

DESPIDO POR AUSENCIAS CONSECUTIVAS. VOTO N° 2006-001161

De las 9: 55 hrs. del 22 de diciembre de 2006.

I.- Esta litis fue planteada para que en sentencia se condene a “Terramix, Sociedad Anónima”, a pagarle al actor lo correspondiente a preaviso, cesantía, intereses legales sobre las sumas adeudadas y ambas costas de la acción. Según indicó, inició labores con la accionada el 20 de noviembre de 1995 como operario industrial y finalizó el 4 de octubre del 2002 al ser despedido injustificadamente sin responsabilidad patronal (folios 1-2). El apoderado especial judicial de la accionada contestó negativamente la demanda. Opuso las excepciones de falta de derecho y falta de interés actual (folios 18-21). El juzgado de primera instancia denegó las defensas opuestas y declaró con lugar la demanda, obligando a la accionada a cancelar los extremos de preaviso, cesantía, intereses legales y las costas del proceso (folios 47-51). La sociedad demandada apeló lo resuelto y el Tribunal confirmó la sentencia impugnada (folios 53-56 y 65-69). Ante la Sala el apoderado especial judicial de la accionada, se muestra disconforme con el fallo impugnado que confirmó el del A-quo. Objeta la incorrecta aplicación por parte de los juzgadores de las instancias precedentes del artículo 81 inciso g) del Código de Trabajo, en cuanto interpretan que los dos días consecutivos a que alude esa norma deben ser dentro del mismo mes calendario para que se configure la causal. Señala que para un empleador tiene el mismo efecto lesivo, las ausencias de un trabajador durante dos días consecutivos, cuando la falta se consolide dentro del mismo mes calendario o durante el último día de un mes y el primer día del siguiente. Por último, reprocha que el Ad-quem interpretara esa norma bajo la óptica del principio protector. Con base en esos argumentos, pretende la revocatoria del fallo impugnado y que, en su lugar, se deniegue la demanda en todos sus extremos,

con las costas de esta acción a cargo del demandante (folios 75-77).

II.- Esta acreditado en autos que el actor fue despedido sin responsabilidad patronal, con fundamento en el ordinal 81 inciso g) del Código de Trabajo, por haber faltado injustificadamente al trabajo dos días consecutivos -30 de setiembre y 1° de octubre del 2002-, (documental de folio 26). De acuerdo con la interpretación de los juzgadores de las instancias precedentes, no se configuró la causal de despido ahí prevista, aun y cuando el actor faltó injustificadamente al trabajo dos días consecutivos, porque las ausencias no se dieron dentro de un mismo mes calendario. Es claro que las ausencias citadas son de carácter continuo y que la accionada sustentó el despido justificado en el citado ordinal. Dicha disposición legal en lo que interesa establece: “Artículo 81.- Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo: ...g) Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario”. Esa norma contiene dos supuestos de hecho diferentes y separados uno del otro, para la configuración de la causal de despido ahí prevista. El primero, hace referencia a la falta de asistencia al trabajo sin permiso del patrono y sin causa justificada, durante dos días consecutivos; el segundo, se refiere a la inasistencia durante más de dos días alternos dentro de un mismo mes calendario (en sentido similar véase de esta Sala, el voto N° 145 de las 13:50 horas del 9 de abril del 2002). En dicho inciso, contrario a lo que señala el Ad-quem, es evidente que la vocal “o” es disyuntiva y no copulativa. De ello se deduce, que la inasistencia al trabajo sin permiso del patrono y sin causa justificada durante dos días consecutivos, siempre configurará la falta ahí contemplada con independencia de que se dé o no en el mismo mes calendario, ya que el único

supuesto de la norma que requiere de las ausencias durante el mismo mes calendario para que se configure la falta, es el de la inasistencia al trabajo por más de dos días alternos. En este asunto se viene interpretando que los dos días de ausencias consecutivos deben ser dentro del mismo mes calendario, cuando en realidad dicho requisito únicamente se exige, como se dijo, cuando se trata de ausencias durante más de dos días alternos. Las ausencias injustificadas del actor fueron durante dos días consecutivos, por lo que le resulta aplicable el primer supuesto y no el segundo. Nótese que el supuesto de la norma en casos como el que nos ocupa, es la ausencia injustificada y sin autorización de dos días consecutivos, sin importar si tal inasistencia se da o no dentro del mismo mes calendario. Así las cosas, si esa norma señala como causa justa que faculta al patrono para dar por terminado el contrato, cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin su permiso y sin causa justificada durante dos días consecutivos, no resulta acertada la aplicación del principio protector para interpretar cosa distinta en beneficio del trabajador.

III.- De acuerdo con las consideraciones precedentes, se debe revocar el fallo impugnado en lo que fue objeto de recurso, para en su lugar denegar la demanda en todos sus extremos, con el pago de las costas a cargo del actor, fijando las personales en el quince por ciento de la absolutoria.

POR TANTO:

Se revoca el fallo impugnado en lo que fue objeto de recurso. Se deniega la demanda en todos sus extremos. Se condena al actor al pago de ambas costas, fijando las personales en el quince por ciento de la absolutoria.

La Magistrada Varela Araya salva el voto y lo emite de la siguiente manera:

CONSIDERANDO:

I.- La suscrita Magistrada salva el voto por no compartir la interpretación que hace la mayoría de la Sala sobre

el inciso g) del artículo 81 del Código de Trabajo, que establece como causal de despido justificado “cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario”.

II.- Este litigio versa sobre si es exigible que tanto las ausencias durante dos días consecutivos como durante más de dos días alternos tengan que darse en un mismo mes calendario. En otras palabras, la discusión se centra en determinar el carácter copulativo o disyuntivo de la “o” que aparece en el texto de la norma. La interpretación que defienden los otros integrantes de esta Cámara, en el sentido de que únicamente las ausencias durante más de dos días alternos deben ser en un mismo mes calendario, no así si se trata de inasistencias durante dos días consecutivos, es respetable (“o” de naturaleza disyuntiva). Sin embargo, el precepto transcrito admite otra interpretación, y es que la última frase, que dice “dentro del mismo mes calendario”, es aplicable a las dos hipótesis que contiene el inciso, a saber, ausencias durante dos días consecutivos o en más de dos días alternos (“o” copulativa). Ante la existencia de estas dos posibles interpretaciones, ha de optarse por la que más favorezca al trabajador -o sea, la segunda-, según lo ordena el principio “in dubio pro operario” (una de las modalidades del principio protector) que impera en esta materia. Esta regla es definida así por el autor Américo Plá Rodríguez: “Criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador” (Los Principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 40). El artículo 17 del Código de Trabajo recoge la máxima en cuestión al ordenar: “Para los efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y sus leyes conexas, se tomarán en cuenta fundamentalmente el interés de los trabajadores y la conveniencia social”.

III.- En consecuencia, y de conformidad con la interpretación más favorable anteriormente expuesta, si el actor faltó a su trabajo dos días seguidos pero

en diferentes meses (30 de setiembre y 1° de octubre del 2002), no se puede tener por configurada la causal de despido regulada en el inciso g) del artículo 81 del Código de Trabajo, debiendo por ende confirmarse la sentencia venida en alzada.

POR TANTO:

Confirmo el fallo que se conoce.

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA. CASO DE CHIRIQUÍ LAND COMPANY VOTO N° 2006-000944

De las 9:45 hrs. del 11 de octubre de 2006.

I.- ANTECEDENTES: En el escrito inicial de demanda, el actor señaló que había comenzado a laborar para la empresa demandada el 25 de diciembre de 1993. Según lo indicó, fue despedido el 6 de octubre de 1999, con violación del debido proceso y por discriminación, por su actividad sindical, pues desde mayo de 1997 fungía como secretario general del sindicato y porque se acercaba la fecha en que debía negociarse la séptima convención colectiva. Invocó la prescripción de la potestad disciplinaria; pues, según lo manifestado, el despido se produjo el 6 de octubre de 1999, cuando se le atribuyó haber incurrido en falta grave el día 31 de julio anterior. Pidió que se declarara la nulidad del despido y que se ordenara su reinstalación, con el pleno goce de todos sus derechos, incluido el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento del despido y hasta la firmeza de la sentencia, los daños y perjuicios, intereses y ambas costas. En forma subsidiaria reclamó el pago del auxilio de cesantía, el preaviso, los salarios dejados de percibir desde el despido y hasta la firmeza del fallo, los daños y perjuicios, intereses y costas (folios 1-15). La demanda fue contestada negativamente por la representación de la sociedad demandada. Se argumentó que la relación dio inicio el 26 de diciembre de 1993 y no el día 25. Se apuntó que no se estaba en presencia de un despido discriminatorio, sino que la destitución se dispuso por la falta grave cometida por el actor, quien procedió en contra de los bienes

de la sociedad y destruyó varias plantas de semilla de banano. A las pretensiones planteadas se opusieron las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación, falta de interés, prescripción y transacción (folios 91-106). La juzgadora de primera instancia denegó las excepciones de prescripción planteadas por ambas partes. También denegó la de transacción opuesta por la parte demandada, aunque omitió pronunciamiento expreso al respecto en la parte dispositiva del fallo. Luego, acogió la de falta de derecho y declaró sin lugar la demanda, al tener por acreditada la falta que se le atribuyó al demandante. Le impuso, al perdedoso, el pago de ambas costas y fijó las personales en el quince por ciento de la absolutoria (folios 289-309). El actor apeló la sentencia, pero la Sección Tercera del Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José la confirmó (folios 327-333).

II.- LOS AGRAVIOS DEL RECURRENTE: Ante la Sala, el accionante muestra disconformidad con lo decidido en las instancias precedentes. A su juicio, no fue debidamente resuelta la prescripción por él invocada en la demanda, pues indica que fue despedido fuera del plazo legal, sin que las gestiones realizadas por la sociedad accionada ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tuvieran la virtud de interrumpir o suspender el curso de la prescripción. En segundo lugar, sostiene que el fallo está basado en meras suposiciones y dichos de testigos de referencia, dado que ninguno de los declarantes lo vio cometer el hecho dañoso que se le atribuyó. Acusa, entonces, una indebida valoración de los elementos probatorios que constan en los autos y la violación de las reglas de la sana crítica, al tiempo que indica que solo se apreciaron las declaraciones aportadas por la parte demandada. Indica que esas declaraciones fueron emitidas por un capataz de la sociedad accionada y por un policía, quien siempre ha tenido una vinculación muy estrecha con la demandada. Considera que en su caso resulta de imperativa aplicación la regla del in dubio pro operario. Por otra parte, sostiene que en el caso suyo no cabe la transacción de sus derechos. También muestra disconformidad en cuanto se dispuso una segunda audiencia para evacuar la prueba de la demandada, lo que en su criterio se hizo con la única finalidad de favorecerla. Reitera que se trató de un despido discriminatorio por su actividad sindical y

como represalia por un reclamo judicial relacionado con una disminución salarial dispuesta en perjuicio de gran cantidad de trabajadores. Alega que no hubo pronunciamiento sobre la solicitud de la prueba para mejor proveer, concretamente el expediente penal, por lo que acusa violación al debido proceso y solicita que se admita con esa naturaleza. Señala que después del despido se le pagaron dos y medio años de salarios, sin que tal aspecto se haya tomado en cuenta. Con base en esos argumentos pretende que se revoque lo fallado y que se declare con lugar la demanda (folios 341-351).

III.- CUESTIONES PREVIAS: Uno de los agravios planteados por el recurrente tiene que ver con la improcedencia de la excepción de transacción, pues ha sostenido que sus derechos son irrenunciables. Tal planteamiento no resulta admisible por falta de interés; pues, como quedó apuntado, dicha excepción fue denegada en las instancias precedentes, sin que la parte accionada objetara lo resuelto en ese sentido. En consecuencia, lo decidido al respecto adquirió firmeza.

IV.- IMPROCEDENCIA DEL RECURSO POR RAZONES PROCESALES: De conformidad con el artículo 559 del Código de Trabajo, ante la Sala no son admisibles los reclamos de naturaleza procesal. En efecto, el recurso de tercera instancia rogada, en materia laboral, no es admisible por razones de forma, sino que procede, únicamente, por razones de fondo, quedando excluida la posibilidad de analizar los reclamos por meros vicios procesales, salvo que se trate de alguno sumamente grave. Esto por cuanto el legislador, en el artículo 559 citado, señaló: “Recibidos los autos, la Sala rechazará de plano el recurso si se ha interpuesto contra lo que disponen los artículos 556 y 557. Lo mismo hará cuando en el recurso se pida únicamente la corrección, reposición o práctica de trámites procesales”. Por otra parte, en el numeral 502 ídem, se señala que el Tribunal “revisará, en primer término, los procedimientos; si encontrare que se ha omitido alguna formalidad capaz de causar efectiva indefensión, decretará la nulidad de actuaciones o de resoluciones que proceda y hasta donde sea necesario para orientar el curso normal del juicio. En este caso devolverá el expediente al Juez, con indicación

precisa de las omisiones que deban subsanarse y de la corrección disciplinaria que corresponda, si hubiere mérito para imponerla... Toda sentencia del Tribunal Superior de Trabajo contendrá, en su parte dispositiva, una declaración concreta de que no ha observado defectos de procedimiento en la tramitación del juicio de que se trate”. Esta Sala, respecto del tema y en lo que interesa, en su voto N° 32, de las 15:20 horas del 26 de enero de 1994, expresó: “Los artículos citados, excluyen toda posibilidad de alegar vicios formales, en un recurso para ante la Sala que conoce de lo laboral. Ello se desprende de las actas de la Comisión del Congreso que, en aquella oportunidad, al dictaminar sobre el proyecto del Código de Trabajo (...) señaló: “Obligamos al Tribunal Superior de Trabajo a consignar en la parte dispositiva de sus fallos que no ha observado defectos de pronunciamientos en la tramitación de los juicios, con el objeto de que no puedan las partes recurrir ante la Sala de Casación por violaciones de forma,...” (Los destacados no son del original). De lo anterior se infiere, claramente, que la voluntad del legislador fue la de dejar en manos del tribunal de segunda instancia todo lo relativo al examen de los eventuales defectos de procedimiento y, consecuentemente, esta tercera instancia rogada tiene definida su competencia legal, únicamente, para conocer de lo concerniente a los aspectos de fondo; salvo, como se dijo, aquellos casos de suma gravedad, productores de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas además de insubsanables. (Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias N°s. 2, de las 9:40 horas del 18 de enero; 8, de las 9:30 horas del 20 de enero; y 112, de las 9:30 horas del 3 de marzo, todas del 2006). Con base en lo expuesto, cabe señalar que los vicios procesales acusados por el recurrente, concretamente que se haya ordenado una audiencia para evacuar la prueba testimonial ofrecida por la parte demandada para mejor proveer y que no haya mediado pronunciamiento respecto de la que él ofreció con ese carácter, no resultan admisibles.

V.- SOBRE LA NATURALEZA DE LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER Y DE LAS LIMITACIONES PARA ORDENARLA EN ESTA TERCERA INSTANCIA ROGADA: La prueba para mejor proveer puede ser ordenada por el juzgador en el ejercicio de una potestad jurisdiccional. Se trata de una facultad discrecional

respecto de la cual no puede ejercerse control de legalidad alguno; dado que, con base en los hechos que han definido el litigio, la persona que juzga puede disponer, de oficio o a petición de parte, la evacuación de nuevas pruebas tendentes a aclarar algún punto controvertido, a partir de las probanzas ofrecidas por ambas partes; sin embargo, tal facultad no debe servir para solventar la incuria de las partes o para subsanar yerros de orden procesal. De lo anterior se desprende que ordenar prueba para mejor proveer constituye una facultad del juzgador, pero limitada. Luego, en cuanto a la prueba ofrecida, debe señalarse que en materia laboral, ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 561 del Código de Trabajo, no es factible proponer ni admitir prueba alguna y tampoco pueden ordenarse pruebas con ese carácter, salvo que sean absolutamente indispensables para decidir, con acierto, el punto controvertido; supuesto ante el cual, se estima, no se está en presencia. En todo caso, en los autos consta que la sentencia dictada en el proceso penal concluyó con un sobreseimiento por prescripción de la acción penal.

