó: "No siendo eso poco, las instalaciones en las que se le instaló a ella eran propias de una película de miedo, la oficina estaba sucia, había ido yo inclusive a esa oficina y tenía el guarda una camilla donde sobaba. Tenía un vidrio quebrado, le llevaron un computadora vieja, la impresora no funcionaba (...)." (Lo destacado no es del original, folios 335-338). Tales aseveraciones ni siquiera fueron refutadas por el ente demandado. Como si eso fuese poco, se le ordenó presentarse a registrar su asistencia a las oficinas administrativas de la Municipalidad dos veces al día: en la mañana y en la tarde: "(...) deberá presentarse a marcar su tarjeta de entrada y salida de labores en las oficinas administrativas. Posterior a su marca de ingreso, deberá estar en funciones en las Oficinas del Cementerio a más tardar a las 8:30 horas de la mañana, pudiendo retirarse a las 15:30 horas a efectos de marcar la salida". (Folio 38). Sobre el particular, los testigos expresaron: "Hay unos ochocientos metros de la municipalidad hasta el cementerio. La actora tenía que marcar en la Municipalidad e irse al cementerio. Yo tenía que pasar con ella a que pasara la tarjeta y al final se la quitaron y el guarda tenía que firmarle un vale que sí se había presentado a firmar." (Testimonio de …, a folios 331-334. Lo destacado no es del original). "La distancia entre el cementerio y la Municipalidad de Moravia es de aproximadamente un kilómetro. Ella en realidad mucho tiempo no tuvo que marcar, después de cierto momento la pusieron a marcar (...)" (Declaración de …, a folios 335-338. Lo destacado no es del original.) Inexplicablemente, era la única funcionaria destacada en el cementerio que estaba obligada a registrar su asistencia en las oficinas administrativas. Los otros servidores no lo hacían (folio 41). Y la Sala no aprecia que hubiese razones propias del servicio que justifiquen esa diferencia de trato, sobre todo si se toma en cuenta que implicaba dedicar una hora de su jornada diaria. Por otra parte, llama la atención que, pese a la supuesta trascendencia de la

labor realizada en el Cementerio, no se le asignó a ningún funcionario retirar la documentación generada, al grado que la actora debió advertirlo. En relación con sus "nuevas" funciones, cabe destacar lo consignado por el M.Sc. ... ... en su oficio N° DPAMM 33-2002 del 18 de julio de 2002, antes transcrito, mediante el cual revela no solo que se trató de una actuación inconveniente y antojadiza, sino también de un descenso en sus funciones (ver folio 33). En su oficio DPAMM 42-2002, del 28 de octubre de 2002 -cuestionado por la actora-, el señor ... deja clarísima la situación cuando se refiere, entre otras cosas, a lo siguiente: "a. En cuanto al traslado de su persona al Cementerio, esto se dio por: / i. Decisión del señor Alcalde Municipal / ii. No medio (sic) un estudio al respecto, sino que la intención era habilitar la oficina del Cementerio y desde ahí se establecieran los controles necesarios para variar la situación precaria en que se venía desenvolviendo el cementerio. / (…) / c. En cuanto a las condiciones laborales, esta División tiene claro que se encuentra en total desventaja la oficina de Administración del Cementerio, ya que al estar totalmente fuera de las oficinas administrativas, los trámites se han vuelto engorrosos, se duplica el tipo de trabajo, los usuarios del servicio se ven expuestos a tramites (sic) poco ágiles y sobre todo recorrer distancias de un sitio a otro provocando malestar entre los usuarios de este servicio (…) / a. Con respecto a los trámites que se vienen realizando del cementerio, es importante aclarar: / i. Desde el momento que la administración del Cementerio fue trasladada a la Oficina del Cementerio, se ha entorpecido la coordinación, provocando una serie de trastornos en los trámites, de ahí que suceda lo señalado por su parte en el punto 1 -3, por lo que se ha dado un entrabamiento a los procesos que deberían ser más ágiles y simples, tales como lo ha señalado la Ley 82220 (sic). / ii. Considero oportuno que la oficina administrativa del cementerio se traslade al Edificio Administrativo, esto con el fin de eliminar tanta distorsión que se ha venido presentando y de este modo brindar una mejor atención al usuario. / (…) / a. En cuanto a venir a marcar la hora de entrada y salida, esto se debe a solicitud del Señor Alcalde, el (sic) ha indicado que UD no está exonerada de la marca del reloj. / (…) / c. En cuanto al aspecto que los compañeros del cementerio no marcan, esto se debe al tipo de atención que realizan y que han estado exonerados desde que estuvieron dependiendo de la DIOSMM. / (…) / 11. Es importante tener claro que esta Dirección tiene claro que el uso del teléfono en el Cementerio se enfrenta a la siguiente situación: / a. Habita una familia en la casa del cementerio, la cual utiliza el teléfono / (…) / c. No se ha establecido un control sobre el uso de este recurso (...)" (Folios 50-53 y 54-57). No cabe, entonces, la menor duda de que ella fue objeto de un comportamiento abusivo por parte de sus superiores jerárquicos, quienes, de manera sistemática, la fueron colocando en una típica situación de acoso moral y, finalmente, cuando observaron que no iba a dejar su trabajo, decidieron iniciarle el procedimiento disciplinario que ha dado lugar a este asunto.-

VI.- El artículo 72, inciso d), del Código de Trabajo prohíbe "Usar los útiles y herramientas suministrados por el patrono, para objeto distinto de aquél a que están normalmente destinados (…)". En contra de lo que se afirma en el recurso, el grave quebrantamiento de esa norma, aunque se haya verificado una vez y no haya habido apercibimiento previo, puede dar lugar al despido sin responsabilidad patronal, en los términos del inciso l) del ordinal 81 ibídem, toda vez que, como regla general, resulta censurable la conducta de toda persona trabajadora que, desatendiendo sus obligaciones laborales, ocupe los instrumentos de trabajo en finalidades distintas a aquellas para las cuales se le han confiado. Sin embargo, en este asunto concreto, no es posible concluir, como lo hizo el Tribunal, que el uso del teléfono por parte de la señora ... , para realizar llamadas personales a su compañero sentimental, sea de tal gravedad que justifique la ruptura de su relación estatutaria de servicio. Las circunstancias en que se verificó ese comportamiento provocan que no haya correspondencia entre la falta cometida y la sanción impuesta, con lo cual esta resulta desproporcionada. La indiscutible situación de desmejora en sus condiciones laborales y de aislamiento de sus compañeros y compañeras de trabajo, con quienes compartía a diario, a la que la sometieron sus superiores inmediatos, debieron provocarle muchísima ansiedad y no es aventurado suponer que la desestabilizaron emocionalmente. En ese contexto, es compresible su necesidad de comunicación con una persona de su confianza,

su compañero y que, para satisfacerla, recurriera al teléfono que había sido puesto a su disposición para ejecutar sus labores. No obstante la gravedad de lo que vivía, de los folios 98 a 109 y 119 a 129 del expediente se desprende que ella lo utilizó un promedio diario de 19,90, 12,27 y 7,35 minutos durante 9, 19 y 4 días correspondientes, por su orden, a los meses de agosto, septiembre y octubre de 2002. Y, dentro del contexto en que se dieron, esos tiempos promedios de duración de las llamadas no resultan, pues, excesivos e impiden concluir que el abuso acusado existiese con la magnitud que ha querido atribuírsele. Tanto es así que no existe indicio alguno de que esa conducta se apreciara en el período anterior a los hechos relatados o durante su permanencia en las oficinas centrales. En todo caso, lo fundamental es destacar que se está en presencia de una conducta reactiva; es decir, buscada por los propios personeros de la entidad demandada, que, por eso mismo, no puede justificar una medida en apariencia legítima pero cuya finalidad es absolutamente reprochable. Conviene no olvidar que, como lo exige el artículo 21 del Código Civil, "Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe." y que "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso." (Artículo 22 ibídem).-

VII.- El artículo 11 de la Constitución Política dispone que "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública." En concordancia con ese alto precepto, la Ley General de la Administración Pública dedica una sección, la segunda, del capítulo segundo, "De la relación jerárquica", del título cuarto, "De las relaciones interorgánicas", de su libro primero, "Del régimen jurídico", a regular el denominado "deber de obediencia", cuya finalidad es conciliar la necesaria existencia de una línea de mando al interior de cualquier administración pública con las exigencias propias de la legalidad en el quehacer administrativo. Por regla general, toda persona al servicio de un órgano o ente público está obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares de su superior jerárquico, sea o no inmediato (artículo 107), salvo que tengan por objeto la realización de actos evidentemente extraños a su competencia o que sean manifiestamente arbitrarios por constituir delito (artículo 108). Ahora bien, cuando el acto ordenado sea contrario al ordenamiento jurídico por cualquier otro concepto, es obligación del o de la inferior "(…) consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibo." De esa manera, por un lado, logra que no recaiga sobre él o ella las consecuencias de una eventual responsabilidad civil y, por el otro, contribuye con una sana administración y se resguarda la especial vinculación que supone el principio de legalidad. Desde esta última perspectiva, se establece una suerte de control cruzado que convierte al funcionariado en vigilante del quehacer institucional y busca prevenir errores y, eventualmente, prácticas de corrupción que luego pretenden justificarse en desconocimiento o ignorancia. En otras palabras, la obediencia administrativa no es ni puede ser ciega porque el primer compromiso es con el bloque de legalidad en su conjunto. Y ello es más cierto cuando está de por medio el manejo de fondos públicos. De ahí que, en las relaciones estatutarias de servicio, no todo cuestionamiento de la actuación del superior jerárquico puede considerarse, sin más, como una actitud displicente, ni sea factible atribuirle a una persona que señala vicios en un acto una intención reprochable. En este asunto, se acusó a la actora de haberse negado reiteradamente a recibir y firmar documentos y se le calificó de rebelde por no haber querido disfrutar de unas vacaciones a las que, según ella, no tenía derecho. Con la prueba aportada, no es posible sostener que haya incurrido en esos comportamientos irregulares toda vez que se limitó a señalar problemas de legalidad en algunas decisiones de sus superiores jerárquicos cuya inexistencia no fue demostrada en esta sede. Incluso, las razones de su negativa inicial a tramitar el pago por dedicación exclusiva al M.Sc. ... fueron confirmadas por el propio contador municipal. También se demostró que la

acción de personal mediante la cual se le ordenaba irse de vacaciones no estaba firmada cuando se negó a recibirla y nunca se aclaró si tenía o no derecho a disfrutar esos días, como correspondía haberlo hecho. Si de atenerse a los indicios se trata, sorprende que sus superiores confundan el derecho a una licencia con goce de salario con el derecho a vacaciones, al punto de que hayan considerado que dentro de los días otorgados por este último concepto. Así las cosas, no queda más que concluir que esta otra falta está completamente ayuna de prueba, lo que confirma que el despido careció de causa.-

VIII.- En el voto de esta Sala Nº 2005-655, de las 14:05 horas del 3 de agosto de 2005, se indicó: "El término "mobbing" (o acoso moral en el trabajo) (…) procede del verbo inglés "to mob" que significa "asaltar" o "acosar". (María de los Ángeles López Cabarcos y Paula Vásquez Rodríguez. "Mobbing. Cómo prevenir, identificar y solucionar el acoso psicológico en el trabajo". Madrid, Ediciones Pirámide, 2003, p. 50). El acoso moral en el trabajo ha sido definido por Leymann, como una "situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media durante unos 6 meses) sobre otra persona o personas, respecto de las que mantiene una relación asimétrica de poder, en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo". (María Dolores Rubio de Medina. "Extinción del contrato laboral por acoso moral –mobbing-." Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2002, pp. 10-11). El hostigamiento puede ser vertical, horizontal o mixto. Es vertical cuando la conducta hostigadora proviene del jerarca (esta modalidad se conoce como "bossing"). Es horizontal cuando el acoso es provocado por los propios compañeros y el mixto se da por una combinación entre el acoso propiciado por la jefatura –por acción u omisión- y los compañeros. De conformidad con la doctrina, esta última modalidad es la habitual (ídem, pp. 12-13). Luego, de la concepción doctrinal del "mobbing" se desprenden varias características comunes, entre las que se señalan: a) La intencionalidad: tiene como fin minar la autoestima y la dignidad del acosado. b) La repetición de la agresión: se trata de un comportamiento constante y no aislado. c) La longevidad de la agresión: el acoso se suscita durante un período prolongado. d) La asimetría de poder: pues la agresión proviene de otro u otros quienes tienen la capacidad de causar daño. e) El fin último: la agresión tiene como finalidad que el o la trabajadora acosada abandonen su trabajo (López Cabarcos y Vásquez Rodríguez, op. cit., p. 51). Estas mismas autoras señalan los diez comportamientos más frecuentes que evidencian la existencia del hostigamiento moral, entre los que incluyen: 1) Asignar trabajos sin valor o utilidad alguna. 2) Rebajar a la persona asignándole trabajos por debajo de su capacidad profesional o sus competencias habituales. 3) Ejercer contra la persona una presión indebida o arbitraria para realizar su trabajo. 4) Evaluar su trabajo de manera inequitativa o de forma sesgada. 5) Desvalorar sistemáticamente su esfuerzo o éxito profesional o atribuirlo a otros factores o a terceros. 6) Amplificar y dramatizar de manera injustificada errores pequeños o intrascendentes. 7) Menospreciar o menoscabar personal o profesionalmente a la persona. 8) Asignar plazos de ejecución o cargas de trabajo irrazonables. 9) Restringir las posibilidades de comunicarse, hablar o reunirse con el superior. 10) Ningunear, ignorar, excluir o hacer el vacío, fingir no verle o hacerle 'invisible'". (López Cabarcos y Vásquez Rodríguez, op. cit., p. 57). Todavía nuestro ordenamiento jurídico no ha desarrollado la figura del hostigamiento laboral, aunque existe alguna tendencia legislativa a su regulación positiva. No obstante ello, la situación del hostigamiento puede subsumirse en algunas de las normas contempladas en el Código de Trabajo que le exigen al empleador dar un trato digno al trabajador (artículos 19, 69 inciso c) y 83)."-

IX.- Lo sucedido en este caso, coincide con la descripción anterior. De ahí que no quepa la menor duda de que está en presencia de un típico acoso moral, que hace imperativo declarar la nulidad del despido de la actora. En consecuencia, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de la emisión de ese acto ilegal, por lograr lo cual se ha de revocar la sentencia recurrida. En su defecto y con base en lo estipulado en el artículo 150, inciso f),

del Código Municipal, a cuyo tenor “La sentencia de los tribunales de trabajo resolverá si procede el despido o la restitución del empleado a su puesto, con el pleno goce de sus derechos y el pago de salarios caídos. En la ejecución de sentencia, el servidor municipal podrá renunciar a ser reinstalado, a cambio de la percepción del importe del preaviso y el auxilio cesantía que puedan corresponderle y el monto de dos meses de salario por concepto de daños y perjuicios.”, se debe otorgar la reinstalación en el puesto ocupado al momento del cese, con el pago de los salarios dejados de percibir desde entonces, incluido el salario escolar. También deben acogerse los reclamos de aguinaldos, anualidades acumuladas, aumentos y cualquier otro plus salarial. De conformidad con el último precepto legal citado, la actora podrá renunciar a la reinstalación y optar por el pago de los extremos de preaviso y auxilio de cesantía y, en ese caso, tendrá, además, derecho al monto correspondiente a dos meses de salario por concepto de daños y perjuicios. Sobre las sumas adeudadas se otorgan los intereses legales desde la exigibilidad de cada una y hasta su efectivo pago. Respecto de los extremos acordados se han de denegar las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, falta de causa y falta de derecho. Las vacaciones reclamadas deben ser denegadas y, respecto de ellas, se ha de acoger la excepción de falta de derecho por cuanto se trata de un derecho vinculado directamente a la prestación efectiva del servicio, presupuesto que no se ha verificado en este asunto sin que sean relevantes las causas para ello. Por haber resultado vencida, a la demandada le corresponde asumir el pago de ambas costas de esta acción y se fijan las personales en la suma prudencial de un millón de colones. Sobre las sumas a pagar por concepto de salarios, esa debe proceder a rebajar lo correspondiente por cargas sociales y reportarlas como corresponde a la entidad aseguradora. Para lo que en derecho corresponda, se debe remitir copia de este pronunciamiento a la Dirección de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social.-

SALARIO EN ESPECIE. SUPRESIÓN DE USO DISCRECIONAL DE VEHÍCULO EN EMPRESA PÚBLICA DEL ESTADO.
VOTO N° 2008-000709
DE LAS 10:35 HRS. DEL 22 DE AGOSTO DEL 2008.

IV.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: Ha quedado establecido, en forma correcta, que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, S.A. constituye una empresa pública-ente de derecho privado, por la forma de su organización. El recurrente sostiene que por esa naturaleza, la demandada no está sujeta al principio de legalidad, regulado en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública (y en el mismo numeral de la Constitución Política), así como tampoco a la Ley de Salarios de la Administración Pública, concretamente al artículo 9, y porque además las relaciones de empleo se rigen por el derecho privado. Si bien, en principio, por lo regulado en los artículos 3, inciso 2), 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública se ha considerado que el derecho privado regula la actividad de los entes que por el régimen de su conjunto y los requerimientos de su giro constituyen empresas industriales o mercantiles comunes y no se consideran servidores públicos los empleados de las empresas o servicios económicos del Estado, con lo cual sus relaciones se regirán por el derecho laboral o mercantil, cabe precisar que ya la Sala Constitucional y esta otra Sala, en forma reiterada, han establecido que las relaciones de empleo en entidades como la demandada son de naturaleza mixta y no meramente privadas, en el tanto en que se aplica la legislación laboral común, siempre y cuando no se desplacen consideraciones de orden superior, propias del Derecho Público. La Sala Constitucional, en reiterados pronunciamientos, ha abordado el tema de las relaciones de empleo en la Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A. (RECOPE), señalando precisamente que el régimen de empleo en dicha empresa es de naturaleza mixta y que siempre queda sujeta a ciertas regulaciones de

derecho público, dado el carácter público de los fines que persigue y los fondos que maneja. La naturaleza jurídica de RECOPE y de la C.N.F.L. es la misma, pues ambas son empresas públicas – entes privados, con lo cual los razonamientos que la doctrina jurisprudencial ha hecho respecto de la primera son plenamente aplicables a la segunda. En ese sentido, resulta de vital importancia citar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 7.730, dictada a las 14:47 horas del 30 de agosto del año 2000, en la que expresamente se estableció:

"VIII.- NATURALEZA JURIDICA DE RECOPE Y REGIMEN JURIDICO DE SUS EMPLEADOS.- La Jurisprudencia de la Sala ha admitido reiteradamente que RECOPE es una empresa pública, que se encuentra organizada de conformidad con la normativa propia del derecho mercantil -es una sociedad anónima constituida según las reglas del Código de Comercio- pero que, de acuerdo con la Ley 5568 de diecisiete de abril de mil novecientos setenta y cuatro, tiene al Estado como dueño de su capital accionario, reconociendo el carácter especialmente sensible de las labores que ella ha sido llamada a realizar, aspecto que, por cierto, no ha pasado inadvertido para este Tribunal.../ La refinadora es pues una empresa pública, que forma parte del sector público no financiero de la economía, lo que tiene consecuencias en cuanto al régimen jurídico que exhibe. En efecto, el artículo 3º inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública dispone que el derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes. Así, en tanto que es empresa pública, a RECOPE le corresponde darse su propia organización, con el objeto de asegurarse la distribución eficiente y económica de los derivados del petróleo (véase Voto 1743-91) y su régimen financiero no se encuentra comprendido en el Presupuesto Nacional. No obstante, la Sala ha dejado en claro que a pesar de que, en principio, RECOPE se encuentra regulada por el Derecho Privado, también se encuentra, por fuerza, sometida a un conjunto de normas de orden público que se le imponen en razón de los fines que debe cumplir y de la naturaleza de los recursos que emplea. Esto significa que, como bien lo ha dicho la Procuraduría, existen una serie de regulaciones de Derecho Público que disciplinan tanto la actividad de la refinadora, como la utilización que haga de dichos recursos. En otras palabras, a pesar de que RECOPE es una sociedad anónima, se encuentra sometida a una serie de controles de tipo administrativo. [...] Todos estos precedentes jurisprudenciales significan que, a pesar de que la actividad de la Refinadora se rige en su mayor parte por el Derecho Privado, existe una importante participación pública orientada a fiscalizar económicamente a la sociedad, lo que se logra en su mayor parte por medio de los controles ejercidos por la asamblea de accionistas, que debe nombrar a los administradores de la empresa y los ordinarios derivados de los principios constitucionales (Contraloría General de la República). Por lo demás, el régimen jurídico es privado, y así debe ser, porque en caso contrario se correría el riesgo de desnaturalizar el concepto institucional, en la forma como originalmente fue concebido. El carácter mixto -de Derecho Público y Derecho Privado- del régimen jurídico de RECOPE, se extiende también por las razones acotadas a las normas que rigen las relaciones entre la Refinadora y sus empleados, a pesar de lo que podría interpretarse de la lectura de los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública. [...] Así, puede concluirse que el régimen jurídico de los empleados de RECOPE -en principio- es de carácter mixto; se aplica la legislación laboral común siempre y cuando no se vea desplazada por consideraciones de orden superior propias del Derecho Público." (La negrita y el subrayado no están en el original).

De igual forma, también se ha concluido sobre la sujeción de este tipo de empresas a las directrices de carácter general emitidas por la Autoridad Presupuestaria incluidas las de política salarial, empleo y clasificación de puestos. Al igual que RECOPE, la Compañía debe considerarse como parte del sector público, en el sentido amplio de su significado, y como se apuntó, estuvo sujeta a la Ley N° 6.821, del 14 de octubre de 1982 (Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria), que si bien se encuentra derogada, estuvo vigente durante la mayor parte del período de la situación fáctica que aquí se analiza y según lo regulado en el artículo 1 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (Ley N° 8.131, publicada el 16 de octubre del 2001),

también quedó sometida a esa otra normativa de carácter iuspublicista y siempre a las directrices de carácter general, no concretas, emitidas por la Autoridad Presupuestaria en materia salarial (véase el artículo 21 de la ley). Esa vinculación de las empresas públicas como la demandada a las directrices de política presupuestaria (y salarial) de orden público, también se vio reflejada en la sentencia de la Sala Constitucional N° 12.953, de las 16:25 horas del 18 de diciembre del 2001, que aunque siempre referida a RECOPE, sus consideraciones son de aplicación a la accionada. En lo que interesa, se indicó:

"...a) las Empresas Públicas mantienen la iniciativa de su propia gestión y el Ejecutivo central no puede ordenarles directamente como deben actuar; b) estos entes guardan además la autonomía necesaria para ejecutar por sí mismas sus tareas y dar cumplimiento a obligaciones legales; c) la autonomía comprende asimismo la fijación de los fines, las metas y los tipos de medios para cumplirlas; d) por lo tanto, las directrices que emane la Autoridad Presupuestaria en materia de política presupuestaria (inversión, endeudamiento y salarios), son de obligado acatamiento para RECOPE, e) pero, no obstante, la actuación de la Autoridad Presupuestaria debe permanecer en el campo el diseño y posterior ejecución de las directrices generales sobre política, y la ingerencia de dicha autoridad no puede llegar al extremo de interferir en la ejecución concreta de esas directrices. Esto significa que la mencionada Autoridad no está en capacidad de dar órdenes concretas o someter aprobación los actos específicos de ejecución, que son parte de la autonomía administrativa de esas entidades, pero sí puede –y debe– fiscalizar el cumplimiento de las directrices que promulga y que el Poder Ejecutivo adopta, haciéndolas o convirtiéndolas en oficiales, de tal forma que si éstas son incumplidas por los entes fiscalizados, a la Autoridad le queda abierta la posibilidad de proceder de conformidad con su ley y con la General de la Administración Pública." (La negrita no está en el original).