VI.- SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD

DISCIPLINARIA: 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. 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. Cabe

agregar, que cuando el empleador deba cumplir un determinado procedimiento o investigación de previo a disciplinar a sus trabajadores, 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. En el caso bajo análisis, en el escrito de demanda, el actor invocó la prescripción de la potestad disciplinaria y señaló que el plazo en el cual la sociedad empleadora podía ejercer esa potestad había fenecido por el transcurso del tiempo; por lo cual, el derecho para poderlo sancionar también sucumbió, pues había tenido conocimiento de las supuestas faltas desde el 31 de julio de 1999 y no lo despidió sino hasta el 6 de octubre siguiente. La parte demandada se opuso a la prescripción invocada, al señalar que el plazo de un mes previsto en el artículo 603 relacionado había sido interrumpido con la gestión realizada ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 25 de agosto de ese año, pues al ser el actor el secretario general del sindicato se optó por la intervención de dicho ente ministerial, a los efectos de respetar el cargo sindical que ostentaba y por respeto a la organización sindical. Luego, según lo indicado, dicho Ministerio convocó a una audiencia conciliatoria para el día 28 de setiembre siguiente, a la que no se hicieron presentes el actor ni los demás integrantes de la Junta Directiva del sindicato, por lo que fue a partir de esa fecha que comenzó a computar nuevamente el plazo mensual, que no transcurrió por cuanto el despido se dispuso pocos días después, el 6 de octubre siguiente. El recurrente sostiene que la gestión realizada por la sociedad empleadora ante el Ministerio y tampoco la audiencia dispuesta tuvieron la virtud de interrumpir o suspender el curso de la prescripción, pero no explica las razones en que sustenta tal afirmación, con lo cual su reclamo resulta inadmisibles, por lo dispuesto en el inciso a, in fine, del artículo 557 del Código de Trabajo, pues no basta con enunciar los motivos de agravio, sino que se deben exponer, con claridad y precisión, las razones por las cuales el recurso es procedente. En todo caso, analizada la situación planteada, se estima que la figura de la prescripción no se configuró en el caso que se conoce. Como de manera reiterada se ha indicado, con dicha figura lo que se pretende es sancionar la inercia de la parte que durante un cierto período, determinado por ley,

abandona los mecanismos que le permiten accionar su derecho. En el caso concreto no se evidencia tal inercia o abandono de parte de la demandada; pues, al contrario, su gestión ante el Ministerio de Trabajo tenía como finalidad hacer efectiva su potestad disciplinaria, dentro del ámbito de la buena fe. Si bien los artículos 363 y siguientes del Código de Trabajo no establecen ninguna obligación para el empleador en el sentido de acudir a dicho ente ministerial a los efectos de disponer el despido, como sí lo requiere el artículo 94 ídem para el caso de la trabajadora embarazada, no por ello puede sancionarse a la parte empleadora, dado que tal gestión se estima sana, acorde a los principios del Derecho Laboral y como una práctica tendente a mantener la paz social, aparte de que pudo haber beneficiado al trabajador. Además, debe tomarse en cuenta que pretendía disponerse el despido del secretario general del sindicato en un momento de conflicto entre la sociedad y los trabajadores, por lo que aquella gestión se considera prudente y ajustada al fuero especial de tutela en materia de libertad sindical. Debe tomarse en cuenta que el artículo 43 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social prevé la intervención de dicho ente ministerial en los conflictos laborales con el fin de prevenir su desarrollo o para lograr una solución extrajudicial, todo en aras de mantener la paz social. En efecto, dicho numeral, en forma expresa, señala: “En los conflictos de trabajo que se presenten entre patronos y trabajadores, o entre éstos, podrá intervenir esta Oficina, a fin de prevenir su desarrollo o lograr la conciliación extrajudicial, si ya se hubieren suscitado, a requerimiento de cualquiera de las partes interesadas. Para tal efecto, citará a una comparecencia en la cual oír a las partes en conflicto o bien a sus representantes con poderes legales suficientes, luego les propondrá medios de solución de acuerdo con las leyes de trabajo. De todo eso, en la misma comparecencia, se levantará un acta, que será firmada por los presentes. Si alguna de las partes no firma se dejará constancia de ello. En el caso de que los conflictos de trabajo sean individuales, también se levantará un acta cuando no comparezca alguna de las partes citadas”. Tal comparecencia fue la que solicitó la parte demandada, con el fin de evitar un conflicto mayor y para respetar la protección especial que gozaba el trabajador. Por otra parte, del escrito visible a folios del 113 al 115 se desprende que la sociedad

accionada era consciente de que el plazo mensual para ejercer su potestad disciplinaria estaba pronto a vencerse; no obstante ello realizaron la gestión ante el Ministerio, con la advertencia de que la gestión tenía como fin ejercer aquella potestad y advirtiendo los efectos interruptores, lo que confirma la buena fe con la que se procedió, pues también pudo disponer la máxima sanción. Luego, no son sus manifestaciones las que permiten tener por interrumpido el plazo legal, sino que a su gestión deben ligarse esos efectos interruptores con base en lo regulado en el numeral 879 del Código Civil, aplicable por lo dispuesto en el artículo 601 del de Trabajo y por paridad de razones, pues esa gestión realizada por la demandada tenía como finalidad ejercer su potestad de sancionar al actor. Luego, esta Sala, en la sentencia 724, de las 9:30 horas del 1° de setiembre del 2004, señaló que cuando la intervención del Ministerio conlleva un procedimiento, el plazo de prescripción se interrumpe hasta que concluya su intervención y también ha indicado, en forma reiterada, que las gestiones realizadas ante dicho ente ministerial interrumpen el curso de la prescripción. En consecuencia, se estima que lo decidido por quienes resolvieron en primera y segunda instancias se encuentra ajustado a Derecho.

VII.- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SINDICAL:

El artículo 25 de la Constitución Política contempla, como derecho fundamental, el de asociación con fines lícitos y, con ese mismo carácter, ha sido tutelado por distintos instrumentos internacionales; entre los que se encuentran, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, al establecer, en su artículo 20, que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”. La Convención Americana de Derechos Humanos también recoge esta garantía en su artículo 16 y señala que “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”. Ese derecho fundamental, en materia laboral, tiene una tutela específica (artículo 60 de la Constitución Política), que garantiza la libertad de sindicalización. En forma expresa, el citado numeral, señala: “Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar

beneficios económicos, sociales o profesionales. /...". Luego, la Organización Internacional de Trabajo (O.I.T.) ha promovido, a través de Convenios y Recomendaciones, la tutela de ese derecho de asociación. Así, por ejemplo, por el Convenio N° 11, se promovió el derecho de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas, el Convenio N° 87 tiende a la tutela de la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación y fue ratificado por Costa Rica mediante la Ley N° 2561, del 11 de mayo de 1960; razón por la cual tiene rango superior a la ley (artículo 7 de la Constitución Política); al igual que el Convenio N° 98, también ratificado por nuestro país, por esa misma ley, con el cual se pretende garantizar la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de la negociación colectiva y el Convenio N° 135, ratificado por la Ley N° 5968, del 9 de noviembre de 1976, que está referido, de manera general, a la protección y a las facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, estableciéndose en el artículo 1° que "Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor". Luego, conforme con el artículo 3 de dicho Convenio, debe entenderse por "representante de los trabajadores" a aquellos reconocidos como tales, en virtud de la legislación o de la práctica nacionales de cada Estado. Estas medidas se encuentran reiteradas y desarrolladas en la Recomendación N° 143, también denominada "sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa". A nivel legal, en nuestro país, la Ley N° 7360, del 4 de noviembre de 1993 vino a desarrollar esa normativa de rango superior y adicionó al Título V del Código de Trabajo un Capítulo III denominado "De la protección de los derechos sindicales", ley por la cual, de manera amplia y general, se establecieron distintas reglas tendentes a proteger aquel derecho fundamental. En el artículo 363, de enorme trascendencia en esta materia, se estableció: "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 para la infracción de disposiciones prohibitivas." (Énfasis suplidos). Luego, en el artículo 368 se dispuso que el despido sin justa causa de un trabajador amparado en virtud de la protección que se establecía por medio de esa ley no le sería aplicable la disposición contemplada en el artículo 28 -es decir, la posibilidad de ser despedido libremente, concediéndosele el período correspondiente al preaviso-, sino que, la persona que juzga, en ese supuesto, declarará la nulidad del despido y ordenará la reinstalación del trabajador, con el pago de los salarios caídos; salvo que este manifieste expresamente su deseo de no ser reinstalado, en cuyo caso tendrá derecho a las normales indemnizaciones derivadas de un despido injustificado y a una adicional indemnización, equivalente a los salarios que le hubieren correspondido durante el plazo de protección, según lo previsto en el numeral 367. En el mismo orden de ideas, debe indicarse que de sumo interés y de gran influencia en el desarrollo de esta protección resulta el voto de la Sala Constitucional N° 5000, de las 10:09 horas del 8 de octubre de 1993, que es inclusive anterior a la ley reformadora de la normativa interna, de nivel o jerarquía legal. En esa sentencia, el órgano jurisdiccional constitucional señaló: "Atendiendo a la letra y al espíritu de todas las disposiciones transcritas resulta evidente que la protección especial dada a los representantes de los trabajadores, a quienes se les concede protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido, constituye lo que en materia se conoce como un fuero especial en beneficio particular, de dichos representantes y como protección de los derechos de los trabajadores mismos, quienes verían menoscabados sus derechos fundamentales si sus líderes no fueran inamovibles mientras ostenten el mandato válidamente concedido y pudieran ser despedidos unilateralmente por decisión patronal, sin que mediara causal legal objetiva que justificara el rompimiento del contrato laboral. Desde esa perspectiva y en vista del interés social comprometido, el pago de las denominadas prestaciones sociales es insuficiente para amparar el despido el cual,

cuando proceda debe fundamentarse en una causal comprobada que demuestre mediante el debido proceso, que el representante como tal, ha violado sus obligaciones particulares y generales...” y más adelante, con mayor amplitud, señaló “aunque hasta el momento se ha venido considerando la situación de los representantes de los trabajadores, sindicalizados o no, cabe decir que con igual sustento normativo y con igual criterio debe resolverse el despido de los simples trabajadores cuando la causal, expresa o tácita, sea su pertenencia a una asociación o sindicato, porque ello también viola sus derechos fundamentales...”. De todo lo anterior queda clara una protección amplia - no limitada a los representantes de los trabajadores-, tendiente a garantizar aquel derecho fundamental. (En relación con este tema pueden también consultarse, entre otras, las sentencias de esta Sala N°s. 4, de las 9:00 horas del 9 de enero; 42, de las 10:50 horas del 11 de febrero, ambas de 1998; 983, de las 10:20 horas del 7 de diciembre del 2000; 177, de las 9:30 horas del 22 de marzo; 226, de las 10:00 horas del 25 de abril; 412, de las 10:20 horas del 27 de julio; 668, de las 9:30 horas del 9 de noviembre; 697, de las 10:30 horas del 23 de noviembre, estas últimas del año 2001; 536, de las 9:35 horas del 6 de noviembre del 2002; 389, de las 9:20 horas del 6 de agosto; 495, de las 9:30 horas del 17 de setiembre, ambas del 2003; 182, de las 9:40 horas del 19 de marzo del 2004 y 503, de las 9:40 horas del 21 de junio del 2006). Con base en las premisas apuntadas, cabe analizar si en el caso bajo estudio medió o no un despido discriminatorio, lesionador de aquella garantía fundamental, tal y como lo acusa el recurrente.

VIII.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: El actor reitera que su despido fue discriminatorio en razón de su actividad sindical y acusa una indebida valoración de los elementos probatorios, pues sostiene que con base en las declaraciones recavadas en los autos no puede tenerse por acreditada la falta que se le atribuyó. De previo a realizar el análisis pertinente, cabe señalar que por lo dispuesto en el artículo 493 del Código de Trabajo, en esta materia la prueba se aprecia en conciencia, sin sujeción a las reglas de valoración del Derecho Común. En atención a ese numeral, el juzgador debe valorar los elementos de convicción

allegados a los autos y, además, debe aplicar las reglas de la sana crítica y la razonabilidad, pues esa norma no contempla un régimen de íntima o de libre convicción, tal y como lo explicara la Sala Constitucional en el voto número 4.448, de las 9:00 horas del 30 de agosto de 1996, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de aquella norma. Expuesto lo anterior, y una vez analizadas las pruebas que constan en los autos, la Sala concluye que los integrantes del órgano de alzada no incurrieron en los yerros de valoración que acusa el recurrente. De la comunicación del despido, que se hiciera el 6 de octubre de 1999, se extraen los hechos por los cuales se puso fin a la relación laboral que el actor mantenía con la demandada, en cuanto ahí se le indicó: “... Usted ha incurrido recientemente en una FALTA GRAVE que lamentablemente no podemos dejar pasar por alto y que nos obliga a tomar la medida extrema del despido conforme a la Ley./ El día 31 de julio de 1999, usted se introdujo en la plantación y sin mediar autorización alguna de la Administración, machete en mano procedió a cortar unas matas de semilla de banano recién sembradas, causando un daño en forma premeditada y alevosa a la plantación de la Empresa, máxime cuando la misma se había hecho para mejorar la productividad, y sobre todo en momentos, en que estamos urgidos al mejoramiento, dada la actual crisis de precios en el mercado, que también afecta a toda la producción nacional.” (folios 16-18). La prueba determinante para tener por acreditada la falta atribuida la constituye la declaración del señor ..., quien en el momento de los hechos fungía como servidor en el Ministerio de Seguridad Pública, concretamente como comandante. El recurrente pretende desvirtuar las manifestaciones del testigo, señalando únicamente que este tenía una relación estrecha con la sociedad demandada; sin embargo, no aporta prueba alguna, ni siquiera indiciaria, que acredite su dicho. Luego, la declaración se estima coherente, sin que se desprenda algún ánimo de perjudicar al actor o de beneficiar a la demandada. El testigo, en forma expresa, declaró: “...lo que yo puedo manifestar es que el señor ... se presentó a mi oficina de la Delegación Policial de Sixaola a manifestarme que él había cortado unas matas de banano que yo le llamo en lo personal troncos o palotes entonces yo le pregunté que por qué las

había cortado y él me contestó que en el reglamento no se estipulaba, posteriormente la empresa mandó un representante para que fueran a hacer una inspección ocular al campo y de inmediato como con cualquier otra persona o institución mandamos a dos oficiales a hacer la inspección y efectivamente encontraron las matas cortadas... sí don ... me manifestó que en los acuerdos del Sindicato él tenía toda la autorización, o sea la altura que tenían esas matas no era la oficial de esa forma él cortándolas demostraba que se tenían que ajustar a los acuerdos del Sindicato” (La negrita no es del original. Folios 287-288). Luego, ese testimonio guarda relación y coincide con el contenido de una nota fechada el mismo día de los hechos, dirigida al Ministerio de Seguridad Pública, de parte del sindicato, donde expresamente se indicaba: “Con el respeto que merecen todos, el Sindicato de Trabajadores de la Chiriquí Land Company, Sitrachiri, les solicitamos que no intervenga en algún llamado de la empresa Chiriquí Land Company, en contra de algún miembro del sindicato Sitrachiri. Esto porque hace bastante unos dos meses atrás el comando se hizo presente en buscar alguna persona específica del Sindicato por supuestas anomalías, pero lo único que nuestra organización hace es cumplir y hacer que cumplan lo pactado en la Convención Colectiva Sexta. Quiero decirles que hoy al llegar algunos de los tantos panameños administrativos se nos están violando mucho más la Convención Colectiva, artículos # 54, 56, 57. Lo cual es una siembra de burget, y la empresa no quiere negociar con el sindicato un gran tallo que es esta exigiendo a los trabajadores que los siembre y como los trabajadores de recor del sindicato no lo quieren hacer así exige a los pobres trabajadores nuevos a hacerlo. Lo pactado en nuestra convención es de 10 a 15 centímetros de altura...” (Sic. Folio 21. Los destacados no están en el original). De ambos elementos probatorios se extrae que mediaba una seria disconformidad en relación con las siembras que debían hacerse, en cuanto al tamaño de las plantas y el actor recalca que lo que pretenden es hacer cumplir la convención colectiva. De ahí que la declaración del señor ... resulte plenamente creíble, aparte de que el mismo día de los hechos el sindicato procedió a redactar aquella nota por la cual se pretendía que las autoridades policiales no acudieran a ningún llamado de la empresa, y aunque no se reconoce la