En ese mismo fallo, la Sala Constitucional puntualizó: "De esta manera, aunque RECOPE es una empresa pública que se rige por el Derecho Privado en el ejercicio de su actividad comercial, pertenece al sector público concebido en el sentido más amplio de su significado y, por esta razón, no está en modo alguno eximida de cumplir con el principio de legalidad... RECOPE fue creada con miras a satisfacer el interés general (ver sentencia 7044 de las diez horas nueve minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis) y funciona con fondos públicos, generados por los precios que de los combustibles y derivados del petróleo, pagan todos los habitantes del país, por lo que queda enmarcado en el artículo 9° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N°. 7428, que dispone que son Fondos Públicos "…los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos…". De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico exige que se ejerza un control económico sobre ella; es decir, que la utilización de los referidos fondos debe estar sometida a un mínimo de regulación, capaz de asegurar el correcto y razonable empleo de los mismos, y en estricto apego al "Principio de Interdicción de la Arbitrariedad". (El destacado es de quien redacta). Con base en la misma argumentación, en la sentencia N° 6.728, de las 14:43 horas del 17 de mayo del 2006, se indicó cuanto sigue: "Por el contrario, la norma impugnada establece un 'beneficio' carente de causa legítima, lo que implica una liberalidad absolutamente inaceptable en una institución pública, que aunque constituida bajo la forma de una empresa mercantil, lleva a cabo un servicio público esencial y maneja fondos pertenecientes a la Hacienda Pública. La gestión de estos fondos debe sujetarse a los principios de legalidad, austeridad y razonabilidad en el gasto público, lo que impone una prohibición de derrochar o administrar tales recursos como si se tratase de fondos privados, aún tratándose de la empresa pública." (La negrita y el subrayado no están en el original). Las consideraciones realizadas permiten llegar a la conclusión de que las relaciones de empleo en la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, S.A. no son meramente privadas como lo alega el recurrente, sino que el régimen es mixto y por ello se aplica el derecho laboral privado, en el tanto no se desplacen regulaciones de orden superior propias del derecho público. También se concluye que en materia salarial las empresas públicas siempre quedan sometidas al principio de legalidad y a las directrices de carácter general referidas a la materia salarial. Aparte de lo anterior, necesariamente debe precisarse que el régimen de empleo de la "clase

gerencial" de las empresa públicas, en la que podría incluirse a los actores, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, queda fuera de ese régimen mixto y se enmarca siempre dentro del régimen público, en el tanto se ejerzan funciones de gestión pública, que entrañan poderes superiores de decisión y fiscalización. En tal sentido, en el voto N°12.953-01 citado se explicó: "Por consiguiente, puede concluirse que el régimen jurídico de los empleados de RECOPE -en principio- es de carácter mixto: se aplica la legislación laboral común, siempre y cuando no se vea desplazada por consideraciones de orden superior propias del Derecho Público. Empero, aquí es necesario enfatizar la frase "en principio", puesto que precisamente en virtud de la naturaleza Pública de la refinería y de las "consideraciones de orden superior" que se derivan de este hecho, existen casos de excepción al régimen general: existen empleados de las empresas públicas que asumen la calidad de verdaderos servidores públicos. En efecto, la Ley General de la Administración Pública contempla criterios para discernir aquellos supuestos en que empleados de empresas públicas asumen el carácter de servidores o funcionarios públicos..." (La negrita no es del original). Expuesto lo anterior, debe señalarse que a la luz del principio de legalidad se ha reiterado el criterio de que para que a una determinada prestación en especie pueda concedérsele la naturaleza de salario, debe estar concretamente así previsto en alguna norma. El artículo 9 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en forma expresa, excluye ese tipo de prestaciones como parte integrante del salario, con la clara finalidad de tutelar el manejo de los recursos de la colectividad y la tendencia legislativa es restrictiva en esa materia. Dicho artículo señala: "Salvo las sumas que por concepto de 'zonaje' deban reconocerse a determinados servidores públicos, conforme al Reglamento que con tal fin dictará el Poder Ejecutivo, las prestaciones o suministros adicionales que en algunos casos se otorgaren, tales como las que cubran gastos de alojamiento, alimentación, vehículos, uniformes, etc., no tendrán el carácter de salario en especie, ya que tales gastos sólo se otorgarán cuando las necesidades del servicio así lo requieran, lo mismo que las sumas que fueren pagadas por concepto de viáticos o gastos de viaje." De ahí se desprende, como principio general aplicable en el Sector Público en materia de salarios, que a ese tipo de prestaciones se les resta la naturaleza retributiva, sin que resulte entonces posible aplicar el artículo 166 del Código de Trabajo como lo pretende el recurrente. No obstante lo expuesto, la Sala considera que el caso concreto presenta una característica particular, similar a las situaciones que se resolvieron mediante sentencias números 23, de las 9:20 horas del 29 de enero de 1999 y 844, de las 10:20 horas del 8 de setiembre del 2006, que exige dar un tratamiento diferente a la solución normal que se aplica en estos casos, pues medió un acto administrativo que no puede desconocerse, por el cual se confirió a los demandantes el uso del vehículo discrecional como parte del salario pagado en especie, valorado en un 37% de la remuneración cancelada en metálico. En efecto, analizadas las pruebas que constan en los autos, se tiene que en un pronunciamiento de la Contraloría General de la República, fechado el 5 de mayo de 1987, se concluyó que el uso discrecional de un vehículo podía conceptuarse como salario en especie, cuya valoración no debía exceder del 37%, según la jurisprudencia que imperaba en ese momento (folios 29-30). A la luz de ese criterio, en la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, S.A., el 3 de noviembre de 1988, se emitió una "Política sobre uso discrecional de vehículos", en la que se daba cuenta de que por muchos años se había concedido el uso discrecional de vehículos a ciertos trabajadores, sin que a la fecha se hubiera reconocido esa concesión como salario en especie, indicándose que mediaba jurisprudencia que la admitía como tal, por lo que se decidió "Reconocer, como salario en especie, un 37% del salario total para los trabajadores que disfrutan de vehículos de uso discrecional" (folios 219- 220). Más adelante, ante requerimiento del Ministerio de Hacienda de fecha 10 de mayo de 1989 (folio 21), se procedió a retener el impuesto sobre la renta, respecto del porcentaje de salario valorado en especie, deduciéndose de los salarios de los actores, por tal concepto, un 3,7% mensual, a partir de julio de 1989 (folios 22, 28, 36, 43, 50, 65, 98, 114, 119). De igual forma, se procedió a reconocer y pagar esa parte del salario en los aguinaldos subsiguientes (folios 36, 65). En el 2003 se les comunicó que los vehículos que usaban discrecionalmente serían rotulados y deberían permanecer en las instalaciones de la demandada después de la jornada laboral, con lo que se eliminaba el uso discrecional (folios 63, 64, 70, 79, 81, 100, 101, 103, 117, 120). Luego, se les comunicó que dejaría de

realizarse la correspondiente deducción del impuesto sobre la renta, a partir del mes de abril del 2003 (folios 62, 80, 97, 113). Así las cosas, está claro que en este caso medió un reconocimiento expreso del derecho, lo cual no puede ser desconocido en esta sede, dado que el acto por el cual se declararon sus derechos nunca fue anulado por el procedimiento correspondiente. En ese sentido, en la sentenciaN° 844- 2006 citada, se indicó:

"...no se comparte la tesis del Tribunal por estimar que no es correcta, porque deja de lado los efectos de los actos administrativos que otorgan derechos, los que se presumen válidos hasta que no sean anulados por medio de los procedimientos legales vigentes. Salvo las excepciones previstas en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública (casos de nulidad evidente y manifiesta, o de revocación por existir grave divergencia entre los efectos del acto y el interés público), el principio constitucional de intangibilidad de los actos propios (non venire contra factum propium) que dimana de los artículos 11 y 34 de la Constitución Política, impide al Estado anular los actos declarativos de derechos subjetivos a favor del administrado, según lo establece el artículo 183 inciso 3 de la Ley General de la Administración Pública que dice: "Fuera de los casos previstos en el artículo 173, la administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos a favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad…" El proceso contencioso de lesividad está regulado en el numeral 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que establece: "1. Cuando la propia Administración autora de algún acto declarativo de derechos pretendiere demandar su anulación ante la Jurisdicción contencioso administrativa, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza, en el plazo de cuatro años a contar de la fecha en que hubiere sido dictado." (sobre este tema véase el votos N° 108 de las 9:40 horas del 12 de marzo del 2003). En el sub litem, el acuerdo de Junta Directiva que determinó el reconocimiento de vehículo de uso discrecional como salario en especie y lo fijó en un 37% del salario total, es un acto administrativo válido y eficaz a cuyo amparo surgió a favor del actor el derecho a que se le cancele ese rubro y por haber sido emitido desde el 25 de octubre de 1988, se consolidó a la luz de lo previsto por el artículo 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo tanto al accionante le asiste el derecho al pago de prestaciones se compute como salario en especie el uso discrecional del vehículo por tratarse de un caso de excepción, como el resuelto por esta Sala en el voto N° 23-99 supracitado."

De conformidad con las razones expuestas, se concluye entonces que no pueden desconocerse los derechos derivados del acto por el cual se les reconoció a los actores el uso discrecional del vehículo como salario en especie, dado que nunca se gestionó la declaración de su nulidad, en el plazo legal y por el procedimiento previsto por la normativa aplicable.

V.- DEL DERECHO DE LOS ACCIONANTES: De conformidad con las premisas expuestas, se llega a la conclusión de que la sentencia impugnada debe ser revocada. En su lugar, procede acoger las pretensiones de los actores, en la forma que de seguido se explica. Antes que todo, cabe precisar que la Sala no puede entrar a valorar el porcentaje que cabría establecer por el salario en especie, dado que la demandada le fijó un valor del 37%, sin que ahora pueda modificarse. En la demanda se pretende una liquidación parcial del derecho, tomándose en cuenta el tope de veinte años establecido mediante convención colectiva para el auxilio de cesantía. Por otra parte, si bien no se está en presencia de terminaciones de los contratos de los demandantes, sino que estos reclaman una indemnización parcial por la disminución de sus salarios, al eliminárseles la retribución en especie, cabe precisar que en aplicación del principio de continuidad procede acceder a tal pretensión, dado que dicho principio pretende la conservación de las relaciones laborales y conferirles la mayor duración posible, por lo que la solución no necesariamente tiene que ser la ruptura de la relación con responsabilidad patronal. Ya esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este punto. En ese sentido, en la sentencia de esta Sala número 269, de las 9:40 horas del 2 de mayo del 2007 se explicó cuanto sigue:

"Si bien es cierto la legislación laboral costarricense tiene un sistema tasado de indemnizaciones, no por

ello puede afirmarse que ante variaciones en las condiciones de trabajo que causen perjuicio a una sola de las partes, éstos no generen una indemnización cuando no hay ruptura del contrato. En ese sentido, el numeral 21 del Código Civil dispone: 'Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.' Por su parte, el artículo 19 del Código de Trabajo estipula, en su párrafo primero, que 'El contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriva'. La relación de trabajo, por ser estable y continuada, exige la confianza recíproca y permanente entre las partes. Para satisfacer las exigencias sociales, éticas y de humanización del Derecho, la doctrina moderna ha formulado la teoría del abuso en el ejercicio de los derechos. Esta, que se configura como otro principio general, se ha constituido en la causa jurídica para poder negarle, a la persona titular de un derecho subjetivo o de una potestad, ejercitado/a en forma desviada de su destino, la tutela del ordenamiento jurídico. Asimismo, es fuente incuestionable de responsabilidad, debido a que, quien ejerce su derecho o su poder-deber de forma reprensible y con perjuicio para alguien, debe resarcir el daño ocasionado con su actuar. El Código de Trabajo no menciona, en forma expresa, esa moderna teoría, pero su normativa supletoria (ordinal 15), en concreto, el Código Civil, sí la contempla en su artículo 22 (ver, también, su numeral 14).De acuerdo con el primer enunciado de esa disposición, 'La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste.' Dada su generalidad, esa declaración autoriza a quien juzga para determinar las hipótesis en las cuales se da una situación abusiva, debiendo aplicar, para ello, un criterio amplio en el que se ponderen, entre otras, la equidad y la realidad social (artículos 10 y 11 ibídem). La segunda parte del precepto en cuestión está referida a un supuesto específico: el abuso en el ejercicio de un derecho dentro de la esfera contractual, con daño a tercero o a la contraparte. Al respecto, se dispone que: 'Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso."

A la luz de lo señalado se estima que la liquidación parcial pretendida por los demandantes resulta procedente, a los efectos de indemnizar el daño ocasionado con la supresión del salario en especie y dado que no se prevé normativa que regule la situación, pues el Código de Trabajo parte de un sistema tarifado de indemnizaciones, se considera oportuno aplicar el numeral 99 de la Convención Colectiva, invocada por la parte actora, aunque no con los alcances que se pretenden en la demanda. A ese tenor, para los efectos de la liquidación, que se deja para la etapa de ejecución de sentencia, deberá tomarse en cuenta como fecha de inicio del derecho el 3 de noviembre de 1988, que es la data consignada en la "Política sobre uso discrecional de vehículos", por la cual se reconoció el uso del vehículo como salario en especie, sin que se haya acreditado una diferente. Como fecha de fin del derecho se fija el 1° de abril del 2003, que fue la data a partir de la cual se dejó de realizar la deducción correspondiente por el impuesto sobre la renta y se procedió a la rotulación de los vehículos, para un período total de 14 años, 4 meses y 28 días, y no de veinte años, como lo pretenden los actores, a la luz del tiempo total de trabajo. Luego, se tomará en cuenta el promedio salarial correspondiente por el salario en especie (37% del salario en dinero) de cada uno de los accionantes en los seis meses previos a la supresión del derecho. La suma que resulte se aplicará a los 14 años señalados y después, al resultado, se aplicará un 60%, conforme lo regula la norma convencional citada, en cuanto señala: "En caso de renuncia, despido con responsabilidad patronal o pensión por vejez, los trabajadores tendrán derecho a percibir por concepto de auxilio de cesantía, un porcentaje sobre el cálculo de los veinte salarios posibles de cesantía conforme al número de años servidos, y de acuerdo a la siguiente tabla: ...14 años ... 60%..." (folio 256). Por otra parte, en aplicación de los artículos 494 y 495 del Código de Trabajo, en relación con el numeral 221 del Código Procesal Civil, se estima que debe condenarse a la demandada a pagar ambas costas del proceso y las personales cabe establecerlas en el veinte por ciento del total de la condena.

NO HAY RELACIÓN LABORAL ENTRE VENDEDOR DE LOTERÍA Y JUNTA DE PROTECCIÓN SOCIAL.
VOTO N° 2008-000358
DE LAS 10:40 HRS. DEL 23 DE ABRIL DEL 2008.

I-. SÍNTESIS DEL RECURSO: El actor critica la valoración de la prueba efectuada por los juzgadores de instancia pues, a su juicio, esta demuestra la existencia de una relación laboral. Reprocha además que no se hayan tomado en cuenta los dictámenes de la Defensoría de los Habitantes y del reconocido jurista Fernando Bolaños Céspedes -quien también declaró como testigo-, ambos favorables a la tesis de la laboralidad de la relación entre los vendedores de lotería y la Junta de Protección Social. Denuncia la incorrecta aplicación de la Ley de Lotería en lo que concierne a la figura de la concesión, con la cual se viene a desnaturalizar una verdadera prestación de trabajo. Acusa la infracción del artículo 16 del Código de Trabajo, que versa sobre el principio de especialidad en razón de la materia, siendo que en caso de conflicto entre la Ley de Lotería y el Código mencionado este último ha de prevalecer. Estima que el asunto se resolvió sin examinar el material probatorio referente a cómo opera en la realidad la relación y dejándose de lado los preceptos legales y constitucionales que tutelan al trabajador, aplicándose literalmente y sin mayor análisis crítico la Ley de Lotería, la cual contiene una ficción legal al calificar el vínculo entre el chancero y la Junta como una concesión, cuando un verdadero concesionario realiza su actividad a nombre y por cuenta propia, mientras que el chancero vende la lotería a nombre y por cuenta de la Junta. Aunado a lo anterior, alega que él nunca fue concesionario, ya que cuando comenzó a vender lotería ni siquiera se usaba ese término, el cual fue introducido por la Ley N° 6404. Por eso nunca se le sometió a un estudio socioeconómico, dado que él en ningún momento solicitó una adjudicación; por el contrario, siempre se desempeñó como vendedor directo de lotería, por más de 60 años. Opina que el legislador se excedió en sus facultades e incurrió en fraude de ley al instaurar un régimen de concesión inexistente en aras de ocultar la relación laboral, quebrantándose de ese modo el numeral 56 de la Carta Magna que establece el trabajo como un derecho fundamental, correspondiéndole al Estado regularlo adecuadamente. Con ese proceder se dejó en desventaja social y económica a un sector importante de la población costarricense dedicado a la venta de lotería, colocándolos en una situación de discriminación respecto del resto de trabajadores del país, lo que resulta abiertamente inconstitucional porque no es justo que esas personas nunca hayan gozado de derechos tan importantes como vacaciones, incapacidad por enfermedad o pensión por vejez, garantías sociales que se ven todas violentadas, al igual que los principios de irrenunciabilidad (numeral 74 de la Constitución Política) y razonabilidad. Todos esos vicios de constitucionalidad fueron invocados ante el Tribunal, mas este omitió hacer la consulta ante la Sala Constitucional, como se lo ordenaba el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En todo caso, afirma que de la propia Ley de Lotería se extraen los elementos característicos del contrato de trabajo, a saber, la prestación personal del servicio, el salario y la subordinación jurídica. Finalmente, sostiene que sin la labor que realizan los chanceros la entidad accionada no podría cumplir su cometido, siendo estos la fuerza de trabajo de que depende la institución para desarrollar su actividad. Por ende, ruega revocar lo fallado y declarar con lugar la demanda (folio 546).

II-. ANTECEDENTES: El 30 de junio del 2000, el señor … demandó en la vía ordinaria laboral a la Junta de Protección Social de San José (JPS), con fundamento en los hechos y argumentos que de seguido se reseñan. Desde los 9 hasta los 70 años de edad se dedicó a la venta de lotería en forma personal, permanente e ininterrumpida, siendo ese el único oficio que conoció en toda su vida. Nunca fue concesionario (es decir, en ningún momento presentó una solicitud de adjudicación ni se le practicó el correspondiente estudio socioeconómico), pues cuando comenzó a ejercer la actividad ni siquiera se usaba ese término jurídico, el cual fue introducido posteriormente por el legislador para disfrazar la relación laboral, y si bien las diversas leyes que han regido la materia han utilizado diferentes conceptos (adjudicatarios, concesionarios, clientes directos, propietarios de cuotas), lo cierto es que él siempre se desempeñó como un simple vendedor de lotería. Lo anterior se refuerza si se considera que no existen concesiones de por vida y más bien esa

duración indefinida del vínculo es un indicativo de su laboralidad. Las cuotas que por semana le entregaba la Junta eran 200 enteros de lotería nacional, 160 de "chances", 50 de "tiempos" y 5 paquetes de "raspas". Su salario consistía en una comisión o retribución porcentual sobre las ventas -que actualmente es de un 12% y anteriormente era un 10%-, lo que le reportaba un ingreso fijo mensual -dado que nunca devolvía lotería sin vender (posibilidad que implica que era la JPS la que asumía las pérdidas, como empleadora que era)-, que en el mes de diciembre se duplicaba por cuanto la Junta le entregaba excedentes para el "gordo navideño" y los sorteos de consolación. De ese 12% la Junta le rebajaba de oficio un 1% para el Fondo Mutual y de Beneficio Social de los Vendedores de Lotería (FOMUVEL), lo que es típico de una relación laboral. Siempre laboró todos los días de la semana -salvo en los últimos 10 años que trabajó de lunes a sábado- de 8 a.m. a 6:30 p.m. Debía portar un carné expedido por la JPS y estaba sometido a las políticas, circulares, órdenes, reglamentaciones y fiscalizaciones emanadas de esa institución, so pena de que se le cancelara la cuota. Los inspectores de la demandada lo visitaban continuamente para constatar que no vendiera otros productos ni otras series que no fuesen las que hubiese retirado personalmente. Nunca pudo ejercer la actividad de manera autónoma, o sea como un empresario independiente, pues era un trabajo por cuenta ajena al no poder disponer la forma cómo realizar la venta de lotería por cuanto estaba obligado a hacerlo personalmente, siendo que si, por ejemplo, se enfermaba o salía del país no podía decidir libremente que otra persona vendiese por él porque para eso se requería la autorización de la accionada. En enero del año 2000, debido a su avanzada edad, se le imposibilitó seguir con la venta personal de la lotería, por lo que se le canceló su cuota. Pese a tratarse de una verdadera relación laboral, nunca gozó de vacaciones, aguinaldo, subsidio por enfermedad ni pudo cotizar para una pensión; en otras palabras, fue explotado. La JPS lleva a cabo su labor de "bienestar social" y mantiene una gran planilla administrativa (que sí disfruta de todas las garantías sociales) gracias a la venta que hace el chancero en las calles. La Defensoría de los Habitantes hace años reconoció la laboralidad de la relación, pero la institución demandada se ha negado a acatar sus recomendaciones, entre las que destaca la necesidad de reformar la Ley de Lotería. Con base en las razones expuestas, formuló la siguiente petitoria: vacaciones y aguinaldos de toda la relación laboral; auxilio de cesantía; una pensión desde el 1° de enero del 2000, debiendo obligarse a la JPS a pagar a la Caja Costarricense de Seguro Social todas las cuotas obrero- patronales omitidas; daño moral -estimado en 30 millones de colones-; intereses legales y ambas costas (folio 1). La contestación se rindió en términos negativos -sin oponerse excepciones-, indicándose, en primer lugar, que la Ley de Lotería permite nombrar un representante, por lo que no es cierto que el actor, con motivo de su edad, se viese obligado a retirarse de la actividad. Por otro lado, se sostuvo que no existe con los vendedores de lotería una relación laboral, sino que se trata de una concesión, como lo establece la propia Ley de Lotería y también así lo han reconocido tanto la Sala Constitucional como la Procuraduría General de la República. Se trata de un simple mecanismo de distribución, como podría serlo, por ejemplo, mediante una agencia bancaria. La misión de los inspectores es vigilar el estricto cumplimiento de la ley y no someter a los chanceros a una supervisión de tipo laboral. La Junta recibe la lotería no vendida no porque asuma las pérdidas como patrono, sino que se asimila a una venta por consignación. Es verdad que cuando un vendedor va a salir del país debe presentar su pasaporte a la JPS, mas no con el objeto de pedir permiso, sino para el trámite de nombramiento de un representante. Por último, se recalcó que el FOMUVEL se creó precisamente por no ser los chanceros empleados de la Junta y ante la necesidad de que tuvieran algún tipo de beneficios sociales (folio 176). En primera instancia, tras concluirse que no se estaba en presencia de una relación laboral, la demanda fue declarada sin lugar, imponiéndosele al actor el pago de ambas costas del proceso (folio 402). Esa decisión fue apelada por don ... (folio 415). No obstante, el órgano de alzada confirmó el fallo sometido a su conocimiento, salvo en lo que respecta a las costas, resolviendo sin especial condena en tales gastos (folio 529).