comisión de los hechos, se indica que la intención es hacer cumplir lo negociado en la convención, lo que coincide con la declaración del relacionado testigo. Luego, del acta policial levantada por las autoridades respectivas, quedó debidamente acreditado que el hecho invocado por la sociedad demandada efectivamente aconteció (folio 118). De la relación de esas probanzas puede concluirse que no se trató de un hecho inventado por la demandada, con el fin de perjudicar al actor y tampoco para lesionar el libre ejercicio de aquella libertad fundamental y para excluir su participación como secretario general del sindicato. Lo anterior se reafirma porque una vez dispuesto el despido la demandada negoció con la organización sindical y aceptó que el accionante siguiera ejerciendo el cargo que ocupaba en el sindicato y admitió su participación en la negociación de la séptima convención colectiva, que efectivamente se acordó (folios 126-127, 241). Además, en esa negociación la sociedad demandada adquirió el compromiso de pagar al actor los derechos laborales que le hubieran correspondido por un despido sin justa causa y un tanto más por la misma suma; aparte de que de las propias manifestaciones del recurrente, hechas en el recurso y también en el escrito visible a folios del 233 al 235, se desprende que la sociedad le siguió girando al sindicato un monto de dinero destinado a pagarle al actor su labor como dirigente sindical. Todas estas circunstancias no tendrían lógica si la destitución se hubiere dispuesto con ánimo discriminatorio, pues de ser así lo que se hubiera procurado era la desvinculación del actor como dirigente sindical en forma definitiva; pero, como quedó expuesto, la sociedad aceptó su participación como tal e inclusive varios años después de la destitución siguió girando al sindicato los recursos económicos que le permitieran remunerar la labor del actor como dirigente sindical. En consecuencia, se estima que el despido no resultó discriminatorio, sino que estuvo basado en los hechos denunciados por la parte demandada, que se estiman graves, en el tanto en que el actor procedió a destruir varias plantas de semilla de banano, en perjuicio de la empleadora, sin que tal comportamiento resulte admisible. Si los sembradíos no correspondían a los acuerdos entre empleadora y trabajadores, el actor debió acudir a los mecanismos legales que tutelaran los derechos de estos últimos, pero nunca proceder de hecho, como lo

hizo, en perjuicio de los bienes de la demandada. Conforme con lo expuesto, el principio protector, en la regla del in dubio pro operario, cuya aplicación invoca el recurrente, queda excluida porque en el ánimo de quienes juzgan no media duda de que el despido se dispuso con base en justa causa.

IX.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con las razones expuestas, la Sala considera que no pueden acogerse los planteamientos expuestos en el recurso y, en consecuencia, el fallo debe ser confirmado.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

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

CONSIDERANDO:

I.- El poder disciplinario resulta correlativo al poder de dirección del patrono, como forma patente de la subordinación y necesaria organización de la empresa. Pero su ejercicio no implica que pueda aplicarse en forma absoluta, sino que debe obedecer a parámetros de razonabilidad y actualidad, en resguardo del principio de seguridad jurídica. Al respecto, esta Sala, en resolución N° 00092-2003, de las 9:40 horas del 28 de febrero, expresó lo siguiente:

“V.- ... dentro de toda relación de trabajo –o de servicio, como en este caso– la parte empleadora disfruta del poder de dirección respecto de la actividad desarrollada, el cual va acompañado, como consecuencia natural y, necesariamente, de la potestad disciplinaria, con el fin de lograr un mayor y mejor rendimiento. Ahora bien, ese poder sancionatorio, debe ejercerse de conformidad con los principios de causalidad, de actualidad y de proporcionalidad. Ese segundo principio, hace referencia a que el poder disciplinador 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 se procura también, 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. El recurrente reclama la violación del artículo 603 del Código de Trabajo, por el cual se establece que los derechos y las 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 una causal para la separación o, en su caso, desde que fueron conocidos los hechos, que darían lugar a la corrección disciplinaria. En cuanto a ese numeral, esta Sala, de manera reiterada, ha establecido que en el caso de entidades patronales que deben cumplir, de previo a disciplinar a sus trabajadores, con un determinado procedimiento o investigación, ese plazo de un mes, se iniciará a partir del momento en que el resultado de la respectiva investigación es puesto en conocimiento del funcionario u órgano competente, para resolver (Al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias N° 117, de las 15:40 horas del 11 de junio; 175, de las 14:40 horas del 20 de agosto, ambas de 1.997; 25, de las 15:00 horas del 29 de enero; 55, de las 9:30 horas del 20 de febrero; 260, de las 9:00 horas del 16 de octubre, todas de 1.998; 143, de las 10:00 horas del 31 de mayo; 150, de las 15:10 horas del 2 de junio, ambas de 1.999; 214, de las 10:40 horas del 14 de febrero; 477, de las 15:30 horas del 12 de mayo, éstas del 2.000; 359, de las 16:00 horas del 29 de junio del 2.001, 145, de las 13:50 horas del 9 de abril; y, 342, de las 9:50 horas del 10 de julio, estas últimas del 2.002) ...”.

De lo transcrito anteriormente, queda evidenciado que el plazo para despedir a un trabajador, no es una cuestión que pueda quedar librada al arbitrio del empleador. Este no puede adoptar la sanción cuando a bien lo tenga, sino que debe hacerlo dentro de los parámetros temporales que la ley le establece. Por ello, debe cumplir con el denominado principio de actualidad.

II.- Las causas de suspensión e interrupción del plazo de prescripción, son materia exclusiva reservada a la ley. Y la razón de ello es que están de por medio derechos fundamentales (Cfr. Sala Constitucional, sentencia N° 04367, del 21 de mayo de 2003, 15.27 horas). El artículo 601, párrafo 1º, del Código de Trabajo, implícitamente recoge esta doctrina, en cuanto dispone: “El cómputo, la suspensión, la interrupción y

demás extremos relativos a la prescripción se registrarán, en cuanto no hubiere incompatibilidad con este Código, por lo que sobre esos extremos dispone el Código Civil”. Queda absolutamente claro que solamente la ley puede crear causales de ese género, las que una vez establecidas taxativamente, deben aplicarse e interpretarse en sentido restrictivo. A fortiori, los jueces no pueden crear por interpretación analógica o paridad de razón, causales de suspensión o interrupción de la prescripción, por impedírseles el principio de legalidad formal y substancial (artículos 11 y 154 de la Constitución Política).

III.- En el fondo, el voto de mayoría de esta Sala, opta por una tesis en la que se equipara el procedimiento facultativo de la conciliación administrativa regulado en la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social seguido por el empleador ante esa cartera, con el procedimiento especial de autorización de despido de la trabajadora embarazada, previsto en el artículo 94 del Código de Trabajo. Para quien suscribe este voto minoritario, resulta evidente que se trata de dos procedimientos de distinta naturaleza y finalidad, y por lo tanto, no pueden ser asimilados en sus efectos jurídicos. Para sostener la tesis de dicha equiparación, en el voto mayoritario se aducen razones de buena fe, sanidad, prudencia y paz social. Sin entrar a cuestionar las buenas intenciones perseguidas con dicho razonamiento, considero que ello no es suficiente para poder sustentar una tesis jurídica. En el caso del procedimiento de autorización de despido de la trabajadora embarazada, se trata de un procedimiento reforzado, de cumplimiento obligatorio, agravado, que constituye una garantía contra los despidos discriminatorios, dada su especial situación y la creación de un fuero de protección especial para las mujeres trabajadoras en estado de gravidez y cuyo incumplimiento, genera efectos de ilegalidad en la sanción eventualmente adoptada. En la situación de hecho sub exámine, la cuestión es totalmente distinta. La gestión realizada ante el Ministerio de Trabajo por iniciativa de la demandada, por loable que parezca, no puede tener los alcances y consecuencias que se le atribuyen. La empresa no tenía ninguna razón objetiva que le impusiera el deber de acudir al Ministerio de Trabajo, antes de ejercer la potestad sancionadora. Desde luego que en Derecho Laboral las normas se

deben interpretar -cuando así se requiera- en la forma que mejor favorezca al trabajador (artículo 17 del Código de Trabajo). Al aceptar esa forma de proceder por la empresa demandada, contraria a las exigencias de la buena fe (artículo 21 del Código Civil), con efectos interruptivos, no solo se contradice el fundamental principio protectorio en sus distintas vertientes, sino que indirectamente se estaría creando un trámite no previsto en la ley, como requisito previo al ejercicio de la potestad de despido. La gestión realizada en vía administrativa por la empresa demandada, es inocua a los fines de computar el plazo de prescripción, y por esa razón a juicio del infrascrito, no tiene la virtud de producir efectos interruptores en la prescripción regulada por el artículo 603 el Código de Trabajo.

IV.- De los propios términos de la carta de despido se desprende que la falta endilgada fue de conocimiento del patrono el mismo día que se alega ocurrió, al indicarse: “El día 31 de julio del 1999, usted se introdujo en la plantación y sin mediar autorización alguna de la Administración, machete en mano procedió a cortar unas matas de semilla de banano recién sembradas, causando un daño en forma premeditada y alevosa a la plantación de la Empresa, máxime cuando la misma se había hecho para mejorar la productividad, y sobre todo en momentos, en que estamos urgidos al mejoramiento, dada la actual crisis de precios en el mercado, que también afecta a toda la producción nacional ...” (folios 16 a 18), y no fue hasta el 6 de octubre de 1999, que actor fue separado de su cargo. De lo anterior se colige que la compañía demandada despidió al actor después de vencido el plazo de un mes que establece el numeral 603 del Código de Trabajo, cuyo texto instituye: “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 suspensión o, en su caso, desde que fueron conocidos los hechos que dieron lugar a la corrección disciplinaria ...”. El fundamento del que se nutre esta forma de extinción, es precisamente el principio de seguridad jurídica, y la garantía del encausado frente a la pasividad e inercia del patrono, el que no puede conservar indefinidamente el ejercicio de la potestad sancionadora. Razonar de manera distinta, es de signo contrario al derecho de continuidad y estabilidad en el empleo.

V.- Con fundamento en las consideraciones expuestas, existiendo una incorrecta apreciación de los hechos acaecidos e indebida aplicación de las normas relativas a la prescripción, acojo el recurso de casación. En consecuencia, considero que debe revocarse la sentencia recurrida, y en su lugar, declarar con lugar la demanda, y rechazando las excepciones opuestas, con sus costas a cargo de la demandada. Por devenir en innecesario, se omite examinar las restantes cuestiones de fondo planteadas.

POR TANTO:

Revoco la sentencia de que se conoce; declaro con lugar la demanda; y le impongo a la parte demandada el pago de ambas costas. Fijo las personales en un veinte por ciento de la condenatoria.

PATERNIDAD SOCIAL, Y PATERNIDAD BIOLÓGICA. VOTO 2006-000777

De las 15:00 hrs. del 11 de agosto de 2006.

I.- ANTECEDENTES. El 21 de marzo de 2003, el señor ... formuló proceso de reconocimiento del menor ..., hijo de ..., para que se declarara que es su hijo, se ordene inscribir la sentencia en el Registro Civil, se le permita prestarle la ayuda económica y se establezca un régimen de visitas. Afirmó que iniciaron una relación sentimental en febrero de 2002, la que mantuvieron durante siete u ocho meses, y que fruto de la misma, en fecha 11 de diciembre de ese año, nació dicho menor. Añadió que durante una parte del embarazo, estuvo ayudando tanto emocional como económicamente a la señora ..., pero que después de un tiempo ella decidió terminar la relación y hasta la fecha han permanecido separados, por lo que se ha negado a que reconozca a su hijo y a le preste la ayuda económica necesaria, razón que lo motiva a interponer este proceso (folios 3 a 6). El 7 de mayo de 2003, la accionada ... contestó en forma negativa la demanda. Alegó que nunca mantuvo una relación sentimental con el actor, que durante algún tiempo fueron solo amigos, y que por el contrario, desde hace más de dos años tiene una relación sentimental con el señor ... quien es el padre de su hijo, y que no lo ha podido reconocer por razones

laborales, ni estar presente al momento del nacimiento, y juntos decidieron que posteriormente lo reconocería tal y como lo hizo, para lo que aporta copia del acta de reconocimiento. Agregó que es totalmente falso que el actor mantuviera una relación sentimental con ella, pues su novio siempre estuvo presente durante todo el embarazo como padre de su hijo, se preparó para el parto, para lo que llevaron el curso de preparación psicofísica que finalizaron el 21 de agosto de 2002, además de que el 22 de febrero, bautizaron al niño, para lo que hicieron el curso de preparación, unido a que es asegurado directo del señor Indicó que de esta manera puede verse que su hijo y ella siempre han estado con el apoyo y reconocimiento del señor ..., estando su hijo desde hace mucho tiempo en posesión notoria de estado, durante el embarazo y posteriormente a su nacimiento, por su padre el señor Añadió que a partir del nacimiento del menor, el señor ..., convive en la misma casa con ella, y con la finalidad de darle una mejor estabilidad emocional y afectivo a su hijo, han decidido casarse lo más pronto posible, para formar un hogar formal todos juntos. Afirmó que su hijo es fruto de la relación sentimental que ha mantenido con su novio Aseveró que el demandante no le ayudó durante el embarazo ni económica ni emocionalmente, lo que es razonable, dado que no tenía ni tiene responsabilidad alguna para con su persona o su hijo. Indicó que durante algún tiempo mantuvo una relación de amistad con el actor, pero que eso está muy lejos de una relación sentimental, y le extraña que presente la demanda, por lo que desconoce sus finalidades. En consecuencia, solicitó se declarara sin lugar la demanda, por improcedente, dado que el menor cuenta con una filiación establecida, y se obligue al actor al pago de ambas costas (folios 20 y 21). El Juzgado Primero de Familia de San José, por resolución de las 8 horas del 3 de mayo de 2004, resolvió que en vista de que en la nueva certificación se observa que el menor tiene actualmente filiación paterna, pues fue reconocido por el señor ..., se ordena al actor que dentro del plazo de ocho días deberá ampliar la demanda, incluyendo la pretensión, contra la persona indicada, lo que presentó en escrito de fecha 26 de ese mes (folios 78, 79, 84). Sin embargo, por resolución de las 13 horas del 27 de mayo de 2004, se dispuso que debía cumplir todas las formalidades dispuestas en el artículo 290 del Código

Procesal Civil, lo que hizo el actor el 8 de junio, siendo que en resolución de las 9 horas del 21 de junio, se amplió la demanda en cuanto a ... (folios 85 y 92 a 96). El coaccionado ... invocó que mantuvieron una relación de noviazgo desde hacía más de cinco años, de la que nació su hijo ..., lo que imposibilita que su novia haya tenido una relación sentimental con el actor. Añadió que fue conocedor de que entre el actor y la demandada hubo una relación de amistad, aclarando que nunca lo conoció personalmente, solo de vista, y que en un tiempo determinado lo ha visto acechando a la accionada, por lo que tomaron la decisión de cambiar de residencia. Señaló que de esta manera es difícil mantener una relación de cohabitación del actor con la señora ..., siendo él quien la visitaba todos los días, máxime que la relación ha sido pública, notoria, única, estable, y nunca ha habido separación entre ellos. Indicó que durante todo el embarazo de su novia fue quien estuvo a su lado, le brindó el apoyo económico, emocional digno que merece su novia e hijo, ella se preparó junto a él para el alumbramiento, donde se demuestra su unión mediante el certificado del "Curso de Preparación Psicofísico para el parto", por lo que su relación ha sido conocida y pública, tratando de dar a la madre de su hijo y a su hijo, la mejor estabilidad emocional como buen padre de familia. Manifestó que si bien la patria potestad es ejercida en forma conjunta por ambos padres dentro de un núcleo familiar que conviven bajo un mismo techo, dando crianza, proporcionando alimentos a sus hijos y una debida educación y protección, como padre de ... adquirió tal derecho desde el momento de la concepción, así como obligaciones, que se ha comprometido a cumplirlas de la mejor manera, para darle a su hijo un futuro fructífero y un bienestar social y emocional estable. Aclaró que por razones laborales se trasladó por un tiempo fuera de San José, por lo que le fue imposible reconocer a su hijo en el momento de su nacimiento, y que lo hizo en una oportunidad que pudo venir a San José. En consecuencia, solicitó se declarara sin lugar la demanda, por cuanto su hijo ... ha estado en posesión notoria de estado (folios 178 a 181). En la sentencia de primera instancia, N° 1084 de las 17 horas del 27 de julio de 2005, se declaró con lugar la demanda, se decretó la nulidad del reconocimiento efectuado por el señor ..., ordenándose la cancelación de la filiación paterna que el niño tiene, suprimiéndole el apellido

Asimismo, se dispuso que el señor ... es el padre de ..., por lo que debe llevar como primer apellido ..., recibir alimentos de parte de él y sucederle ab intestado como una consecuencia legal, ordenándose la inscripción de la sentencia una vez firme, y se resolvió sin especial condenatoria en costas. Asimismo, se rechazó la fijación de un régimen de visitas (folios 245 a 255). Los demandados formularon recurso de apelación (folios 258, 259 y 268 a 271). El Tribunal de Familia de San José, en Voto N° 69, de las 8 horas del 26 de enero de 2006, confirmó la sentencia (folios 272 a 275).