III-.SOBRE LA CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD: No es de recibo el agravio atinente a la inaplicación del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en lo que interesa establece: "Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la

Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional (...)". Si los juzgadores de instancia no tenían duda acerca de la constitucionalidad de la Ley de Lotería -como tampoco la tienen los suscritos-, no estaban obligados a plantear la consulta ante la Sala Constitucional. Si el accionante es de la opinión de que la referida ley es inconstitucional por las razones que expone en el recurso de tercera instancia rogada, estaba facultado para interponer la correspondiente acción de inconstitucionalidad, lo que no consta que haya hecho. En todo caso, la conclusión a la que se llegó en los estadios precedentes, en el sentido de que en la especie no se está frente a una relación laboral, no se basó solamente en la aplicación literal de esa ley, que define la relación como una concesión, sino en un análisis de las pruebas allegadas a los autos, las cuales desvirtúan la existencia de un contrato de trabajo entre los vendedores de lotería y la Junta de Protección Social, tema en el cual se profundizará más adelante.

IV-. DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN UNA RELACIÓN LABORAL: Los artículos 2, 4 y 18, todos del Código de Trabajo, por su orden, disponen: " Artículo 2.- Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de una u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo ", " Artículo 4.- Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo " y " Artículo 18.- Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de esta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe ". A partir de lo anterior, se han distinguido tres elementos que caracterizan una relación de tipo laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación jurídica. En razón de que los elementos correspondientes a la prestación personal del servicio y a la remuneración se presentan también en otros tipos de contrataciones, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha recurrido al tercer elemento -la subordinación jurídica- como criterio de distinción, entendido este como la facultad del empleador de dar órdenes al trabajador y disciplinar sus faltas, así como la de dirigir las tareas. Este concepto ha sido definido como un estado de limitación de la autonomía del trabajador con motivo de la potestad patronal para dirigir y dar órdenes sobre las labores a desempeñar, y su correlativa obligación de obedecerlas (CABANELLAS (Guillermo), Contrato de Trabajo, Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239 y 243). Es decir, la subordinación laboral lleva implícitos una serie de poderes que el empleador puede ejercer sobre el trabajador, cuales son: el poder de mando, el poder de fiscalización, el poder de dirección y el poder disciplinario. El problema de identificar la existencia de un verdadero contrato de trabajo se exacerba con el proceso de relativización de la noción de subordinación que se da en muchos supuestos, lo que produce mayor dificultad para establecer la frontera entre una relación laboral y el trabajo por cuenta propia pues, en gran cantidad de casos, la noción de dependencia no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena donde, en muchas ocasiones, las labores se desarrollan por cuenta propia en cuanto a la forma de organizar su trabajo, pero por cuenta ajena en cuanto al ámbito directivo y disciplinario (LÓPEZ GANDÍA, Juan. Contrato de trabajo y figuras afines, Valencia, Tirant lo blach, 1999, pp. 9-12). Le corresponde entonces al operador jurídico determinar, en cada caso concreto, según las circunstancias particulares que se presenten, si se está o no en presencia de una relación laboral. A esos efectos, deberá realizar la valoración correspondiente, para determinar si se ha pretendido disimular la existencia de un contrato de trabajo o si, por el contrario, legítimamente, el vínculo jurídico no tuvo naturaleza laboral. El tema de las relaciones laborales encubiertas y la necesidad de esclarecer la existencia de un verdadero contrato de trabajo en un determinado caso ha sido objeto de estudio por parte de la Organización Internacional del Trabajo. En efecto, en el informe de la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el 2003, se

presentaron una serie de parámetros, utilizados en distintos ordenamientos jurídicos, que podrían ayudar a diferenciar entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Así, se han enunciado las siguientes características como propias de los trabajadores independientes o por cuenta propia: a) es propietario de su propio negocio; b) está expuesto a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad; c) asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; d) se beneficia pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos encomendados; e) ejerce el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo y determinar si debe o no intervenir personalmente en el cometido; f) tiene la libertad de contratar personal, con arreglo a sus condiciones, para realizar las labores a las que se ha comprometido; g) puede ejecutar trabajos o servicios para más de una persona simultáneamente; h) proporciona los materiales necesarios para realizar el trabajo; i) proporciona el equipo y las máquinas necesarios para desarrollar el trabajo; j) dispone de locales fijos donde funciona su razón social; k) calcula el costo del trabajo y fija el precio; l) dispone de sus propios contratos de seguro; y, m) ejerce control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido. (Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, El ámbito de la relación de trabajo , Informe V, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pp. 66-67). Dadas las dificultades que pueden presentarse al momento de determinar si en una relación concreta media o no subordinación, precisamente en los denominados “casos frontera”, tanto doctrinal como jurisprudencialmente también se han venido estableciendo distintos criterios que se consideran como indiciarios de la existencia de subordinación. Así, Mangarelli enumera los siguientes: 1) No deben confundirse las condiciones del servicio con la existencia de subordinación pues a todo profesional debe indicársele por qué y para qué se necesitan sus servicios. 2) Inexistencia del carácter personal de la prestación. 3) Constituye un indicio de laboralidad del contrato el hecho de que la remuneración se pacte según las fijaciones y aumentos que se dispongan por ley. 4) La prestación de servicios en otros lugares -no exclusividad- ha sido considerado como indicio de que no media contrato de trabajo. 5) La inexistencia de un horario. 6) El no pago de los beneficios laborales durante la relación de trabajo. (Mangarelli, Cristina. “ Arrendamiento de servicios”, en: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2000, pp. 273-275). Por su parte, esta Sala, en su construcción jurisprudencial, también ha establecido algunos lineamientos que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Entre ellos, pueden enumerarse los siguientes: 1) La no existencia de una prestación personal del servicio (sentencias números 319-99, 223-01, 448-01, 540-02, 255-03, 312-03, 323-03, 583-03). 2) Exclusividad en la prestación de las labores (sentencias 319-99, 448-01, 512-02, 564-02). 3) Prestación del trabajo en las instalaciones del empresario (sentencias 240-99, 319-99, 275-01, 761- 01, 365-02, 540-02, 564-02, 338-03, 583-03). 4) La existencia de una retribución fija y periódica (sentencias 319-99, 275-01, 448-01, 761-01). 5) El sometimiento a jornada y horario (sentencias 241-99, 319-99, 275-01, 448-01, 717-01, 761-01, 365-02, 515-02, 564-02, 583-03). 6) La imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado (votos 319-99, 564-02). 7) La afiliación a la seguridad social (fallos 319-99, 512-02, 564-02). 8) El suministro de herramientas y materiales de trabajo (sentencias 294-97, 240-99, 364-01, 576-01, 761-01, 512-02, 373-03). 9) El deber de vestir uniforme o atuendos con el logotipo de la empresa (sentencia 390-02). 10) La realización de actividades por cuenta y riesgo del empresario (sentencias 319-99 y 294-01). 11) El pago de vacaciones o aguinaldo (votos 294-97, 576-01, 715-01, 512-02). 12) El pago de una remuneración que excede la normal de un trabajador (fallo 253-02). 13) El hecho de que los honorarios se paguen mes a mes no los convierte en salarios (sentencias 97-97, 381-00 y 715-01). Claro está que la presencia de algunos indicios considerados como propios de las relaciones de naturaleza laboral no necesariamente deben llevar a la conclusión acerca de la existencia de esta. Es decir, no existen soluciones automáticas, debiendo analizarse en cada caso concreto la presencia de esos indicios que, según las circunstancias dadas, permitan concluir si se está o no en presencia de un contrato de trabajo. Debe tomarse en cuenta que en estos tiempos

modernos, con los procesos de globalización, se han generado nuevas formas de relación laboral que hacen más difícil identificar el elemento subordinación en los términos clásicamente señalados, como lo es la inspección directa, en el tanto el trabajo normalmente se desarrollaba dentro del mismo local de la sede de la empresa, lo que ahora no siempre ocurre, ejerciéndose el control sobre el empleado de otras formas, como son los sistemas de control por objetivos, más que el control por jornadas de trabajo. La posición doctrinaria tradicional sobre la subordinación jurídica se ha flexibilizado, sobre todo con el surgimiento de nuevas formas de prestación del trabajo contratado, como lo es el teletrabajo, entre otras formas flexibles de prestación del servicio contratado por cuenta ajena. Sobre la dependencia o subordinación como elemento que sufre los embates de la flexibilización, los autores PALOMEQUE LÓPEZ Y ÁLVAREZ DE LA ROSA explican: "El que trabaja bajo dependencia no organiza su trabajo, lo presta bajo las órdenes de otro, el empresario. La dependencia en la actualidad continúa sirviendo para describir una realidad poliédrica que no puede ser reconducida a una sola consideración. Es innegable que la caracterización del contrato de trabajo reside en la posición de subordinación del trabajador y correlativa preeminencia del empresario. De tal manera, que el empresario tiene el poder de especificar el contenido y las cualidades del trabajo y orientar hacia un resultado la actividad; sobre el resultado obtenido el trabajador no posee ningún control. La dependencia es una noción históricamente evolucionada que si bien nace unida al obrero industrial, se flexibiliza, buscando su caracterización de acuerdo con el tipo de trabajo real que subyace en el proceso económico. Caso contrario, si se quedara el concepto anquilosado en su primera versión, puede hacerse buena la clásica observación de que el principio de subordinación ejerce una cierta tiranía sobre el Derecho del Trabajo, retrasando su progreso científico, mermándolo, reduciendo su ámbito, proletarizándolo y colocándolo detrás de la realidad" (Palomeque López Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa Manuel, Derecho del Trabajo, séptima edición, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, España, 1999, p. 621). Como puede notarse, los citados autores son de la tesis de que el elemento subordinación ya no puede verse en los términos tradicionales, sino que ha de considerarse en otras formas de trabajo diferentes a las propias de un obrero industrial, que está directamente bajo la vigilancia del empleador o su representante, de manera que podemos concluir que en la actualidad no se excluye la presencia de ese elemento de la relación entre dos partes por el hecho de estar más desdibujada la clásica subordinación; eso sí, siempre que el empleador no haya perdido el poder de organizar el trabajo, dar las órdenes a través de directrices, vigilar el cumplimiento del trabajo por resultados y sancionar los incumplimientos. En otro orden de ideas, el numeral 18 del Código de Trabajo, arriba transcrito, establece una presunción iuris tantum a favor de la laboralidad de la relación de quien presta sus servicios y la persona que los recibe. En aplicación del artículo 414 del Código Procesal Civil, a tenor de lo dispuesto en el numeral 452 del de Trabajo, toda presunción legal exime a la parte que la alegue de la obligación de demostrar el hecho reputado como cierto en virtud de la misma. No obstante, se obliga a quien la invoque a demostrar los hechos que le sirven de base, a saber, la prestación personal de los servicios. Finalmente, al realizar el análisis de asuntos como el que se conoce, debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de la realidad, cuya aplicación está implícita en el mencionado artículo 18. Como se sabe, el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, conforme con el cual, en materia Laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente. En efecto, dicho principio establece que "en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos " (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990, p. 243). Por esa razón, el contrato de trabajo ha sido llamado "contrato-realidad" dado que, tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado, de forma pacífica, que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en

la práctica, y no por lo pactado, inclusive expresamente, por las partes; lo que, a su vez, guarda relación con otro de los principios del Derecho del Trabajo como lo es el de la irrenunciabilidad (artículos 74 de la Carta Magna y 11 del Código de Trabajo). Para concluir, debe quedar claro, y así se ha dejado establecido en otros pronunciamientos, que cada decisión dependerá siempre de las características propias de cada caso concreto, por lo que no puede adoptarse una línea invariable, sino que se han de fijar parámetros generales para poder determinar, según las circunstancias dadas, si se está o no en presencia de un contrato de trabajo (sobre los temas desarrollados en este considerando, pueden consultarse también las sentencias de esta Sala N° 628 de las 14:15 horas del 20 de julio del 2005, 675 de las 9:36 horas del 4 de agosto y 1141 de las 9:30 horas del 15 de diciembre, estas dos del 2006).

V-. EVOLUCIÓN DE LA LEY DE LOTERÍA: Antes de entrar a valorar el material probatorio, en aras de una mayor claridad en el análisis, conviene transcribir el articulado más importante de las sucesivas leyes que han regulado la venta de lotería en nuestro país (todas las cuales rigieron al actor, puesto que él se dedicó a esa actividad por más de 60 años, desprendiéndose de la prueba testimonial que comenzó con la venta de lotería desde que era un niño; al respecto, véanse las declaraciones de Margarita Retana Rojas y Mario Valverde Guillén, a folios 270 y 272 respectivamente). En primer lugar se dictó la Ley N° 3785 del 11 de noviembre de 1966, que en lo de interés decía:

"Artículo 1º.- La Junta de Protección Social de San José es la única distribuidora directa de sus loterías. La distribución se hará en las condiciones que mejor le garanticen su seguridad económica dando participación al mayor número de personas en el negocio.

Artículo 2º.- Quienes se dedican a la venta al detalle de loterías que no son de su propiedad, por cuenta de un tercero, se considerarán trabajadores protegidos por las disposiciones del Código de Trabajo y deberán ser asegurados por sus patronos en la Caja Costarricense de Seguro Social, y deberán portar un carnet de salud extendido gratuitamente por el Ministerio de Salubridad Pública.

Artículo 4º.- El revendedor recibirá una remuneración de un 5% sobre la venta que haga, o una superior a ésta cuando así lo convengan las partes.

Artículo 5º.- Los clientes directos perderán su condición de tales cuando incumplan, a juicio de la Junta, las disposiciones de esta ley o las reglamentaciones que ella promulgue.

Artículo 6º.- Cuando hubiere loterías disponibles para su adjudicación, por aumento de la emisión o por cualquier otro motivo, la Junta lo comunicará al público por medio de los periódicos de mayor circulación y otorgará esas cuotas dentro del criterio de seguridad económica a que se refiere el artículo 1º de esta ley y conforme a las siguientes prioridades:

a) A las cooperativas de revendedores legalmente constituidas, a revendedores que decidan convertirse en clientes nuevos, y a compradores directos, los dos últimos con cuotas hasta de dos mil colones;

b) Entre los clientes cuya inversión semanal sea inferior a dos mil colones;

c) Entre clientes cuya inversión semanal sea de dos mil a cuatro mil colones;
d) A juicio de la Junta.

En igualdad de circunstancias preferirá:

1º A las mujeres, y a los hombres mayores de 50 años;

2º A los valetudinarios y a los incapacitados parcialmente para el trabajo, a juicio del Departamento de Empleo del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social;

3º Al que haya de expender la lotería dentro del local, habitación, taller o establecimiento comercial, como medio adicional de ingresos de otra ocupación principal.

Las prioridades señaladas anteriormente serán aplicadas por la Junta siempre y cuando así lo permita

la demanda de loterías desde el punto de vista geográfico o de zona".

Posteriormente se emitió la Ley N° 6404 del 20 de diciembre de 1979, que reformó íntegramente la Ley N° 3785 y cuyos preceptos más relevantes para nuestros efectos disponían:

"Artículo 1º.- La Junta de Protección Social de San José es la única distribuidora directa de sus loterías. Las distribución se hará en las condiciones que mejor garanticen su seguridad económica, pero, dando participación al mayor número de personas en el negocio, de conformidad con los términos de la presente ley.

Artículo 2º.- La Junta de Protección Social de San José, otorgará concesión de cuotas de lotería, únicamente, a los clientes directos, considerándose como tales a las cooperativas legalmente constituidas para tal efecto, así como a las personas físicas que, en forma personal, vendan al público la lotería y que necesiten de dicha actividad como medio de subsistencia, previo estudio que la Junta efectuará. La cuota máxima que se podrá otorgar a clientes directos será de cien billetes por sorteo. En casos muy calificados a juicio de la Junta Directiva, podrán aumentarse las cuotas hasta un máximo de doscientos billetes por sorteo.

Artículo 5º.- La Junta de Protección Social de San José, podrá establecer las agencias regionales necesarias para la distribución de cuotas, a sus adjudicatarios, así como para la venta directa al público, sin descuento alguno.

Artículo 6º.- Cuando hubiere loterías disponibles para su adjudicación, por aumento en la emisión, o por cualquier otro motivo, la Junta otorgará esas cuotas dentro del criterio de seguridad económica a que se refiere el artículo 1º de esta ley, por lo que queda facultada para determinar la zona geográfica en que debe ser vendida dicha lotería. El otorgamiento lo hará conforme a las siguientes prioridades:

a) A las cooperativas legalmente constituida y debidamente inscritas en el respectivo Registro de Asociaciones de Cooperativas.

b) A los adjudicatarios con una cuota inferior al máximo de cien billetes por sorteo.

c) A los que quieran iniciarse en esta actividad y reúnan las condiciones que exige esta ley.

Artículo 7º.- Los clientes, con excepción de las cooperativas deberán retirar personalmente su lotería, previa presentación de su cédula de identidad, en los lugares que la Junta determine. La Junta no entregará lotería a apoderados, representantes o intermediarios de ningún índole, salvo en los casos comprobados de enfermedad o salida del país, en que se entregará la lotería a un representante del adjudicatario, previa presentación de incapacidad o certificación médica extendida por la Caja Costarricense de Seguro Social, por el médico oficial de la Junta, o por el médico forense; o, si es del caso, los documentos de migración respectivos.

Para los casos de incapacidad permanente se requiere el dictamen de la Caja Costarricense de Seguro Social, ratificado por el médico oficial de la Junta, así como el estudio social del caso, con el cual se faculta a la Junta para traspasar la cuota al dependiente directo del adjudicatario.

El representante del adjudicatario, en los casos dichos anteriormente, deberá comprobar parentesco hasta segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad con el concesionario de la cuota correspondiente.

Tendrán derecho a vender lotería los hijos, nietos, cónyuge, compañero o compañera del adjudicatario de un cuota, cuando éste por razones de su avanzado edad o enfermedad no pudiere hacerlo directamente, todo a juicio de la Junta de Protección Social.

Artículo 10.- Para efectos de concesión de cuota, la Junta llevará un registro actualizado de elegibles, conforme a las siguientes prioridades:

a) Mayores de 50 años.

b) Minusválidos de acuerdo con su capacidad de venta personal, hasta el máximo establecido en esta ley.

c) Otros cuyos único medio de subsistencia sea la venta personal de lotería.

Las personas, tanto cooperativistas o no, se incluirán en las lista de elegibles conforme a un estudio realizado por la Junta y el reglamento establecerá el método de ponderación.

El registro de elegibles se llevará por zona geográfica de distribución. Los interesados en iniciarse en la actividad de venta directa de loterías, deberán presentar la fórmula de solicitud, que para este efecto les suministrará la Junta.

Artículo 12.- Los adjudicatarios directos de cuotas de loterías y los cooperativistas, deberán asegurarse en el régimen de Seguro Social, para lo cual autorizarán a la Junta de Protección Social o a la cooperativa, según corresponda, a deducirles de sus ingresos la cuota correspondiente, sin que lo anterior implique el establecimiento de relación laboral.

Artículo 14.- La Junta recibirá a sus concesionarios antes del respectivo sorteo, la lotería no vendida conforme lo designe el reglamento.

Artículo 15.- La Junta de Protección Social de San José, deberá garantizar por todos los medios a su alcance el fiel y estricto cumplimiento de esta ley (...). Asimismo, la Junta nombrará funcionarios con el rango de inspectores, quienes investidos de autoridad procederán a la detención de aquellas personas que contraviniendo lo dispuesto por esta ley, especulen con la lotería (...).

Artículo 17.- La Junta de Protección Social cancelará, sin responsabilidad de su parte, las cuotas de lotería otorgadas a clientes directos que no se ajusten a las disposiciones de esta ley, al reglamento o a las reglamentaciones que para la mejor aplicación de la misma dicte la Junta.

Artículo 19.- Cuando el concesionario de una cuota de lotería falleciere o se incapacitare permanentemente para el trabajo, por vejez o enfermedad la Junta podrá designar como nuevos concesionarios al cónyuge, compañero, compañera, o a los hijos, siempre que reúnan los requisitos que señala esta ley.

Artículo 20.- Constituye delito de especulación la acción de ofrecer o vender loterías de cualquier clase, a precios superiores de los fijado oficialmente por la institución encargada de su administración (...).

También constituirá delito de especulación ejercer la acción de intermediario en la distribución y venta de loterías, o quien ejerza estas actividades sin ser cliente directo de la Junta o socio de una cooperativa (...).

Transitorio III.- En un plazo de dos meses a partir de la vigencia de esta ley, ninguna persona física o jurídica podrá mantener control sobre cuotas de lotería de superior cantidad a la que esta ley determina.

Las cuotas de lotería que reviertan a la Junta, total o parcialmente, al entrar en vigencia esta ley, serán asignadas prioritariamente a quienes se han dedicado a la venta de loterías en calidad de vendedores de intermediarios.

Transitorio V.- En la adjudicación de cuotas de loterías, la Junta dará preferencia a los revendedores actuales, de modo que éstos, si ya conocen el mercadeo, puedan realizar la venta en forma personal e independiente. Para lograr este propósito, se autoriza a la Junta para financiarlos con el fin de que se conviertan en clientes directos de la Junta.
Transitorio VI.- La financiación a que se refiere el transitorio anterior se hará así:

La Junta entregará la lotería al vendedor, quien amortizará la deuda que por este concepto contrae mediante abonos equivalentes al 4% del valor bruto de la lotería que se le entrega para cada sorteo".

Finalmente se promulgó la actual Ley N° 7395 del 3 de mayo de 1994, que derogó la anterior y vino a establecer:

"Artículo 2.- La Junta será la única administradora y distribuidora de las loterías, excepto del Juego Crea. La distribución la efectuará, en las condiciones que garanticen mejor su seguridad económica y brinden participación en el negocio al mayor número de personas, de conformidad con los términos de la presente Ley (...).

Artículo 3.- La Junta otorgará cuotas de lotería a las personas físicas, a las cooperativas u otras organizaciones sociales, legalmente constituidas e inscritas, que reúnan a personas que necesiten dicha actividad como medio de subsistencia, previo estudio social efectuado por la Junta.

Artículo 4.- La cuota máxima que se podrá otorgar a los adjudicatarios directos será de cien billetes por sorteo, salvo casos muy calificados, en los que la Junta Directiva podrá aumentarla, tomando en cuenta la capacidad de venta del adjudicatario, de conformidad con el reglamento y la seguridad económica de la Institución.

Artículo 8.- Los adjudicatarios no podrán traspasar de hecho ni de derecho la concesión otorgada; ni tampoco, ofrecerla en garantía de ningún tipo.

Artículo 10.- La Junta podrá establecer las agencias y los canales de distribución necesarios para administrar y distribuir sus loterías e incluirá la venta directa al público por medio de personas físicas o jurídicas en general, cuando por razones de seguridad económica, o para evitar la especulación en precio, lo determine; asimismo, procurará también la presencia en todo el país de las loterías a los precios oficiales.

Artículo 11- Cuando haya lotería disponible para su adjudicación, la Junta queda facultada para distribuirla con base en el criterio de seguridad económica al que se refiere el artículo 2 de esta Ley. Para ese propósito, determinará la zona geográfica donde deberá venderse esa lotería. Podrán ser adjudicatarios quienes tramiten la solicitud correspondiente y reúnan las condiciones exigidas en esta Ley y en su Reglamento, además del estudio social. La Junta llevará un registro actualizado de elegibles, de conformidad con lo que se indique en el Reglamento. En ese registro, se establecerá un orden, tomando en cuenta la condición socioeconómica del solicitante, de acuerdo con el estudio que se realice al efecto.

Artículo 13.- Los adjudicatarios directos deberán retirar, personalmente, sus loterías, previa presentación de su cédula de identidad y del carné de adjudicatario, en los sitios que la Junta determine. La Junta no entregará las loterías a los apoderados ni a los intermediarios, salvo en los casos autorizados por ella, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el reglamento respectivo. Podrán retirar loterías y ayudar a venderlas el cónyuge, el compañero, la compañera y los hijos del adjudicatario, previa comprobación del parentesco, o bien otra persona autorizada por la Junta Directiva. En tales casos, los autorizados deberán solicitar a la Junta los respectivos carnés de identificación. En casos de fuerza mayor, el retiro se efectuará mediante la solicitud escrita del adjudicatario, acompañada del carné del titular de la cuota. La Administración de Loterías extenderá o no extenderá la autorización respectiva. Si se demuestra un abuso de la autorización, la Junta podrá imponer una sanción, que puede llegar hasta a suprimir la cuota.