II.- AGRAVIOS. Los demandados muestran inconformidad con lo resuelto por el ad quem, y en concreto alegan: a) error de derecho, con lo que violentaron normas de superior rango que el Código de Familia, e incluso de ese mismo Código, entre ellas: a) el artículo 5°, que establece: "Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respecto a de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal ...". Invoca que los jueces no valoraron en forma adecuada la prueba a favor de su hijo, su situación psicológica, la estabilidad emocional, desconociendo que cambiarle el entorno social, emocional y afectivo es perjudicial para él, y que debe prevalecer el interés del menor, sobre los derechos del actor; b) el numeral 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia, según el cual: "... En caso de duda, de hecho o de derecho, en la aplicación de este Código, se optará por la norma más favorable para la persona menor de edad, según los criterios que caracterizan su interés superior." Señala que el Tribunal tenía que aplicar la norma más beneficiosa a favor de su hijo, en virtud de que quedó acreditado que es el padre del niño, que ha ejercido su rol mediante la posesión notoria de estado, que viven en unión de hecho, en familia, bajo un mismo techo, que los intereses de los menores prevalecen sobre cualquier interés de los adultos; sin embargo, en la sentencia de primera instancia se reconoce que existe un nexo biológico únicamente, e igualmente que ha ejercido el papel de padre tanto afectiva como materialmente, ya que le han dado un hogar, razón por la que tanto el Juzgado como el Tribunal dejó en estado de indefensión al menor, olvidándose del interés superior del niño, sin

preguntarse que sería si en un futuro naciera otro niño, y tengan diferencias en sus apellidos, y aplicando criterios de interpretación excesivamente rígidos y formales que contrarían los principios filosóficos que informan la materia, cargada de un alto contenido social, obstaculizando el acceso en justicia a la verdad real de los hechos investigados, dado que ha quedado demostrado que es el padre del niño, y que contaba con una filiación establecida por la posesión notoria de estado y el reconocimiento de vientre; c) el artículo 7 de la Constitución Política, que claramente indica: “Los tratados públicos y los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”. En esta misma línea, el artículo 8° del Código de la Niñez y la Adolescencia, indica acerca de la jerarquía normativa, que por encima del Código de Familia, están: a) los principios rectores de este Código, b) los demás Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia, c) la Convención sobre los Derechos del Niño; y d) la Constitución Política. Dice que el artículo 113 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece algunos principios por encima del Código de Familia, la ausencia de ritualismo procesal y la búsqueda de la verdad real, existiendo abundante prueba de su paternidad mediante la posesión notoria de estado, de que es el padre de ..., que el menor lo reconoce como padre, y que la relación entre ellos se ha dado tiempo antes del alumbramiento, en procura del interés superior del menor, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3.1, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, lo que significa que los jueces tienen límites mínimos de su discrecionalidad en la interpretación de todas las normas jurídicas, siempre a favor de los menores, sin que se ventilen los derechos de los adultos. Señala que este principio se encuentra ampliamente reconocido y desarrollado en la legislación ordinaria, específicamente en el artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia, 2° y 8° del Código de Familia, de los que se puede fácilmente deducir como características propias de los procesos familiares, la búsqueda de la verdad real con ausencia en los procedimientos de su excesivo ritualismo, propiciando una mayor flexibilidad en las formas como medidas que favorezcan la economía procesal y la concentración de los actos, tendiendo a la pronta resolución de los

conflictos, respetando el derecho de defensa y el debido proceso; e) artículo 7° de la Convención sobre los derechos del Niño, que dispone: “El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde este momento a un nombre, a adquirir su nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos ...”. Afirma que en el caso en estudio, el reconocimiento que hizo se ratificó en el Registro Civil, pero se logró demostrar que desde mucho tiempo antes el menor contaba con una filiación establecida. Indica que de esta forma se debe tener claro que el artículo 90 del Código de Familia, establece: “No se admitirá ningún reconocimiento cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado”. Afirma que no se debe dejar de lado el “reconocimiento de vientre”, lo que en el caso se logró demostrar con abundante prueba, así como la posesión notoria de estado adquirida, aspectos importantes que no tomaron en cuenta los jueces para determinar como verdad real la filiación certeramente establecida. Añade que la impugnación de reconocimiento no es procedente porque el niño no nació bajo la filiación matrimonial, en cuanto a si el proceso de puede llamar “Impugnación de Reconocimiento”, el numeral 86 del Código de Familia, dice que solamente opera cuando este haya sido mediante falsedad o error, y el que está legitimado es el menor o el tercero interesado siempre y cuando el reconocimiento haya sido por medio de un error o falsedad y aquí se ha demostrado que el señor ... desde el primer momento sabía que él no era el padre biológico, y a partir de ese momento el reconocimiento fue de hecho, por lo que la declaración de paternidad, el reconocimiento, ni la impugnación son procedentes. Indica que el artículo 92, párrafo 2° del Código de Familia, señala que “... se presume la paternidad del hombre que, durante el período de concepción, haya convivido, en unión de hecho”, y que la presunción de paternidad de su hijo se dio tiempo atrás, ya que han vivido en unión de hecho, bajo un mismo techo desde el embarazo hasta la fecha junto a su hijo. Agrega que el numeral 93 del Código de Familia, define la “posesión notoria de estado de hijo extramatrimonial consistente en que sus presuntos padres lo hayan tratado como hijo, o dado sus apellidos, o proveído sus alimentos, o presentado como hijo a terceros y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como

hijo de aquellos, circunstancias todas que serán apreciadas discrecionalmente por el juez”. Afirma que la prueba aportada ha logrado demostrar que su núcleo familiar se rodea de todos los presupuestos indicados en este artículo, por lo que su hijo únicamente conoce como padres a ellos, y los jueces no tomaron en cuenta esta verdad real. Cita el voto de esta Sala, N° 00008 de las 14:30 horas del 9 de enero de 1991. Agrega que es cierto que el reconocimiento escrito ante el Registro se ratificó después de la presentación de la demanda, pero también lo es que la posesión notoria de estado se da desde antes del alumbramiento, por lo que el menor ya contaba con una filiación establecida. Alega que en el numeral 2° del Código de Familia se encuentran principios fundamentales para la aplicación e interpretación del Código, como es “La unidad de la Familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges...”. Aduce que el Tribunal hace caso omiso de estos principios, perjudicando el interés superior de su hijo, negándole el derecho de llevar su apellido, mediante la indudable posesión notoria de estado. Manifiesta que de acuerdo al numeral 86 del Código de Familia, “El reconocimiento podrá ser impugnado por el reconocido o por quien tenga interés, cuando ha sido hecho mediante falsedad o error”, y ha sido evidente y se logró demostrar que reconoció al menor a sabiendas que no era el padre biológico. (folios 295 a 312) Como consecuencia, solicita se case la sentencia recurrida.

III.- SOBRE EL FONDO. Alegan los casacionistas que al confirmar el Tribunal la sentencia del a quo, que decretó la nulidad del reconocimiento efectuado por el señor ..., ordenó la cancelación de la filiación paterna que el niño tenía en ese momento, suprimiéndole el apellido ..., y declaró que el señor ... es el padre de ..., por lo que debe llevar como primer apellido ..., recibir alimentos de parte de él y sucederle ab intestado, y ordena la inscripción de la sentencia una vez firme en el Registro Civil, incurrió en error de derecho, al no tener en cuenta el interés superior del niño, ya que desde antes de su nacimiento estuvo bajo la posesión notoria de estado del señor El artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 7739 de 6 de enero de 1998, publicada en La Gaceta N° 26 de 6 de febrero de ese año), establece que toda acción pública

o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal; que para la determinación del interés superior se deberá considerar: a) su condición de sujeto de derechos y responsabilidades; b) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; c) las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve; y d) la correspondencia entre el interés individual y el social. En armonía con ese interés superior del niño, nuestra Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley (artículo 53, párrafo 2°), lo que responde a un propósito de equilibrio social, posibilitando que se coloque económica y socialmente en el mismo plano que los hijos nacidos en el matrimonio, supuesta la regla de que los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él (artículo 53, párrafo 1°, citado). Por esta razón, la decisión sobre la paternidad del hijo, no está al libre arbitrio de la madre; de ser así, se infringiría el derecho constitucional que le otorga al menor el derecho a saber quiénes son sus padres.

IV.- SOBRE LA POSESIÓN NOTORIA DE ESTADO.

También aducen los recurrentes que el Juzgado y el Tribunal de Familia han tomado criterios de interpretación excesivamente rígidos y formales que contrarían los principios filosóficos que informan la materia de familia, cargada de un alto contenido social, obstaculizándose el acceso en justicia a la verdad real, dado que ha quedado demostrado que es el padre del niño, y que el menor contaba con una filiación establecida por medio de la posesión notoria de estado, y el reconocimiento de vientre. En este sentido hay que añadir que el artículo 99 del Código de Familia dispone que no se admitirá la acción de investigación cuando el hijo tenga una filiación establecida por la posesión notoria de estado. La negación de esa acción, supone la tenencia de la filiación por posesión notoria de estado. Pero no es cualquier posesión notoria de estado la que es capaz de negar la acción de investigación de paternidad, sino sólo aquella que es útil, cierta, por no haber sido cuestionada por ninguno.

En este caso la demanda fue presentada por el señor ..., tres meses y diez días después del nacimiento del menor, lo que denota que la falta de reconocimiento del menor, obedece a la negativa de la accionada a permitir la realización de este acto. Otro hecho a destacar es que cuando el actor presentó esta demanda, el menor ..., no aparecía reconocido por el co-demandado ..., ante el Registro Civil; el reconocimiento por parte de éste, se dio un mes y doce días después de la notificación de la demanda a doña ... (certificación de folio 1), que ocurrió el 31 de marzo de 2003 (folio 8), mientras que el reconocimiento se hizo el 12 de mayo siguiente (folio 74). La ausencia de reconocimiento del menor, por parte de ..., de manera contemporánea al nacimiento, y la circunstancia de haberse practicado este luego de notificada la demanda, lejos de crear un derecho a su favor, por ajustarse a lo dispuesto en el artículo 7°, inciso 1°, de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, en cuanto dispone: “1. El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde este a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos ...”, pone de relieve el ejercicio abusivo y antisocial del derecho implicado, con daño para el derecho del menor a saber quién es su verdadero padre, y para el actor, lo que desde luego no puede ser amparado (artículo 21 y 22 del Código Civil). Ahora bien, en la audiencia de prueba confesional, la señora ..., cuando se le preguntó si semanas después le negó al actor la posibilidad de ejercer todos los derechos y obligaciones como padre del menor?, manifestó: “... Si, que en el momento en que yo le dije a él si bien yo estaba embarazada y era de él, y como él declaró anteriormente él me ofreció la ayuda emocional y económicamente hasta me ofreció matrimonio, pero dentro de mis planes no estaba el casarme con él solo por haber quedado embarazada, y él se molestó mucho, estuvimos discutiendo se alteró mucho, me imagino que tuvo sus razones, yo lo vi muy alterado, me amenazó, y desde esa fecha no lo volví a ver hasta la fecha en que se hizo la prueba de los marcadores genéticos ...” (folios 236 a 240). Esto demuestra que la demandada desde el inicio le negó al actor la posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad. En la

contestación al hecho 1° de la demandada, la señora ... negó enfáticamente haber mantenido una relación sentimental con el señor ...; en concreto expresó: “... Falso. Con el suscrito nunca mantuve una relación sentimental, fuimos durante algún tiempo solo amigos, por el contrario desde hace más de dos años tengo una relación sentimental con el señor ..., quien es el padre de mi hijo ... es totalmente falso que el actor mantuvo una relación sentimental con la suscrita, tan es así que mi novio se preparó para el parto, por lo que llevamos el curso de preparación psicofísica para el parto mismo que finalizamos el día 21 de agosto del 2002, (como lo demuestro con el certificado que apporto), además el 22 de febrero del presente año, juntos bautizamos a nuestro hijo, para lo cual llevamos el curso de preparación (según certificado y fotos que apporto), esto unido a que mi hijo es asegurado directo del señor ... (como lo demuestro con el carné respectivo) ...” (folio 20). Sin embargo, en su confesión la señora ... dio otra versión sobre lo sucedido, pues a una pregunta que se le formuló en el sentido de que en qué fecha se realizó la prueba de embarazo?, manifestó que en el año 2002, en el mes de febrero, y a la siguiente en cuanto a si sabía que el hijo era del señor ...?, manifestó que sí, lo que demuestra que faltó a la verdad cuando contestó la demanda. Esta forma de actuar durante el proceso, es de signo contrario a las exigencias de la buena fe, entendida como rectitud, proceder honrado, arquetipo de conducta social. La contestación del codemandado ... presentada el 22 de febrero de 2005, resulta coincidente con la que hizo la señora ..., al señalar en el hecho primero: “No es cierto, La ... y el suscrito hemos mantenido una relación de noviazgo desde hace más de cinco años, de esa relación nació nuestro hijo ..., por lo que imposibilita que mi novia haya tenido una relación sentimental con el actor. Por el contrario siempre fui conocedor que entre el actor y la demandada hubo una relación de amistad, indicando que nunca lo conocí personalmente solo de vista, y en un tiempo determinado lo he visto acechando a la demandada, por lo que tomamos la decisión de cambiar de residencia, por la insistencia de este señor. De esta manera señalo que es difícil mantener una relación de cohabitación por parte del actor con la señora ..., siendo el suscrito quien visitaba a la demandada todos los días, máxime que nuestra relación ha sido pública, notoria, única y estable, nunca

ha habido una separación entre nosotros ... durante todo el embarazo de mi novia he sido yo quien ha estado al lado de ella, le he brindado todo el apoyo económico, emocional digno que se merece mi novia y mi hijo ... La señora ... se preparó junto al suscrito para el alumbramiento (véase folio 13) donde se demuestra nuestra unión mediante Certificado del "Curso de Preparación Psicofísico para el parto" ...". En la confesión, el señor ... también se contradice con lo afirmado en el escrito de contestación, pues cambia su versión al afirmar: "... Sí sabía que no era mi hijo, lo supe desde un principio que ... me dijo que según los períodos menstruales tenía un atraso y posiblemente estaba embarazada y ahí fue cuando me di cuenta". A la pregunta siguiente en cuanto a si sabía que el padre del menor era el señor ...?, dijo: "... Cuando ella me dijo que estaba embarazada me dijo que fuéramos a hablar con el señor, no preciso en este momento si me dijo el nombre de él, fuimos a conversar con él, estaba en la Iglesia yo me quedé a una cierta distancia para que ... hablara con el señor, en ese momento el señor se puso a gritarle, casi le pega ... incluso lo ha dicho aquí que entró al hospital sin permiso de nadie, nos fuimos a vivir a Heredia por la seguridad del menor. Desde ese momento yo sabía que no era el padre genético ... nunca más volvimos a saber nada más de él, pasaron los meses de embarazo, y nada del señor ..." (folios 232 a 235). Estas contradicciones desde luego desnaturalizan la tesis sustentada en la contestación. Por su parte, en la confesión el actor ..., a la pregunta que se le hizo en cuanto a si no asistió al Curso de preparación psicofísica para el parto, ni al nacimiento, ni al bautizo del menor ...?, respondió: "Es cierto, porque no me lo permitieron, insistí varias veces y siempre fui motivo de rechazo ...". A la siguiente en el sentido de que usted nunca le ayudó, ni apoyó económicamente a la madre del menor ni durante el embarazo ni posterior al parto?, añadió: "... Es cierto, lo que sucede es que como le repito nunca me lo permitieron, insistí varias veces y siempre fui motivo de rechazo...". A la número cinco, dijo: "... Es cierto, lo que sucede es que como le repito nunca me lo permitieron, yo le dije a ella que podía brindarle todo lo que ella necesitara y también al bebé, y siempre fui objeto de rechazo por parte de ella, siempre le dije durante el embarazo que podía ayudarle con su alimentación y necesidades pero siempre hubo un

rechazo, esto fue cuando comenzó el embarazo, cuando nos dimos cuenta que estaba embarazada, yo le dejaba donde una familia en la Peregrina frutas y ella llegaba y no las recogía, decía que no ...". A la número ocho, respecto a su en forma personal no conoce al menor ..., manifestó: "... No es cierto, el día que nació mi hijo por medio de unas amistades pude entrar al hospital y pudo verlo por cuestión de unos segundos, pero relación con él la verdad es que no ha existido, no lo pude alzar o acercármele ..." (folios 227 a 231). De lo anterior se colige que la señora ... impidió que el actor ... ejerciera la posesión notoria de estado sobre su hijo La aceptación en la audiencia de confesión del codemandado ..., en el sentido que desde que la señora ... estaba embarazada, sabía que él no era el padre biológico del menor, convierte en ineficaz e inútil la aludida posesión notoria de estado, para los efectos del artículo 99 citado.