Los adjudicatarios y las personas autorizadas para vender loterías, deberán portar, en un lugar visible, un carné de identificación, en el cual se consignarán el nombre de la persona, su número de cédula, el número de adjudicatario, y la fotografía. La Junta deberá confeccionar y entregar esos carnés.

Artículo 17.- La Junta recibirá de sus adjudicatarios, antes del respectivo sorteo, la lotería no vendida, de conformidad con el reglamento y definirá, periódicamente, el porcentaje máximo de cada tipo de lotería que podrán devolver los vendedores.

Artículo 18.- La Junta podrá nombrar empleados, con el rango de inspectores, cuyas funciones se definirán en el Reglamento de la presente Ley (...).

Artículo 19- Cometerán delito, previsto y sancionado en el Capítulo VI de la Ley de Protección al Consumidor, las personas que ofrezcan o vendan loterías de cualquier clase, a precios superiores a los fijados oficialmente por la Junta (...).También incurrirá en ese delito, quien utilice su capacidad financiera para comerciar con loterías que expenda por medio de revendedores.

Artículo 20.- La Junta cancelará, sin responsabilidad de su parte, las cuotas de lotería a quienes no se ajusten a las disposiciones de esta Ley, de sus reglamentos o de cualquier otra regulación atinente. Para ello, se seguirá el procedimiento administrativo descrito en la Ley General de la Administración Pública.

Artículo 22.- Si el adjudicatario directo o indirecto de una cuota de lotería fallece o si, por enfermedad o

vejez se incapacita permanentemente para el trabajo, la Junta, temporalmente y hasta tanto no resuelva en forma definitiva, previo estudio social, podrá asignar como nuevo concesionario a:

a) El cónyuge
b) El compañero o la compañera
c) Los hijos
ch) Los padres
d) Otros familiares
e) Otra persona, a juicio de la Institución de acuerdo con un estudio previo.

La Junta le podrá adjudicar, definitivamente, la concesión de lotería a alguna de las personas mencionadas, si esta cumple con los requisitos establecidos en la ley y en los reglamentos correspondientes. De no ser así, adjudicará la cuota a quien corresponda del registro de elegibles, según las disposiciones que rigen la materia.

Artículo 26.- Créase, para los vendedores de lotería, un fondo mutual y de beneficio social con personería jurídica propia. Este fondo será financiado, por una única vez, con cuarenta millones de colones(¢40.000.000) que la Junta girará del producto del superávit institucional, y con el uno por ciento (1%) de las ventas de lotería, que cada adjudicatario deberá aportar del doce por ciento (12%) de sus ganancias (...).

Artículo 27.- La Junta podrá utilizar diferentes mecanismos de financiamiento, para los adjudicatarios que requieran capital para adquirir la lotería, y que sean sujetos de crédito, de conformidad con el Reglamento".

VI-. INEXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL EN EL CASO CONCRETO: Una vez examinada la prueba constante en autos, esta Cámara llega a la misma conclusión que en las instancias precedentes, es decir, que en el caso de marras no se está frente a una relación laboral. La JPS permite que personas físicas (cabe abrir aquí un paréntesis para destacar que la Ley de Lotería también contempla el posible vínculo de la Junta con cooperativas y otras organizaciones sociales, lo que es impensable en una relación laboral, ya que no es posible concebir a la institución demandada como empleadora de personas jurídicas por cuanto el Código de Trabajo, en su numeral 4, únicamente conceptúa al trabajador como persona física) vendan la lotería para así dotarlas de un medio de subsistencia digno, previo estudio socioeconómico (a folio 317 del legajo N° 11 figura la tabla de ponderación que se utiliza en dicha valoración donde se consignan ítems tales como número de dependientes, tenencia de la vivienda, grado de escolaridad, etc.; mientras que en las leyes anteriores no se hablaba de ese estudio pero se les daba prioridad a los discapacitados, mujeres y mayores de 50 años). Como lo apuntó la Sala Constitucional en su resolución N° 4066-93, "el fin de la institución es brindar ayuda a las personas que con la venta de lotería obtienen su sustento diario". En otras palabras, la Junta no escoge a los vendedores de lotería con una mentalidad patronal (es decir, buscando destrezas que los hagan más productivos, eficientes, etc.), sino siguiendo un criterio eminentemente social. Sostiene el recurrente que sin la venta que realizan los chanceros en la calle la Junta no podría cumplir su cometido, siendo estos la fuerza de trabajo de que depende la institución para desarrollar su actividad. Al respecto se debe decir que la entidad accionada bien pudo haber utilizado otros mecanismos de distribución (tales como agencias bancarias, supermercados, quioscos en centros comerciales, sucursales en diversos puntos del país, etc.), pero decidió implementar el sistema explicado para proporcionar una fuente de ingresos a los sectores marginados de la población. En lo que toca a los elementos configurativos del contrato de trabajo, se tiene que, según el texto de la ley, y en principio, la prestación debe ser personal, pues la lotería debe ser retirada y vendida personalmente. Sin embargo, eso no se explica por el carácter "intuitu personae" que distingue a las relaciones laborales, sino que dicha medida pretende evitar la reventa o intermediación; dicho de otro modo, la intención es asegurarse que la persona a quien se le practicó el estudio social sea la que efectivamente realiza la actividad. Aunado a lo anterior, la ley vieja establecía que en casos de vejez, enfermedad o viaje podía autorizarse a otra persona para que efectuase la venta, mientras que la normativa actual permite indiscriminadamente que parientes o incluso terceros autorizados "ayuden a vender" la lotería, lo que desvirtúa completamente la prestación personal del servicio, no pudiendo entonces hablarse de una relación

laboral. Otro aspecto importante es que si el chancero no puede vender es él quien designa un representante (requiriéndose, eso sí, la aprobación de la Junta, con el propósito de evitar la reventa), mientras que cuando un trabajador se enferma y hay que conseguir un sustituto es el empleador quien lo escoge. Agréguese a lo anterior que cuando el vendedor de lotería se incapacita permanentemente o fallece la ley fija un orden de prioridad para que la cuota pase a manos de sus familiares (siempre y cuando cumplan los requisitos), obligación que no existe para los patronos, quienes no tienen que contratar en el puesto vacante a los parientes de su empleado. Por otro lado, el riesgo del robo de la lotería lo sufren los chanceros y no la JPS (en este sentido puede verse la deposición de … a folio 274). Además, si no logran devolver a la Junta el producto no colocado dentro del plazo establecido, deben asumir esa pérdida, aparte de que existen porcentajes máximos de devolución. Eso significa que corren -al menos en parte- con el riesgo de las pérdidas, lo que no acontece con un trabajador, ajeno a esas vicisitudes. Continuando con el análisis de los factores que se contraponen a la existencia de una relación laboral, no se puede dejar de mencionar que los vendedores de lotería requieren de capital propio; tanto es así que si no lo tienen la JPS o el FOMUVEL los financia. En otro orden de ideas, no se constata en el expediente el segundo y más importante elemento del contrato de trabajo, a saber, la subordinación jurídica. El hecho de tener que portar un carné (véase el folio 44 de la carpeta N° 2) se justifica por la necesidad de facilitar las denuncias por parte de los consumidores, es decir, es una medida que busca cumplir con los fines de la ley para evitar la especulación, y por lo tanto no constituye una muestra de subordinación. Otra cosa que evidencia esa falta de sujeción es la inexistencia de un horario establecido por la JPS, y si bien los testigos indicaron que el actor trabajaba de 7:30 de la mañana a 6:30 de la tarde, es claro que era una jornada autoimpuesta. El que el vendedor tuviese que presentar a la Junta el pasaporte y el tiquete de avión no era para pedir permiso para salir del país, sino para cumplir con el trámite de nombramiento de un representante que vendiera en su ausencia (véanse los folios 17, 20 y 21 del fólder N° 2). Es decir, si quería podía marcharse sin avisarle nada a la Junta y sin dejar un sustituto. El objetivo del cuerpo de inspectores de la JPS consiste en vigilar el estricto cumplimiento de la Ley de Lotería y no guarda relación con una fiscalización de tipo laboral puesto que no pretende controlar, por ejemplo, la productividad o la manera en que se ejecuta el trabajo. De este modo, los inspectores velan por que los chanceros no vendan la lotería a precios mayores a los estipulados, que no ofrezcan productos de la competencia (piénsese en ticobingos o tiempos ilegales), que no tengan en su poder series distintas a las que se les entregó personalmente (esto con la finalidad de prohibir los revendedores), que no incurran en condicionamiento, etc. (véanse los folios 23 del legajo N° 2 y 145, 157-183, 203-210, 222-236, 239-244, 254-264 y 273-319 del N° 9). La Junta no tiene la potestad disciplinaria que ostenta todo patrono, por cuanto no puede amonestar, suspender o despedir a los vendedores, sino que la única sanción que está facultada a aplicar es de naturaleza contractual en caso de incumplimiento y consiste en la cancelación de la cuota (para eso fueron los procedimientos administrativos que se siguieron en contra del accionante, según se desprende de los folios 214 y 268 del tomo 9). El impugnante aduce que no se tomó en consideración el Reglamento promulgado por la JPS en 1992, el cual contenía normas para estimular el cumplimiento de metas de venta, tales como que al vendedor que reiteradamente incumpliera con la venta total de lotería no se le entregarían excedentes. A juicio de los firmantes, eso no constituye un indicio de laboralidad, pues es obvio que la entidad accionada debe idear los mecanismos adecuados para incrementar las ventas ya que de allí obtiene los recursos económicos para realizar sus fines de bienestar social. En autos hay varios avisos y circulares emitidos por la JPS, informando sobre topes de devolución, fechas límite para retirar la lotería y la imposibilidad de obtener excedentes para aquellos que devolviesen lotería (folios 163 del principal y 53-54 del fólder N° 3), horario de devolución (folio 166), vencimiento del plazo para inscribir candidaturas para FOMUVEL (folio 55 de la carpeta N° 3), nuevos montos de precios y premios (folio 56 ídem), automatización del proceso de generación de series y números (folio 57 del mismo legajo), traslado de fechas de sorteos (folio 59 ibídem), mecánica de los juegos novedosos (folio 60 de ese tomo), sistema de entrega de excedentes por adelantado (folio 29 del fólder N° 11), tomado de fotografías para el carné (folio 26 ídem), procedimientos para el cambio de premios y para reclamar en caso de que el cajero

entregase menos dinero (folios 15 y 21 de dicha carpeta), incremento del descuento al 12% y exigencia de aportar un 1% al FOMUVEL (folio 16 ibídem) y, en fin, la transcripción de algunos artículos importantes de la Ley de Lotería (folio 167 del principal). Como se observa, se trata de cuestiones de mera organización y divulgación, no de órdenes e instrucciones sobre la manera de realizar la actividad. Nótese incluso que muchas de esas comunicaciones iban dirigidas a los chanceros y al público en general, lo que descarta que fuesen directrices de tipo laboral. La única circular un poco diferente es la de folio 62 del legajo N° 3, mediante la cual la JPS instaba a los chanceros a no vender en las intersecciones y rotondas dado que el MOPT había alertado sobre el peligro que ello representaba para la seguridad de peatones, conductores y hasta para ellos mismos. Obsérvese la palabra usada: "instar", lo que se explica porque la Junta tenía muy claro que no podía impartirle órdenes a los vendedores, ya que no eran sus empleados. A mayor abundamiento, no se trata de una instrucción sobre la forma de ejecutar el trabajo, sino de una simple medida de seguridad ciudadana, impulsada no tanto por la Junta sino por el MOPT, siendo evidente que si los chanceros no cumplían la recomendación no se les podía obligar. Un dato muy relevante que choca con la tesis de la laboralidad es el que se extrae de la circular de folio 21 del tomo 11, por medio de la cual la JPS puso en conocimiento de los vendedores el procedimiento a seguir en caso de que tuviesen que presentar algún reclamo contra los cajeros cuando estos les entregasen menos dinero a la hora de cambiar los premios, indicándoles que el objetivo de la Junta era "brindarles un excelente servicio", lo que refleja que no se trataba de simples empleados. Así las cosas, la comisión o descuento del 12% sobre las ventas no puede considerarse como un salario ante la inexistencia de los otros dos elementos del contrato de trabajo (prestación personal y subordinación jurídica). Es cierto que de ese 12% los chanceros deben aportar un 1% para FOMUVEL, monto que es deducido por la Junta de las ganancias del vendedor, lo que el actor estima como típico de una relación laboral. No obstante, se trata de un fondo de carácter mutualista (a folio 284 de legajo N° 11 aparece el reglamento que lo rige, en el que se enlistan los siguientes beneficios sociales: estimulación del ahorro, financiamiento de cuotas de lotería, desarrollo de programas de vivienda, salud y educación, subsidio por fallecimiento y fondo de pensiones), nutrido exclusivamente con las cotizaciones de los vendedores (salvo un aporte inicial hecho por la Junta al momento de su creación), el cual se ideó para brindarle a los chanceros algún tipo de garantías precisamente por no ser trabajadores cubiertos por el Seguro Social, por lo que mal podría pensarse que esa medida, tomada atendiendo a su condición de no trabajadores, constituya un indicio de laboralidad. Vale la pena mencionar que en la corriente parlamentaria existe un proyecto de ley, N° 15.269, que planea reformar la Ley de Lotería y en cuya exposición de motivos se lee: "Durante todo este tiempo, ha existido una profunda preocupación por parte de las autoridades de nuestro país, su inquietud radica en dotar, al vendedor de lotería, de un sistema que le permita contar con los beneficios médicos y sociales que brinda la Caja Costarricense de Seguro Social (...). Se ha pensado que, una solución sería que se incremente el porcentaje de la ganancia de los concesionarios de loterías, para que se destine parte de ese dinero a un fondo que sea empleado por el vendedor para asegurarse, en forma voluntaria, ante la Caja (...). Está claro que, al no existir una relación laboral entre las diferentes instituciones y los concesionarios de las loterías, ninguna de ellas podría asumir la responsabilidad de asegurar a los vendedores de lotería; pero, sí se puede velar porque exista un sistema jurídicamente establecido, para compeler al vendedor a que se acoja a un régimen de aseguramiento voluntario. De esta manera, mediante un convenio en el que participará la Caja Costarricense de Seguro Social, se puede asegurar la atención médica del vendedor y la de su familia, así como contar con la posibilidad de cotizar para un régimen de pensión que le permitirá una seguridad económica al momento de su retiro". La Ley de Lotería define la relación de la JPS con los vendedores como una concesión, y no se nota que ello sea con la intención de ocultar una relación laboral, por las razones ya expuestas. La Sala Constitucional en el voto N° 558-03 externó: "El monopolio en cuestión en este caso, es únicamente en cuanto a la distribución y administración, no en relación a la venta. Los particulares pueden vender lícitamente los billetes de las diversas loterías mediante las concesiones debidamente otorgadas de conformidad a disposiciones normativas" (no subrayado en el original). Por su parte, la Procuraduría General de la República en el dictamen N° C-25-98 razonó: "En el

caso de los vendedores de lotería, mal podría afirmarse que ostentan la condición de “servidores públicos”, pues la naturaleza de su vínculo con la Administración no constituye una relación de servicio en sentido estricto. Para comprobar esa afirmación, basta con constatar que lo que perciben por su actividad no constituye salario, que no están sujetos al poder de mando de la Administración, ni a su potestad disciplinaria, etc (...). De la lectura de las anteriores normas, queda claro que el vínculo entre la Junta de Protección Social de San José y los vendedores de lotería, se produce mediante un acto de adjudicación, en cuya adopción resulta especialmente relevante la condición socioeconómica de quien solicita la cuota (...). Por lo pronto, conviene advertir que, tanto del artículo 8 de la Ley de Loterías, antes transcrito, como del numeral 22 de ese mismo cuerpo de normas, se desprende que lo que otorga la Junta al vendedor de lotería es una concesión para la venta de lotería al público”. Igualmente, el jurista Jorge Enrique Romero Pérez, en su obra “Lotería nacional, caso de Costa Rica” (disponible en la siguiente dirección de internet: http://www.iij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/Loteria,CR.pdf , explica: “La relación de los que venden la lotería con la Junta de Protección Social no es de carácter laboral. Es decir, no existe un contrato de trabajo o laboral entre estas partes. Aquellas personas que venden la lotería nacional, bajo monopolio de parte del único oferente que es dicha Junta, se denominan expendedores, adjudicatarios o concesionarios. La propia ley califica esa relación jurídica entre la Junta estatal y los vendedores como un contrato de concesión administrativa”. El actor argumenta que él nunca fue un concesionario (es decir, que en ningún momento presentó una solicitud en ese sentido ni se le efectuó un estudio socioeconómico, lo que se corrobora con la certificación de folio 25 del fólder N° 2), pues cuando se inició en la actividad ni siquiera se usaba ese término jurídico, siendo la figura introducida por la Ley 6404. Por ende, asevera que siempre se desempeñó como un simple vendedor de lotería. Sin embargo, ya este asunto fue zanjado por la Sala Constitucional de manera vinculante para esta otra Sala (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). En efecto, a folio 185 de la carpeta N° 9 está un recurso de amparo interpuesto por don ... en el que este aducía que hacía muchos años, antes de la Ley 6404, él había comprado a terceras personas cuotas de lotería al valor real de mercado, siendo que la ley anterior establecía la propiedad de las cuotas, y en ese sentido argumentaba que él nunca había sido un concesionario pues nunca solicitó la adjudicación ni se le hizo la respectiva evaluación socioeconómica. Su posición era que se le estaba denegando el derecho a ser amparado por la ley antigua, dándosele carácter retroactivo a la N° 6404, con el consiguiente irrespeto a su situación jurídica consolidada de comprador o cliente directo. El órgano contralor de constitucionalidad en el fallo N° 107-94 resolvió: “Indica el recurrente que adquirió hace muchos años unas cuotas de lotería y que ahora, por su avanzada edad, no puede venderla personalmente por lo que se le amenaza con cancelarle su cuota, único medio de subsistencia. Para tal actuación, la Junta le aplica una ley retrospectivamente, ya que, alega, la lotería de su propiedad la adquirió antes de la entrada en vigencia de la Ley 6404, la cual obliga a la venta personalmente de los billetes (...). La Junta recurrida indicó en su informe, que el aquí recurrente es un concesionario y no propietario, como indica, de las cuotas de lotería (...). Del estudio de los autos y de las copias del expediente administrativo enviado a esta Sala, se ha podido determinar que el señor … es concesionario de lotería (...)” (el subrayado es suplido por la redactora). En igual sentido, en la sentencia N° 126-94 aquel alto tribunal expresó: “Uno de los puntos jurídicos que se debaten en el caso de marras consiste en determinar si las cuotas de lotería que heredó la recurrente de su madre, fueron adquiridas como derecho de propiedad sobre las mismas o como una simple concesión, en virtud de que su adjudicación se operó al amparo de la Ley de Lotería N ° 3785 ya derogada (...). En este sentido, la Sala considera que la adjudicación de las cuotas de lotería asignadas a un particular, ha operado siempre por medio del otorgamiento de una concesión, la cual en lo esencial cumple con el principio de prevalencia del interés público, sobre el beneficio del particular, que configura toda una relación que permite la imposición de ciertas reglas que impiden a los particulares la absoluta libertad de disponer de esos bienes, entiéndase la lotería nacional, afectados a un fin de utilidad pública. La posibilidad que tiene la Junta de regular las condiciones del otorgamiento de la concesión impiden que en estos casos se pueda establecer la existencia de un derecho de propiedad en favor de los particulares que tienen a

cargo la actividad de venta de lotería (...). En este sentido, considera la Sala que la recurrente no puede alegar un derecho de propiedad porque la cuota de lotería asignada a su madre, con base en la ley N ° 3785 derogada, también lo había sido en carácter de concesionaria" (no destacado en el texto consultado). La prueba testimonial ofrecida por el accionante no sirve para tener por acreditada la relación laboral. En primer lugar, el licenciado … no puede reputarse como un testigo dado que lo que caracteriza a este medio probatorio es que se trate de un tercero ajeno a la litis que declare sobre hechos puros y simples que le consten en forma personal, mientras que ese deponente lo que hizo fue verter su opinión profesional sobre la naturaleza jurídica del nexo entre la JPS y los vendedores de lotería. Ahora bien, la chancera …, a folio 270, relató que tanto ella como don ... laboraban todos los días, de 7 a.m. a 5 ó 6 p.m; que los inspectores a veces pasaban y preguntaban por la serie; que la lotería que entregaba la Junta personalmente no se le podía dar a otro para que la vendiera; que el pago era del 11% y se les entregaba una vez que hubiesen vendido la lotería; que si devolvían lotería no se les pagaba la totalidad; que conocía al actor desde jovencitos y que este llevaba más de 50 años vendiendo lotería; que no se podía vender ningún otro producto que no fuera de la Junta; que debían portar un carné; que el retiro tenía que ser personal; que debían obedecer todo lo establecido por la JPS; y que dicha institución les podía llamar la atención, por ejemplo, por vender lotería más barata o no venderla personalmente. Otro vendedor de lotería, …, a folio 272 contó que se conocían desde pequeños que llegaron a vender lotería al Mercado Central; que los inspectores hacían seguimientos de series; que don … comenzaba a trabajar a las 8 de la mañana y finalizaba, dependiendo de la venta, entre 4 y 6 de la tarde; que si se tenía suerte con la venta no había que ir el domingo; que nadie más podía vender la lotería que se retiraba en forma personal y si eso ocurría la Junta podía sancionar cancelando la cuota; que para retirar la lotería en la JPS el trámite era personal; que había que obedecer lo que dictase la institución; que solo se les permitía vender lo que distribuyese la Junta; que la entidad retenía el 1% para FOMUVEL; y que la visita de los inspectores era cada 1, 2 ó 3 meses. Otra chancera, …, a folio 274 manifestó que si no se tenía el dinero la Junta daba financiamiento; que los inspectores siempre hacían seguimientos de series; que si se vendía lotería de otra persona se podía cancelar la cuota; que el retiro era personal; que el pago era de un 11%; que no era permitido que otro vendiera la lotería retirada personalmente salvo autorización de la Junta; que el actor llegaba al mercado desde temprano, incluso los sábados; que estaban sujetos a reglamentaciones y circulares de la Junta; que había que retirar la lotería los días fijados por la JPS; que esa institución los sancionaba si vendían tiempos clandestinos o a un precio más caro. Un cliente del demandante, …, a folio 276 señaló que una vez que fue a comprarle vio que le estaban haciendo una inspección; que nunca lo observó vendiendo otra cosa; y que don … iba al mercado incluso los fines de semana. Por último, una vecina, …, a folio 278 dijo que el actor trabajaba desde la mañana hasta la noche incluso los fines de semana; que un día vio cómo le hacían una inspección; y que ese era su único oficio. Los tres testigos chanceros deben valorarse con cautela dado que lo que aquí se resuelva los podría eventualmente favorecer, amén de que ellos, al igual que los otros dos deponentes, se refirieron a circunstancias que ya supra se descartaron como indicativas de laboralidad, tales como las inspecciones, el carné, las circulares, etc. Por otra parte, los dictámenes del experto Fernando Bolaños Céspedes y la Defensoría de los Habitantes, visibles a folios 52 y 73, que defienden la tesis de la laboralidad, son muy respetables, aunque no se comparten por los motivos dichos; aparte de que hay otros criterios igualmente calificados que se inclinan por la no laboralidad de la relación, como los transcritos líneas atrás de la Procuraduría General de la República y del autor Romero Pérez, así como el del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que consta a folio 374 del legajo N° 11. Como corolario de lo expuesto, debe denegarse el recurso incoado y confirmarse la sentencia impugnada.