V.- Por otra parte, el reproche que se hace en cuanto a que se ha obstaculizado el acceso en justicia a la verdad real, tampoco es atendible. En el dictamen de paternidad del Organismo de Investigación Judicial, Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, Sección de Bioquímica, emitido el 11 de mayo de 2005, se concluyó que el análisis estadístico de la probabilidad de paternidad de ..., respecto a ..., ha concedido una probabilidad de paternidad del 99.999650434752%, que corresponde a una paternidad prácticamente probada (folios 206 a 210). En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en Voto N° 348 de las 15:48 horas del 18 de enero de 1994, que es acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 98, párrafo 2° del Código de Familia, expreso: "...I.- La Sala parte de que el derecho a saber quiénes son sus padres, que toda persona tiene, conforme a lo dispuesto por el artículo 53 -párrafo final- de la Constitución Política y artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Ley N° 7184), es fundamental. Claro está, ese derecho se determinará conforme a la ley, y en esta acción se trata de establecer si lo que dispone el artículo 98 del Código de Familia, que regula un medio de prueba y sus efectos, es legítimo o no. De antiguo, en tratándose de la familia matrimonial, el ordenamiento creó presunciones positivas de paternidad que si bien pueden ser contradichas mediante un proceso ad-hoc, funcionan

de manera automática y son apropiadas para regular la situación jurídica de los hijos habidos dentro de ella. Pero cuando se trata de hijos extramatrimoniales no reconocidos voluntariamente por el padre, entonces es que se presenta la situación procesal que sirve de base a esta acción. Un (supuesto) padre demandado en el proceso de investigación de paternidad se rehusa a someterse a la prueba científica de los marcadores genéticos y en virtud de lo dispuesto por el artículo 98 ya citado, se podría considerar que actúa con malicia y tal circunstancia, a la vez, podría ser tenida como indicio de la veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba.- II.- La prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, es una prueba pericial, por ello rendida por expertos, pero de un notable carácter científico. Incluso habrá de destacarse, que el artículo 98 del Código de Familia reviste a esta prueba de una confiabilidad excepcional, cuando dispone que su práctica corresponde al Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia. Como en toda prueba pericial, el propósito es otorgar al Juez un elemento adicional importante a la hora de decidir el petitum de la demanda y concretamente en el caso particular que aquí nos ocupa, dirigido el proceso a establecer que una persona es el padre de otra, la prueba de los grupos sanguíneos (y otros marcadores genéticos) otorgaría al Juez la posibilidad de resolver con un plus de seguridad, ya que, como dijimos, al menos en el estado actual de la ciencia, si resulta negativa excluye la paternidad del demandado de manera absoluta. ... Cabe agregar también, que desde nuestro punto de vista es razonable que se pretenda encontrar en el examen de la sangre -por ejemplo- de los protagonistas en una investigación de paternidad, una respuesta que posibilite una sentencia lo más cercana a la verdad real, pretensión de todo proceso judicial. En esto, reiteramos, hay un verdadero interés social protegido por la Constitución, y ésta no consagra un derecho a toda persona de saber quiénes son sus padres, por un mero prurito o vanidad, sino porque también de ahí depende que el hijo obtenga alimentos en el concepto amplio que de éstos tiene el derecho y hasta tendría derecho a otros beneficios no menos importantes, como sería la protección material e intelectual, si bien en esto no hay una verdadera garantía. Quien afirma debe probar, reza el viejo aforismo acuñado en el artículo 719 del

Código Civil, y esto se cumple en la norma 98 del Código de Familia. No puede aceptarse como correcto, que no corresponda colaborar al demandado en la investigación de paternidad, afirmándose que como él no es quien ha propuesto la prueba, consecuentemente no está obligado a colaborar en su producción. La prueba de los marcadores genéticos normalmente es propuesta por la parte actora, pero no se crea que es exclusivamente de su resorte, ya que perfectamente puede ser opuesta por el propio demandado, según se dijo, dada la certeza científica en caso de resultar negativa. Y aún siendo positiva, no genera per sé una estimatoria, ya que apenas da la probabilidad, que debe unirse -lógica y razonadamente- a otras probanzas. Pero, además, si la prueba fue propuesta por la parte actora, en nada obsta que requiera la utilización del propio demandado, si no le acarrea peligro o daño físico, y menos mengua a su dignidad. Es una prueba pacíficamente realizable, tomada en condiciones de privacidad aceptables, indolora, rápida, por lo que la Sala no encuentra fundada su impugnación como ilegítima.- En la materia que trata esta acción y que pertenece al Derecho de Familia, rigen principios muy importantes, como el del interés del menor que hoy está contenido en la Convención de los Derechos del Niño, debidamente aprobado por nuestro país por Ley No.7184 de 18 de julio de 1990 y por ende incorporada al ordenamiento al más alto nivel normativo por disposición del artículo 48 de la Constitución Política. Puestas así las cosas, hay diversos intereses en juego: el del menor a saber quién es su padre; el del supuesto padre, a obtener una declaratoria negativa en un proceso justo, y el de la administración de justicia, de llegar a una declaración que recoja lo más cerca posible, la verdad real. Esos intereses hay que conjugarlos, pues todos tienen asidero constitucional. No encontramos que la norma del artículo 98 del Código de Familia sobrevalore el primero de los intereses en detrimento del segundo, sino que en aras de cumplir el tercero, abre una vía razonable para que el juez analice, crítica y razonadamente, toda la prueba rendida en el expediente, incluido el indicio si la de los marcadores genéticos la hubiera rehuido el demandado ...”

VI.- En consecuencia, se debe declarar sin lugar el recurso, con sus costas a cargo de quien lo promovió.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso, con sus costas a cargo de quien lo promovió.

Los Magistrados Aguirre Gómez, Villanueva Monge y Varela Araya han concurrido con el voto unánime que declaró sin lugar el recurso, haciendo la siguiente aclaración:

I.- La filiación, como elemento natural derivado de la concepción, es objeto de protección plena dentro del ordenamiento jurídico, el cual, la reconoce y tutela como principio fundamental asignándole una serie de consecuencias jurídicas. Así lo estipula expresamente el numeral 51 constitucional, al declarar a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad. Es ese reconocimiento a la filiación natural, de donde se desprenden disposiciones tales como las que imponen el derecho de los hijos y de las hijas a saber quiénes son su padre y madre biológicos; las obligaciones de ellos de velar por las necesidades de sus hijos e hijas habidos/as ya sea dentro o fuera de matrimonio y; más recientemente también se ha dicho expresamente, el derecho de los padres a que se declare su paternidad y se reconozca el ejercicio de ese derecho. Sin embargo, el mismo ordenamiento reconoce que existen muchas situaciones de la vida real en las cuales, las personas se relacionan asumiendo comportamientos propios a los de la paternidad, sin que ésta corresponda exactamente a un nexo biológico. Se ha hablado entonces de una paternidad social, en contraposición a la paternidad biológica, la cual, igualmente es tutelada incluso, con mayor preeminencia sobre aquella otra. Así por ejemplo, disposiciones tales como las de los artículos 90 y 99, del Código de Familia, restringen el derecho a la declaración de una nueva filiación, cuando el hijo o hija esté amparado/a por una posesión notoria de estado distinta a la que se quiera constituir; concediéndole, en este caso, prioridad a la paternidad socialmente establecida. Por otra parte, varios votos de esta Sala han señalado expresamente que en virtud del fundamental principio del interés superior del niño y de la niña, lo relativo a la filiación de las personas, particularmente de los y las menores de edad, no puede estar sujeto a los intereses particulares y a los vaivenes de la vida de relación de sus progenitores

biológicos o legales. Por eso, en algunos casos en que existe una paternidad socialmente constituida, la paternidad biológica cede frente a la paternidad social (en este sentido se pueden consultar la sentencias de esta Sala N° 79-01 de las 10:20 horas del 31 de enero del 2001; N° 747 de las 9:30 horas del 28 de noviembre del 2003; y la N° 628 de las 9:25 horas del 6 de agosto del 2004). Sin embargo, el caso que nos ocupa presenta aristas muy particulares, que abogan a favor del reconocimiento de la paternidad biológica, según se verá.

II.- El actor pretende que a través de esta vía se declare su paternidad respecto del menor El artículo 84 del Código de Familia contempla un trámite expedito, mediante el cual los padres pueden reconocer a sus hijos/as habidos/as fuera del matrimonio y cuya paternidad no conste en el Registro Civil. Para tal reconocimiento, según reforma introducida a ese numeral por Ley N° 7538 de 22 de agosto de 1995, se requiere el consentimiento expreso de la madre. Tal exigencia tuvo como una de sus finalidades, según el archivo legislativo, evitar las disposiciones relativas al régimen de adopción que permitían el comercio inmoral de niños. Como se dijo, ese es un requisito formal para la admisibilidad del trámite regular; mas ello no coarta la posibilidad que tienen los padres de accionar en la vía judicial la declaratoria de paternidad, cuando existe oposición de la madre al reconocimiento que intenta el padre. Sobre este particular, ya esta Sala ha señalado que

VII. En conclusión, de los artículos 84 y 85 del Código de Familia, no puede deducirse que sin la anuencia de la madre es imposible para un padre reconocer un hijo habido fuera de matrimonio, o cuya madre estuviere ligada matrimonialmente con otra persona. Lo único claro es que debe acudir al procedimiento contencioso y no al previsto en esos numerales. Así se infiere del ordenamiento jurídico en general, que propicia que todo niño o niña tenga un padre y una madre. Específicamente, los progenitores de los hijos nacidos en matrimonio tienen respecto de ellos poderes y deberes en los términos de los institutos de la patria potestad y la autoridad parental, con base en los cuales tienen el derecho y el deber de educar, guardar y corregirlos moderadamente, al

mismo tiempo que de administrar sus bienes y de representarlos (artículos 140, 143 y 145 del Código de Familia). En cuanto a los hijos habidos fuera de matrimonio, por disposición constitucional, los padres tienen las mismas obligaciones que con los nacidos en el matrimonio (artículo 53 de la Constitución Política) y ha de entenderse, mediante una lectura correcta de la norma, que también tienen los mismos derechos, en atención a que los poderes deberes a que se hace referencia “derivan de la procreación como instituto natural” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1975-94). (voto N° 382-2003 de las 10:20 horas del 30 de julio de 2003).”

En definitiva, la Sala ha reconocido que frente al deber del padre de asumir las obligaciones que el ordenamiento le impone respecto de sus hijos e hijas, existe el consiguiente derecho de ejercer esa paternidad, demostrando en juicio que la declaratoria o el reconocimiento pretendido no es falso y acreditando todas aquellas situaciones que lo hacen posible, según la ley, en los términos ya explicados. En este caso, el dictamen de paternidad, emitido por la Sección de Bioquímica del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, concluyó en una paternidad prácticamente probada, del actor ... respecto del menor El actor señaló la negativa de la demandada ..., a que él procediera a reconocer al menor. Dentro de los hechos acreditados resalta la circunstancia de que, efectivamente, tan solo a poco más de tres meses del nacimiento del menor -el 11 de diciembre del 2002-, el actor presentó esta demanda -21 de marzo de 2003-; siendo que el reconocimiento gestionado ante el Registro Civil, por los codemandados, se dio un día después de que la codemandada ... fuera notificada de esta acción (folios 9 y 16). De los testimonios ofrecidos por la parte demandada, se concluye que el demandado, en una loable decisión, aún conociendo que ... no era hijo biológico suyo, lo reconoció como tal, ejerciendo sobre él, una verdadera posesión notoria de estado. Mas por la forma en que se sucedieron los acontecimientos, es claro que la acción de los codemandados, constituyó voluntaria y decididamente el impedimento para que fuera el actor quien ejerciera esa posesión, habida cuenta del conocimiento que tenían sobre la existencia de esta demanda y que el

actor era biológicamente el padre de Así las cosas, la acción de los demandados, resulta contraria a la buena fe y al fundamental derecho del niño de ser cuidado por su verdadero papá (artículo 2 del Código de Familia), el demandado, quien con el establecimiento de esta demanda ha demostrado su interés de ejercer tal rol y no se advierte en el expediente circunstancia alguna de que tal declaratoria le repare algún perjuicio al menor; por lo cual concluimos que, en este particular caso no es posible dar preeminencia a la posesión ejercida por el demandado ..., respecto del derecho del actor a que se declare que ... es hijo suyo.

SIMULACIÓN RELATIVA SUBJETIVA REAL VOTO N° 2007-000045

De las 9:50 hrs. del 26 de enero de 2007.

I. ANTECEDENTES. La señora ... y el señor ... contrajeron matrimonio el 24 de septiembre de 1983. De esta relación nacieron ..., ... y ... todos de apellidos El 25 de mayo del año 2001, doña ... formuló proceso de divorcio, simulación y declaratoria de ganancialidad, contra su esposo y la madre de éste. Subsidiariamente pidió la separación judicial. Solicitó el divorcio por la causal de sevicia y se declarara: Por simulado el traspaso por medio del cual la señora ... adquirió la finca del Partido de San José, folio real matrícula número 078768-0003; y su derecho a ganancialidad sobre ese bien. La guarda, crianza y educación de los hijos e hija, le correspondía a la madre. El pago de daños y perjuicios. Por el daño físico, patrimonial y psicológico la suma de un millón de colones por cada uno. Invocó la causal de ofensas al solicitar la separación judicial. Ambas costas a cargo del y la demandada (folios 9-14). El señor ... y la codemandada ... contestaron negativamente la demanda y rechazaron la simulación que se les atribuyó. Opusieron las excepciones de falta de legitimación activa, la litis pendencia y la de sine actione agit (folios 26-34). La litis pendencia fue denegada interlocutoriamente (folios 673-674, tomo III). El juzgado declaró con lugar parcialmente la demanda, decretando la disolución del vínculo matrimonial entre don ... y doña ...I, con base en la causal de sevicia. Concedió daños y perjuicios. En cuanto los físicos y psicológicos obligó a don ... a su pago; condenando

los ocasionados con la simulación a ambos co-demandados, difiriendo su liquidación en ejecución de sentencia. La guarda, crianza y educación de la persona menor ... la confirió a la madre. Estimó que la adquisición del inmueble del Partido de San José, folio real 78768-003 por parte de la co-demandada ..., lo fue actuando como interpuesta persona del señor ..., configurándose la simulación relativa subjetiva real. Sobre los bienes que se constaten en el patrimonio del otro cónyuge y respecto del inmueble en cuestión, concedió derecho a la actora a participar en el 50% del valor neto, dado su naturaleza de ganancial (lote y construcción) y respondiendo por la satisfacción del derecho de crédito. En ejecución de sentencia se determinará la cuantía de la participación. Estimó innecesaria la declaratoria de nulidad del traspaso a la co-demandada ..., pues el bien saldría de su patrimonio, lo cual agravaría la situación de la actora. Excluyó como ganancial el cielo raso, la pintura interna de la vivienda y las verjas. Esas mejoras y las que en ejecución de sentencia se determinen, efectuadas posteriormente a la separación conyugal, aprovecharán únicamente a la demandante. Dispuso conservar a favor de doña ..., el derecho a recibir alimentos de parte de don Condenó en costas procesales y personales al codemandado y a la codemandada (folios 808-839). La demandada y demandado apelaron el fallo (folios 844-846). El órgano de alzada confirmó lo resuelto (folios 851-855).

II.- RECURSO DEL DEMANDADO Y DEMANDADA.

Ante esta Sala la demandada y el demandado, impugnan la sentencia dictada por el tribunal por razones de forma y fondo. Por la forma reclaman quebranto del artículo 330 del Código Procesal Civil, por incorrecta apreciación de las probanzas, con trasgresión de la sana crítica racional. Reprochan la valoración de la prueba testimonial, restándole credibilidad por contradictoria. Cuestionan la declaración de don ..., por afirmar que el lote se compró a ..., cuando lo fue a la señora También la objetan al manifestar que por el pago del terreno se entregó un vehículo, una motocicleta y bicicletas; así como el haber figurado como fiador y realizado préstamo de dinero al co-demandado ... para terminar la hechura de la vivienda. Consideran inconsistente que luego manifestara desconocimiento, de dónde se tomó el dinero para la

construcción. Respecto de la testigo ..., cuestionan su versión al declarar que su abuelo le prestó dinero a su padre y que en pago por la compra del lote se entregara un vehículo. Aducen que en contraposición de esas declaraciones, está demostrado que tanto la señora ... como don ... no han sido propietarios del inmueble y en la escritura de compra-venta y ante el Registro Público, se determina que la compradora lo fue la señora Reprochan la apreciación del órgano de alzada al establecer por vía de indicios la insuficiencia de recursos económicos de la señora ..., imposibilitando la adquisición del inmueble y la construcción de la vivienda, dejando de analizar que contaba con su propia empresa. Por razones de fondo, reprochan que en el elenco de hechos no probados, se estableciera que no se desvirtuó la presunción de ganancialidad sobre el inmueble y que la actora tuviera conocimiento de la verdad registral. Reclaman que el fallo omite valorar que la señora ... es dueña de otra finca, como es la número 145445-000 y de la que está en discusión, con lo que se acredita que cuenta con dos fincas. Señalan que aportan documentación acreditando que la co-demandada ... es quien cancela los impuestos territoriales y municipales. A criterio del y la recurrente es subjetiva la valoración de la condición económica de la co-demandada ... para la adquisición del inmueble discrepando de ese análisis. Señalan que en el proceso de desahucio se estableció pericialmente el valor del terreno, fijándolo en el monto de un millón ochocientos cincuenta y dos mil colones y ante esa situación no se está discutiendo un bien cuyo valor sea de cien millones de colones. Sostienen que en la causa penal se dictó sobreseimiento, declarándose que no existió simulación. Caso contrario en esta vía careciendo de competencia y siendo cosa juzgada, se declara la ganancialidad del inmueble y la simulación. Le restan credibilidad a los testimonios de ..., estimando que no quiere a su padre, por estar separado de su madre; y de don ..., por su parentesco y con su declaración protege a su hija. Argumentan que no presentaron como testigo a la vendedora del inmueble por cuanto ya falleció, con lo que se habría demostrado que la co-demandada ... fue quien efectuó el pago de la venta. Alegan falta de correlación entre la acusación y la sentencia, dándose quebranto de lo dispuesto en el Código Procesal Civil. El fallo omite valorar el papel de doña ..., quien como madre ayudó

a su hijo y vio la oportunidad en comprar el inmueble, invirtiendo sus ahorros. Tampoco se valora que la demandada a su edad no hace diferencia en las áreas de la finca adquirida y sólo le permitió a su hijo y su grupo familiar vivir en su vivienda. El desalojo se pidió cuando la relación entre don ... y doña ... terminó. Con base en esas consideraciones, solicitan se declare con lugar el recurso y se anule el fallo disponiéndose la remisión para la nueva substanciación del proceso (folios 877-898).

III.- SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN POR RAZONES FORMALES. Analizado el caso concreto esta Sala estima, que los reproches invocados no constituyen motivos que autorice el recurso de casación por la forma, por cuanto los mismos no se encuentran dentro de los supuestos enumerados en el artículo 594 del Código Procesal Civil. No puede ni siquiera admitirse la tesis de que se denegó prueba admisible (supuesto del inciso 2), de ese numeral). No obstante esos agravios invocados por la forma cuestionan aspectos sobre la apreciación de las pruebas, por lo que se analizarán por razones de fondo.

IV.- LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN ESTA MATERIA. El artículo 8 del Código de Familia, reformado por la Ley número 7689 del 21 de agosto de 1997, establece: "Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares conocer de toda la materia regulada por este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil. Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración".

V.- SOBRE LA SIMULACIÓN Y SU PRUEBA. El aspecto práctico más llamativo en esta materia es el de la dificultad de la prueba de la simulación. Exige un esfuerzo imaginativo y hasta un cierto instinto, imponiendo a los jueces (as) una tarea de mayor delicadeza. La simulación supone ya la confección artificiosa de una apariencia, destinada a ocultar la realidad que la contradice. Por ello mismo, el negocio simulado corrientemente está adornado de todos

los requisitos externos de legalidad y seriedad (p. ej, constancia en escritura pública, inscripción en Registros) y se han borrado con cuidado las huellas de la simulación. Se crea así una apariencia de firmeza difícilmente quebrantable (DE CASTRO Y BRAVO) (Federico). El Negocio Jurídico. Madrid. Ed. Civitas, 1985, p. 366. La simulación no suele dejar huellas materiales, la simulación es una conducta muy intelectualizada, lo que obliga a un mayor afinamiento de los instrumentos heurísticos empleados para demostrarla "gran parte de la sustancia simulatoria se impresiona en áreas no físicas, sino mentales". Evidentemente, dado que normalmente es difícil de encontrar prueba directa en la simulación, hace que las presunciones tengan una importancia superlativa en esta materia, reconociéndoles su capacidad de crear en el juez (a) una convicción plena y absoluta de la apariencia del negocio. Debe abandonarse en este campo, la hipovaluación que se ha hecho de las presunciones e indicios. En otros términos, el juez (a) al momento de conocer la simulación debe aplicar una "técnica presuncional", que le permita demarcar y definir el "síndrome indiciario de ésta". En ese sentido MUÑOZ SABATE (L). La Prueba de la Simulación. Semiótica de los Negocios Jurídicos Simulados. Barcelona. Ed. Hispano Europea. S.E., 1972, p. 163. En cuanto a la carga de la prueba la doctrina ha establecido que modernamente parece abandonado el rancio aforismo romano de que al actor (a) incumbe la carga de la prueba; pues dicha carga no depende solamente de la posición de las partes en el litigio, sino de los hechos afirmados por las mismas. Actualmente se considera que la carga de la prueba de los hechos constitutivos y convalidativos del derecho cuyo reconocimiento se pretenda, pesa sobre el litigante que afirma su existencia; en tanto que la prueba de los hechos extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos, gravita sobre aquel que los invoca, sea le corresponden al litigante al que los hechos constitutivos o convalidativos perjudican. Es decir, "...tanto el actor (a) como el reo prueban sus respectivas afirmaciones. La carga de la prueba se reparte entre ambos litigantes, porque ambos deben deparar al magistrado la convicción de la verdad de cuanto dicen (op.ult,cit, págs 245-246). El tratadista DEVIS ECHANDIA (Hernando) en cuanto a la carga de la prueba en los procesos sobre simulación o nulidad

de contratos, señala: “La distribución de la carga en estos procesos es una misma, sea que la simulación o nulidad aparezca alegada como pretensión o como excepción, pues...la posición procesal de las partes no altera la regla... Si una de las partes pretende hacer valer el contrato y la otra alega su simulación o su nulidad por causas que no surgen de él, aquélla tendrá la carga de probar su celebración con las formalidades exigidas por ley para su validez... y ésta la de probar los hechos impeditivos de su validez o que configuran su simulación”. Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires. Zavalia Edictor. 6ª edición, tomo I, 1988, pp. 506-507. Por otra parte, es menester indicar que el papel del Juez (a) en los procesos por simulación es vital, pues debe estimar discrecionalmente los elementos constitutivos de la simulación en cada caso, teniendo en consecuencia una libertad amplia en la apreciación de la prueba, pues en estos procesos los elementos de convicción están constituidos casi exclusivamente por presunciones. El juez (a) ha de ponderar el conjunto de circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores de cada caso y apreciarlo con soberana facultad, para interpretar el animus. En suma como afirma Mosset Iturraspe “El juez no puede ser un convidado de piedra en una acción de tal índole; una víctima del “arrepentimiento simulado”. El conocimiento pleno del proceso simulatorio y, por ende, de la causa simulando, es el único que le permitirá evitar el “nuevo engaño” cuyo destinatario es la propia justicia. Tales consideraciones tienen consecuencias no sólo respecto de la apreciación de la prueba, sino también en lo que hace a la actividad del juez para desentrañar la verdad”. Citado por JINESTA LOBO (Ernesto). La Simulación en el Derecho Privado. Escuela Judicial. 1990, p. 162. Respecto a la prueba de simulación por terceros, éstos pueden probar por todos los medios probatorios a su alcance. Las razones que se dan para ello son: se encuentran en imposibilidad de procurarse prueba documental. Para los terceros la simulación es un hecho. Tales razones encuentran suficiente fundamento en la doctrina “Los terceros, es decir, quienes no han sido partes en el acto simulado -ni directamente ni por mandatario, no siendo tampoco, sucesores universales de los contratantes-, a fin de demostrar la simulación que para ellos no es más que un hecho, están facultados para emplear

siempre la prueba testimonial y presuncional, por su imposibilidad de obtener la prueba literal; los terceros no pueden presentarse en el momento en que se conjura secretamente en su contra, a exigir a las partes el contradocumento, ya que la ficción fraudulenta es siempre realizada a sus espaldas”. Camara, citado por Jinesta Lobo (Ernesto), op.cit, p. 181.

VI.- SOBRE LA SIMULACIÓN RELATIVA SUBJETIVA

REAL. Al celebrarse un negocio jurídico, es posible que se interponga un sujeto con el fin de ocultar al verdadero (a) interesado (a). Esta persona que se le llama intermediario, sirve de puente o eslabón entre los sujetos que quieren conseguir los efectos de un acto jurídico. Esta situación genérica que se le denomina “interposición de persona”, debe reunir dos características: a) Que la persona interpuesta se coloque entre los dos sujetos que deben vincularse directamente en el negocio, o entre los que recae el beneficio patrimonial del mismo, sin que tenga un interés personal en el negocio y, b) Esa persona interpuesta tiene como función ocultar al verdadero dueño del negocio que quiere permanecer desapercibido. Podemos distinguir dos formas de interposición: la interposición de persona ficticia, que pertenece al campo de la simulación, y la interposición de persona real que no pertenece al ámbito de la simulación. Entre otras palabras el intermediario puede intervenir en el negocio, como parte efectiva, entablado la relación jurídica en su propio nombre y convirtiéndose en titular de los derechos y obligaciones que se derivan del mismo, para luego -inmediatamente- transferirlos al dueño del negocio, que se ha mantenido apartado del negocio; o bien por pura apariencia, como parte ficticia, cuando en realidad se establece directamente entre la parte oculta y la ostensible. La interposición ficticia de persona: Esta que es la simulación relativa subjetiva, se ha descrito diciendo: “La interposición consiste en la inserción de un intermediario ficticio en una relación jurídica que surge o está destinada a realizarse entre otras personas. La persona interpuesta es el vehículo a través del cual el efecto jurídico debe transferirse al patrimonio del interesado real. Su función es de ocultar la personalidad del verdadero titular, de la parte contratante”. En el mismo sentido MESSINEO señala que en la interposición ficticia de persona,

“... el contrato se estipula en apariencia con una persona que se llama interpuesta o bien se denomina prestanombre, testaferro, hombre de paja; pero en realidad se estipula con otra persona que permanece oculta y que se suele llamar personal real”. En doctrina se han señalado como requisitos de la interposición ficticia los siguientes: a) que haya dos o más personas a quienes interese la realización de un determinado acto jurídico; b) que todos o algunos de los interesados no quieran o no puedan directamente realizarlo; c) que exista un intermediario por medio del cual se realice, y con el cual los interesados establezcan aparentemente relaciones jurídicas, y d) que el intermediario no tenga interés propio en el negocio. Para que exista la interposición simulada, no basta el acuerdo entre el interponerte y el testaferro, se requiere la participación de la otra parte, sin el consentimiento de ésta última se tendría un propósito unilateral de simulación pero no simulación. En ese sentido se afirma que “para eludir prohibiciones legales tocantes con la capacidad de las partes, se recurre a una operación triangular, mediante la interposición de un testaferro un hombre de paja, quien sin tener interés en el negocio, se presta a desviar los efectos de este, primeramente hacía sí, para luego trasladárselos, mediante otro acto, a quien verdaderamente está llamado a recibirlos. En cuanto a la interposición real de persona: Esta figura es extraña a la simulación, y no debe confundirse con la interposición ficticia de persona. La persona interpuesta real adquiere efectivamente el derecho y después lo vuelve a retransmitir al verdadero interesado, es decir obra como un intermediario efectivo y no ficticio o fingido (En ese sentido citando a Ferrara y Mosset Iturraspe (J), véase a LOBO JINETA (Ernesto), op.cit, ps 98 y 99). Señala FERRARA que “El intermediario real actúa como un verdadero contratante en el negocio jurídico: la relación, en lugar de desenvolverse entre las dos partes se desenvuelve entre tres personas, quedando el intermediario colocado en medio de ellas para recibir y volver a transmitir, o para obligarse y ser exonerado de su obligación. El último efecto del negocio jurídico se producirá entre los verdaderos interesados; pero antes es preciso que pase por la persona interpuesta, la cual, transitoria, pero necesariamente, debe adquirir para su patrimonio la propiedad o los créditos resultantes del contrato y las responsabilidades o deudas correlativas. Durante esta etapa transitoria se convierte en

propietario como se convierte en deudor; pero lo uno y lo otro realmente, aún cuando desde el punto de vista económico no pueda decirse que su patrimonio se aumente o disminuya, que es lo que en parte ha hecho creer que se trataba de un titular aparente”. Cabe añadir que la persona interpuesta real puede ser un mandatario en nombre propio o un fiduciario. La doctrina ha considerado las siguientes condiciones para que surja la interposición real: a) Existencia de tres personas, una que se presta a formar, en su propio nombre, el vínculo que interesa en realidad a otra que permanece ajena al contrato; y b) Acuerdo entre el interponerte y el interpuesto, para determinar cómo ha de usar el intermediario del efecto jurídico que obtiene en nombre propio. Como consecuencia de la primera condición tenemos que la persona interpuesta debe ser capaz jurídicamente, los vicios de la voluntad deben observarse en él y no en el interponerte. Como efecto de la segunda, resulta que no es necesario que el tercero conozca la cualidad de persona interpuesta de quien se encuentra frente a él. Los efectos son que la persona interpuesta se convierte en propietario y acreedor, teniendo pleno ejercicio de tales derechos, siendo válidas las enajenaciones hechas a terceros, aún cuando éstos conozcan su cualidad, pues emanan de titular legítimo. Los derechos y bienes a él transmitidos engrosan su patrimonio, constituyendo garantía para sus acreedores personales, y en caso de quiebra forman parte de la masa quedando el interponerte como mero acreedor quirografario. Las semejanzas y diferencias entre la interposición ficticia y real: Ambas tratan de ocultar al interesado -el que busca para su patrimonio los efectos jurídicos del acto-, asimismo las dos figuras, se sirven de una persona interpuesta entre las verdaderas y reales partes. La primera no implica transmisión efectiva de derechos al haber un polo de interés ficticio, en tanto que la segunda sí por ser real, por lo que el interesado puede reivindicar en la primera y sólo reclamar daños y perjuicios en la segunda. La persona interpuesta real es parte en relación jurídica, la interpuesta ficticia sólo coopera materialmente no siendo parte de la misma. En la ficticia el enajenante conoce la interposición de persona y supone un acuerdo tripartito, en tanto en la real el tradens ignora la interposición por lo que existe un acuerdo bilateral (sin que por usar el término acuerdo se piense que es un tipo de simulación). (op cit., pp. 104-105).

VII.- EN CUANTO A LA ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL CASO CONCRETO.

El y la recurrente reprochan la valoración de la prueba testimonial, por estimarla contradictoria. Para analizar la procedencia o no de los agravios, lo pertinente es proceder a analizar esos testimonios, con los restantes elementos probatorios constantes en el expediente. El ..., dijo: “Deseo decir que ... compró un lote durante el matrimonio, a un señor de nombre Como pago le dio un carro Toyota y unas bicicletas. No se si le daría dinero en efectivo. Por cierto, ... me dijo, “suegro ahora sí, aquí tiene casa para su hija y sus nietos”. De eso me acuerdo como ahora. Creo que habían nacido dos hijos cuando se compró el lote. La casa se construyó cuando había nacido el tercer hijo. Que yo sepa en ese negocio de comprar el lote y la construcción nunca tuvo que ver mi consuegra ... pues mi yerno no me dijo nada. Mas bien, yo le presté dinero para que terminara la casa. Yo le presté creo que fueron diez o veinte mil pesos de aquél tiempo. Me los pagó. Lo que se construyó fue una casa con tres dormitorios, sala, comedor y cocina. Pero, la dejaron sin verjas y cielo raso. Yo le ayudé a mi hija a poner eso que faltaba y a pintarla toda por dentro. Para esa época en que yo le ayudé a ella a poner las verjas, cielo raso y a pintar la casa, ya ellos estaban separados. Que yo sepa, ... no ha invertido dinero en esa propiedad. ... tampoco ha vivido ni visitado la casa. Desde que la casa se construyó, sólo el matrimonio ha vivido ahí es decir mi hija y su familia. Actualmente en esa casa vive ... y los tres hijos. Las verjas y el cielo raso de la casa, se hicieron con un dinero que aportó ... y otro dinero que le di yo. En esa época ... estaba trabajando. No sé de dónde tomaron dinero para construir. Para comprar el lote ellos dieron un carro, una moto y unas bicicletas. Ellos dieron todo eso a cambio del lote. Esos bienes son producto del matrimonio. Yo le serví de fiador a ... en el Banco de Aserrí para comprar un carro para “piratear”. No recuerdo cuándo fue eso, si antes o después de la casa. Luego me dí cuenta que el carro no lo sacó a nombre de él, más bien creo que fue a nombre del hermano...La pareja vivió primero en la casa que está junto a la mía; luego vivieron en San Miguel y después se pasaron a la casa de ..., es decir, esa casa que se está discutiendo. No recuerdo el precio del lote y la construcción. Nunca me dijeron el precio. Ahorita no

recuerdo en qué año se compró el lote y se construyó la casa. Eso fue poco tiempo después de casados, tal vez uno o dos años. En realidad no recuerdo exactamente la fecha. En ese tiempo, ... trabajaba con la mamá en un taller de artesanía de yeso. Hacían pasitos y adornos de portal. Esa era una mediana empresa familiar...Me consta que ... fue taxista pirata. ... dejó de trabajar con la mamá y se dedicó al taxi. Cuando ocurre la separación ... se fue a vivir donde la mamá un tiempo; ahí dormía pero, ya después se fue definitivamente donde la otra señora...Los bienes, sean el carro, la moto y las bicicletas, estaban en buen estado, pues el señor ... se las recibió en pago del lote” (lo destacado y subrayado no es del original, folios 700- 704). Se cuestiona el haber manifestado que el lote se compró a ..., en contraposición con la escritura pública e inscripción registral, que lo fue a la señora Además, se objeta su declaración al afirmar que por el pago del terreno se entregaron un vehículo, una motocicleta y bicicletas; así como el haber figurado como fiador y prestado dinero al co-demandado ... para terminar la hechura de la vivienda. Tales cuestionamientos no le restan credibilidad al testigo. Todo lo contrario, en los términos en que rinde su declaración, revela que manifestó lo que realmente le consta y de manera espontánea. De haber sido un testigo aleccionado y complaciente, fácilmente pudo referirse a lo que formalmente consta en documentos. Con la contestación a la demanda, la demandada y el demandado aportaron copias certificadas de varios procesos judiciales. Analizada esa documentación y las declaraciones rendidas en esos procesos, se establece que el testigo no faltó a la verdad y su versión no es contradictoria. En el expediente número 00-100095-237-CI, tramitado en el Juzgado de Menor Cuantía de Desamparados consta que la aquí actora ..., al contestar el hecho 1° de esa otra demanda, manifestó “...Cierto en cuanto a que se encuentra inscrita a su nombre pero no es cierto que sea de su propiedad ya que la misma la adquirimos mi esposo y yo dentro del matrimonio, como lo demostraré más adelante del señor ..., quien era su propietario no obstante que éste la tenía a nombre de su madre y fue ella quien formalizó la venta, por lo que actualmente hay un juicio planteado en contra de la aquí actora ante el Ministerio Público por simulación...” (Lo destacado y subrayado no es del original, folio 68,

tomo I). En el proceso de pensión alimentaria tramitado bajo el expediente 00-700084256-PA3, esas aseveraciones la ratificó el señor ..., declarando: “La propiedad donde reside doña ... es propiedad de don ... lo que se porque yo le vendía (sic) a él. La propiedad que yo le vendí estaba a nombre del mi mamá y no recuerdo a nombre de quién quedó la escritura de traspaso pero se la vendí a don ...” (lo destacado y subrayado no es del original, folio 213). Efectivamente se acredita que el inmueble fue negociado por don ... con el dueño real (don ...) y no con la vendedora formal (...). Queda establecido que en la venta participó de forma activa y real el co- demandado ...y no su madre Esto concuerda con lo manifestado por el testigo cuestionado ... “Que yo sepa en ese negocio de comprar el lote y la construcción nunca tuvo que ver mi consuegra ... pues mi yerno no me dijo nada”. Tampoco existen motivos razonables para dudar de la forma de pago del precio de la venta por cuanto el testigo declaró lo que le consta, pues de seguido dijo “No sé si le daría dinero en efectivo”. La misma situación se presenta cuando manifestó que no sabe de dónde se tomó el dinero para la construcción. Tómese nota que el testigo fue enfático al declarar que prestó dinero para que terminara la casa, desconociendo de dónde se tomó dinero para construir, no existiendo contradicción al contestar la repregunta, que hace referencia al financiamiento de todo el proceso de la construcción, lo cual desconoce, pues su auxilio lo fue para terminar la construcción. Bueno es señalar que usualmente los testigos no tienen el deber de dar con precisión cronométrica los datos de los hechos que están deponiendo, sino que lo que interesa es que conozcan por propia impresión de los hechos más relevantes de tal manera que dejen al juzgador (a), méritos suficientes para la apreciación de sus testimonios y así darle el justo valor y pueda tomar la determinación en que sustente su fallo. En cuanto a la testigo ..., cuestionan su declaración al referirse al préstamo de su abuelo a su padre y que en pago por la compra del lote se entregara un vehículo. En los agravios no se indican con precisión las razones para objetar su testimonio. Sin embargo, lo relevante de su declaración es que viene a ratificar que cuando se construyó la vivienda acompañaba a su padre en la construcción y que desde hace catorce años la habitan como dueños. Puntualiza que su abuela ... nunca ha tenido

intervención en la casa y una vez los visitó porque su padre la envió a comunicarles que no convivía con la otra señora y nunca ha invertido en la vivienda. Como hija en común viene a corroborar la versión del anterior testigo al manifestar: “Además, mi papá...Dice que estoy influenciada por mi mamá y que ella quiere la casa para meter hombres. Mi papá dice que pelea la casa para sus hijos y mi mamá dice lo mismo. Nosotros hemos vivido ahí. Nosotros vivimos un tiempo en Jacó pues mi tía se fue del país y estuvimos en ese lugar de ella. Luego vivimos en San Miguel. Mi abuelo le prestó plata y mi papá dio un carro para comprar el lote. Cuando estaban construyendo la casa recuerdo que yo me iba a dormir con mi papá a la construcción. Mi mamá y yo nos dimos cuenta que mi papá puso el bien a nombre de la mamá. Por eso fue que todo esto inició. Es obvio que es de mi papá esa casa pues nosotros tenemos como catorce años de vivir ahí. Hasta cuando se separaron nos dimos cuenta que estaba a nombre de mi abuela. Nunca vivimos en esa casa como alquilada o algo así; siempre la hemos visto como la casa nuestra. Para mí, mi cuarto es lo más preciado que tengo. Yo veo que mi papá vive en una casa con otra señora...El carro que mi papá dio para comprar el lote, era el carro de la familia; en ese carro andábamos todos...Mi abuelita ... nunca ha tenido intervención en la casa. Recuerdo que una vez nos visitó pero fue porque mi papá la mandó a decirnos que él no estaba con la querida. Mi abuelita nunca ha pagado ningún gasto de la casa. Hay un cuentón en la Municipalidad que mami no puede pagar porque no tiene plata. La casa no estaba pintada, no tenía cielo raso y le puso la división de la sala y la cocina. Mi mamá le puso verjas pues se nos metieron a robar tres veces. Esas cosas que se le metieron a la casa fue un esfuerzo de mami y mi abuelo materno. Las reparaciones a la casa se hicieron cuando mi papá ya no estaba en la casa. Desde que se fue de la casa, mi papá se fue donde la mamá pero, ya después se fue donde la querida...” (folio 706-709). Tampoco le resta valor probatorio a los testimonios por su parentesco con las partes, por cuanto es permitido legalmente darle valor a sus testimonios, y con mucha más razón en este caso en que resultan personas que convivieron y conviven con las partes, por lo que tienen conocimiento de los hechos y su valoración se realiza conforme con lo dispuesto en el artículo 8 del Código de Familia. Para

esta Sala, la circunstancia de la existencia de la venta del inmueble en escritura pública e inscripción en el Registro Nacional, a nombre de la co-demandada ...; no es óbice para determinar su ganancialidad, pues las probanzas acreditan la realidad en la adquisición del inmueble. Con esas probanzas y el conjunto de presunciones e indicios se logra desvirtuar lo que formalmente consta en esos documentos, pues la realidad acaecida en la adquisición del inmueble es otra. Las argumentaciones invocadas en ese sentido devienen en improcedentes. Como bien lo considera MUÑOZ SABATE (L) “ la circunstancia de que muchos de los negocios jurídicos simulados consten en escritura pública no es óbice para que no puedan atacarse y redarguirse de simulados empleando para ello cualquier instrumento o técnica probatoria, sin lastimar para nada el principio de la fe pública...”. (op, cit.pp 180-181). El reclamo sobre la utilización de la técnica de indicios y presunciones, para resolver la situación planteada, tampoco puede prosperar, pues el análisis y razonamiento efectuado por el órgano de alzada es acertado, valorando las pruebas en conjunto y utilizando correctamente la técnica indiciaria. Efectivamente, de los autos se deriva un marco indiciario y de presunciones que demuestra la realidad en la adquisición del inmueble y la construcción de la vivienda, para determinar su naturaleza ganancial, a saber: el estrecho parentesco entre la demandada y demandado (madre e hijo). La señora ..., no ha ejercido actos efectivos de posesión de ninguna índole, pues la vivienda se construyó cuando el señor ... convivía con la actora. Es importante destacar, que el bien litigioso no versa sobre cualquier inmueble, sino que se trata de la casa de habitación que ha sido el hogar de la familia, que todavía habita la actora, con sus hijos e hija. Para esta Sala es evidente que al interponer el co-demandado ... a su madre para la adquisición por compra del inmueble, tenía como claro objetivo el sustraer formalmente de su patrimonio la finca aludida, con el fin de tratar de hacer nugatorio el eventual derecho de gananciales de la actora. Resulta lógico y razonable que tanto la actora, hijos e hija desconocieran la situación registral antes de la notificación del desahucio administrativo que pretendía desalojarlos. Es importante destacar lo externado por la juzgadora de primera instancia, en cuanto a que el señor ..., ha adquirido otros bienes (vehículo) y no lo registra a su

nombre, siendo una situación similar a la que se presenta con el inmueble. Se acreditó que la negociación del inmueble se dio entre él y el señor ..., sin participación de su madre (folios 213 y 214). Así las cosas, al registrar la finca a nombre de otra persona de confianza (familiar cercano, madre) no tenía otro motivo don ..., como lo sería el poder disponer de ella y que, no ingresando en su patrimonio personal, la actora no pudiera alegar la naturaleza ganancial del bien. Se reprocha el análisis sobre la insuficiencia de recursos económicos de la señora ... y omisión que contaba con su propia empresa. Ha de señalarse que la posición que se asume ahora dista bastante de la fijada en otros procesos por la propia co-demandada ..., manifestando que su empresa era esporádica. Ahora se invoca se valore su bonanza económica. Cabe destacar que figurando como testigo en la pensión alimentaria dijo: “ Mi hijo no recibe ninguna ayuda mía, pero yo no tengo un negocio en donde trabajo es un cuarto y no se puede decir que es un negocio porque es esporádico...” (lo destacado y subrayado no es del original, folio 204). Ha de concluirse entonces que el análisis de ese aspecto hecho en la instancia precedente es acorde con la prueba e indicios constante en autos. En el recurso se señala que las juzgadores y juzgadoras de instancia omiten valorar que la señora ... es dueña de otra finca, como lo es la número 145445-000 y de la que está en discusión, con lo que se acredita que cuenta con dos fincas. Con la presentación del recurso la documentación no se presentó y tampoco fue ofrecida con carácter para mejor resolver para analizar su admisión, por lo que se deniega. En todo caso, los escritos y documentos presentados a folios 901-926, no se atienden por cuanto el Licenciado ... carece de poder. Por otra parte su presentación es extemporánea. En cuanto al agravio relacionado, sobre el sobreseimiento y declaratoria de inexistencia de simulación en vía penal; así como la falta de competencia para dilucidar la ganancialidad en esta vía, mediante cosa juzgada, debe denegarse. Tómese nota que sobre esos extremos el Tribunal no emitió pronunciamiento y la parte se conformó, al no ejercer, oportuna y debidamente, su derecho de gestionar adición y aclaración al fallo, operándose el principio de preclusión, no existiendo posibilidad de ser conocido ante esta Sala. En todo caso aún cuando existiera absoluta en la vía penal, no existe

impedimento legal para dilucidar la ganancialidad del bien en esta sede, por resultar independiente una de la otra. Por otra parte en la sede penal se remitió a dilucidar la situación a la vía legal correspondiente (folio 100). Se señala que se omite valorar el papel de doña ..., quien como madre ayudó a su hijo y vio la oportunidad en comprar el inmueble, invirtiendo sus ahorros. Ha quedado establecido que la negociación se hizo con el co-demandado Además no resultan creíbles las razones que se dan, sobre los motivos que la llevaron a adquirir la vivienda, pues en otro proceso la co-demandada ..., dio motivos distintos. Así en otro proceso dijo “no recuerdo para que, solo porque se presentó la oportunidad, la casa se hizo y yo no la habite sino que la habitó mi hijo con su familia” (lo destacado y subrayado no es el original, folio 205). Se sostiene en el recurso que en el elenco de hechos no probados, se estableció que no se desvirtuó la presunción de ganancialidad sobre el inmueble y tampoco ha demostrado la actora haya conocido de la realidad registral. Tómese nota que el tribunal eliminó el elenco de hechos no demostrados fijado por el juzgado, indicando “Lo que debe eliminarse es el hecho tenido por no demostrado, ello por cuanto se trata de un hecho negativo definido que no es necesario tenerlo de esa forma, ya que existe un hecho probado del hecho positivo inverso” (folio 853). Por tales razones se deniegan los agravios. Es importante reiterar la posición que ha mantenido esta Sala en que los juzgadores (as) con apego de los numerales 20 y 22 del Código Civil, “deben aplicar la norma que se intentó eludir, a saber, el numeral 41 del Código de Familia; reconociendo el derecho pretendido...” (Voto N° 950-2000 de las 8:30 horas del 24 de noviembre del 2000). En virtud de tales consideraciones, que son más que producto de la aplicación de criterios de lógica y de experiencia; la Sala concluye que lo resuelto por el tribunal en cuanto declaró de naturaleza ganancial el bien en cuestión está ajustado a derecho y al mérito de los autos. También con acierto se ha determinado que en este caso, ha operado la figura jurídica de la simulación relativa subjetiva real, al darse con la interposición de una tercera persona (la co-demandado ... (madre) del co-demandado ...) para ocultar un negocio jurídico. En consecuencia, las argumentaciones expuestas en el recurso en cuanto al quebranto del numeral 330 del Código Procesal Civil e incorrecta

valoración de las probanzas deben de ser desestimadas. Así las cosas, el recurso interpuesto por razones de fondo debe ser denegado, debiendo cargar la co demandada y codemandado con el pago de las costas.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso. Son las costas a cargo de quienes lo promovieron.

HABILITACIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO PARA EL EJERCICIO DEL NOTARIADO VOTO N° 2007-000045

De las 10:45 hrs. del 4 de julio de 2007.

I.- El licenciado ... impugna la resolución de la Dirección Nacional de Notariado, de las 9:00 horas, del 16 de agosto de 2006, que improbió la solicitud por él formulada, tendente a que se le autorizara en el ejercicio de la función notarial (folios 28 a 33). El licenciado ... se encuentra disconforme con la resolución de la Dirección Nacional de Notariado, aduciendo que su relación laboral lo es como abogado y no como notario, también expone que renunció al emolumento por concepto de dedicación exclusiva que percibía. Manifiesta que en la institución para la que labora no existe norma alguna que prohíba el ejercicio del notariado. Cumple con los requisitos estipulados en el Código Notarial para merecer la habilitación para el ejercicio del notariado. Advierte que ese Código establece la regla de que los funcionarios contemplados dentro del inciso f) del artículo 4 ídem, que laboren en instituciones en donde no se prohíba el ejercicio de notariado, se encuentran facultados para ese ejercicio sin que por esto se tenga que aplicar los requisitos excepcionales, pues estos son para aquellos profesionales que tienen prohibición en su centro de trabajo para el ejercicio de esa función. Reprocha que con la solución dada por la autoridad recurrida se violenta el principio de legalidad, dado que no es la Sala Constitucional la que puede crear ese tipo de excepciones sino la Asamblea Legislativa. Sostiene que no tiene prohibición para el ejercicio del notariado, toda vez que ha procedido a renunciar al

sobresueldo por dedicación exclusiva que devenga de su patrono y tendrá oficina abierta al público, la cual atenderá personalmente en virtud de que su jornada laboral lo permite. Por las razones expuestas, solicita revocar la resolución impugnada y declarar con lugar su habilitación como notario público (folios 36 a 42).

II.- De importancia para resolver la impugnación planteada se tiene por acreditado: 1) Que el licenciado ... labora en propiedad para el Patronato Nacional de la Infancia desde el 1 de enero de 2000; ocupando en la actualidad el puesto de Prof. Especialista B en Derecho y percibiendo un 55% sobre el salario por concepto de dedicación exclusiva por su desempeño como abogado (Certificación N° DRH.CED.226-2006 y oficio N° DRH.CED. 225.2006, ambos de 28 de junio de 2006, visibles a folio 3 y 4 respectivamente). 2) Que el Patronato Nacional de la Infancia no está sujeto al régimen de la Dirección General del Servicio Civil, encontrándose adscrito al ámbito de la Autoridad Presupuestaria del Ministerio de Hacienda (folio 3). 3) Que la jornada ordinaria del señor ... comprende los sábados, domingos y días feriados de las 8:00 a las 20:00 horas (folio 3). 4) Que en el PANI no existe ninguna norma, ley o reglamento que prohíba el ejercicio externo del notariado, fuera de la jornada de trabajo, en consecuencia, los profesionales en derecho contratados, solamente ocupan el cargo de abogados, no así el de notarios públicos (folios 3 y 4). 5) Mediante resolución de las 13:30 horas del 19 de febrero de 1996, la Corte lo autorizó para ejercer las funciones de notario público (folios 9 a 11). 6) Con vista en el Registro Nacional de Notariado, la Dirección Nacional de Notariado señaló a las 15:00 horas de 20 de julio de 2006, que el petente se encontraba cesante a esa fecha (folio 15). 7) En nota de fecha 28 de agosto de 2006, dirigida al Coordinador del Departamento de Recursos Humanos del Patronato Nacional de la Infancia, el licenciado ... renunció a partir del 1 de setiembre de ese año, al sobresueldo que percibía por concepto de dedicación exclusiva (folio 35).

III.- Mediante Ley N° 7764, del 17 de abril de 1998, se promulgó el Código Notarial, como la normativa especial destinada a establecer el conjunto de normas y principios reguladoras del correcto ejercicio de la función notarial. Antes del 6 de octubre de 1998, cuando entró en vigencia ese Código, la actividad del notariado

estuvo regulada por la Ley Orgánica del Notariado N° 39, de 5 de enero de 1943 y sus reformas. En tema a los impedimentos para el ejercicio del notariado, en los artículos 18 y 19, de esa ley, se disponía:

“Artículo 18.- Están legalmente impedidos para el ejercicio del notariado:...

...7° El que acepte empleo o cargo público incompatible con las funciones del Notariado.

Artículo 19.- Aun cuando sean notarios, no pueden ejercer el notariado los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales. Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los magistrados suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los municipales y apoderados municipales, y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldo sino dieta.

El notario que aceptare cargo o empleo incompatible con el ejercicio del notariado, cesará en sus funciones de notario...”

En esos términos y salvo las excepciones mencionadas por la misma norma, quienes laboraban en los poderes Ejecutivo y Judicial y en las Municipalidades, estaban impedidos de ejercer la función notarial. Contra esa disposición fueron establecidas varias acciones de inconstitucionalidad, las cuales fueron desestimadas por la Sala Constitucional al encontrar justificado y razonable el impedimento para el ejercicio conjunto de un cargo dentro del sector público y otra función de naturaleza también pública. En ese sentido resulta de cita obligada, lo dispuesto y reiterado entre muchos otros, en el Voto de esa Sala, N° 649- 93 de las 14:45 horas, del 9 de febrero de 1993, en el que sobre esa incompatibilidad se indicó: “II.-Debe tenerse presente la naturaleza de la función Notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública, recogida en alguna medida por la propia Ley Orgánica de Notariado, cuyo artículo 3, dispone “La persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública”. Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado, de modo que en su forma de ejercicio independiente, se liga a la norma del artículo 17 de la misma ley, que obliga a los notarios a tener

oficina abierta al público. Y tiene sentido mandarlo así, porque al ser el notariado una autorización privilegiada a determinadas personas, es una condición razonable y lógica la de que el Notario debe estar disponible a prestar el servicio, por medio de una oficina abierta al público. Incluso por la naturaleza de esta profesión, el Notario no puede excusar el prestar servicio a ninguna persona, tal como en situaciones calificadas se le permite al abogado, ya que el especial énfasis de su función es “asesorar”, “interpretar” y “autenticar”, lo que las partes desean llevar a cabo por su medio, sin que pueda o deba sentirse inclinado a favorecer a alguna de ellas. Del Notario se exige, entonces, contrariamente a lo que sucede en el caso del abogado, que sea neutral, objetivo, y que actué dando fe de lo que en su presencia se acordó en beneficio de las partes que comparecen ante él y no de una sola de ellas. Ahora bien: si debe tener oficina abierta al público y estar disponible a la prestación del servicio, por el tipo de función que ostenta, no se concibe cómo pueden coincidir en el tiempo la prestación de servicios a la administración pública (como tal servidor público) y el ejercicio de la función notarial, que a su vez implica tener una oficina abierta, en la que no podrá estar presente la mayor parte del tiempo. Desde el ángulo estrictamente jurídico es imposible encontrar conciliación en la prestación del doble servicio: uno, la prestación del servicio al Estado, como funcionario de planta, que implica dedicación, simultáneamente con otro, el ejercicio de la función notarial (revestida de un carácter igualmente público), en una oficina diferente, abierta a una clientela, pero que, asimismo, de principio, implica dedicación a ella, pues requiere el despliegue de actividad adicional fuera de la oficina profesional. Y debe agregarse más: no solamente hay imposibilidad de tipo material para simultáneamente estar prestando un servicio al estado -como funcionario del planta- y ejerciendo libremente la profesión del Notariado, sino que hay de por medio un problema ético, pues de acogerse una tesis facilitadora de lo anterior, habría una tentación poderosa para diferir asuntos de la llamada “cosa pública”, en beneficio de los que atañen al fuero personal del abogado-funcionario, a la manera de una colisión de intereses, que ciertamente debe evitarse con un criterio restrictivo, a propósito de que cada día

se percibe una actitud más y más acomodaticia en este campo.- III.- Ciertamente, en esta acción no se cita el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero es notable la identidad gramatical que tiene con el artículo 19 impugnado, en lo que se refiere a la incompatibilidad de los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y municipalidades, para ejercer la abogacía, aun cuando sean abogados....

IV.- Ahora bien: lo que se ha venido considerando como una prohibición, debe entenderse más correctamente como una incompatibilidad, ya que lo que se pretende evitar es una situación de conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función - que también es pública- como es la de Notario. Esta incompatibilidad es insoslayable, si tenemos en cuenta que la función pública merece protección y así incluso se ha estimado de siempre, como que al funcionario público se le veda desempeñar otra función o trabajo, en el tanto pueda menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes, o comprometer su imparcialidad o su independencia. Esta tesis no es extraña al espíritu constitucional, tal como puede colegirse del principio de responsabilidad de los funcionarios (artículo 9), del principio-deber de legalidad (artículo 11), así como de la exigencia de que la administración pública funcione a base de eficiencia e idoneidad (artículo 191).- V.- Podría afirmarse, no sin razón, que lo más apropiado sería que en cada Ley Orgánica, o en cada estatuto institucional, se incluyera un elenco de incompatibilidades con la función pública, mas tal tesis sería de difícil consecución, por manera que tampoco es absurdo que en la Ley Orgánica de Notariado sea donde se incluya una incompatibilidad genérica. Ahora bien: según queda expresado, la Sala encuentra razonable un régimen de incompatibilidades para el funcionario público, porque, en el fondo, hay en la prestación del servicio público una exigencia moral por parte de la sociedad. Es obvio que de no existir una norma como la aquí impugnada, se correría el riesgo inminente de que se falte a la función pública (administrativa) o a la función notarial. Eventualmente a ambas, con perjuicio para la administración y también para los usuarios, lo que desde ningún punto de vista se puede aceptar” (énfasis agregado).

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Código Notarial, surgieron nuevas regulaciones en relación con el ejercicio del notariado. En lo que interesa, debemos referirnos a lo establecido en los artículos 4 inciso f), 5, 7 incisos a) y b); y 8 párrafo segundo, de ese Código. El primero de los numerales mencionados dispone:

“Impedimentos: Están impedidos para ser notarios públicos:

...f) Quienes ejerzan cargos en cualquier dependencia del sector público, incluso en las estructuradas según modelos organizacionales del Derecho Privado, en los que se les prohíba el ejercicio externo del notariado.”

“Artículo 5º- Excepciones.- Se exceptúan de la prohibición contenida en el inciso f) del artículo anterior:

- a) Las personas que laboren como docentes en entidades educativas.
- b) Quienes sean magistrados, jueces o alcaldes suplentes, cuando sirvan en tales cargos por menos de tres meses. Si las designaciones excedieren de este lapso, los notarios deberán comunicarlas a la oficina respectiva y, de inmediato, devolverán el protocolo con la razón correspondiente en el estado en que se halle.
- c) Los notarios de la Notaría del Estado y los funcionarios consulares, quienes se registrarán, en lo pertinente, por las excepciones resultantes de la presente ley y las disposiciones legales rectoras de estas dependencias.
- d) Los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las instituciones públicas y municipalidades, contratados a plazo fijo, excluidos del Régimen de Servicio Civil y que no gocen de sobresueldo ni compensación económica de ninguna clase por prohibición o dedicación exclusiva, siempre que no exista superposición horaria ni disposición en contrario, en la legislación reguladora del órgano o institución donde se presten los servicios (énfasis agregado).

Artículo 7.- Prohibiciones.- Prohíbese al notario público:

- a. Atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas de la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas estructuradas como entidades privadas, donde preste sus servicios;
- b. Autorizar en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dieta, actos o contratos jurídicos donde aparezcan como parte sus patronos o empresas subsidiarias. No obstante, podrá autorizarlos siempre que no cobre honorarios por este concepto.

Sin embargo, los notarios en régimen de empleo público podrán cobrar los honorarios correspondientes a los particulares, en los casos de formalización de escrituras relacionadas con los fondos de ahorro y préstamo que funcionan adscritos a cada institución, y no correspondan a la actividad ordinaria del ente patronal...

Artículo 8.- Cuando en los actos o contratos jurídicos en que sean parte el Estado, sus empresas, las instituciones autónomas y semiautónomas, sean autorizados por notarios que devenguen salario, dieta u otra remuneración de la institución respectiva, quien los autorice no podrá cobrar honorarios profesionales al Estado ni a terceros.”

Sobre la actividad notarial de los profesionales en derecho que prestan servicios en el sector público, se pueden observar los votos número 444- 00 de las 16:51 horas, del 12 de enero de 2000, y el 5417-03, de las 14:48 horas, del 25 de junio de 2003, en los que la Sala Constitucional reconoció que la contratación de servicios profesionales de abogado y de notario, puede realizarla la Administración Pública por dos vías: como servidores de la institución mediante un contrato laboral cuya remuneración será un salario, y la contratación de esos profesionales para que presten estos servicios en forma externa, mediante un contrato administrativo de servicios profesionales. Del examen de la normativa contenida en el Código Notarial, particularmente los artículos 4 inciso f), 5 inciso d), 7

inciso b) y 8, esa Sala también llega a concluir que: “De los artículos anteriormente transcritos puede llegarse a varias conclusiones que deben rescatarse para la resolución del caso concreto. De la interpretación a contrario sensu del artículo 4 inciso f) citado, se desprende que sí se permitiría el ejercicio externo de la actividad notarial a quienes ocupen cargos públicos si no hay prohibición alguna al respecto -y por supuesto se cumplan los demás requisitos establecidos en el Código (como la superposición horaria por ejemplo)... Asimismo, del artículo 5 inciso d) citado, logra desprenderse que los funcionarios públicos pueden ejercer el notariado siempre que reúnan los requisitos ahí establecidos, entre ellos, ser contratados a plazo fijo, que no estén dentro del Servicio Civil ni disfruten del pago de prohibición y dedicación exclusiva, que no tengan superposición horaria y que en la institución no se prohíba dentro de su legislación interna. Por su parte, del 7 inciso b) del Código Notarial se desprende por un lado que los notarios pueden recibir salario de la Administración Pública, instituciones descentralizadas y empresa públicas, y por otro, se pretende regular el ejercicio de los notarios de planta que pueden realizar la actividad notarial en asuntos de interés de sus patronos o empresas subsidiarias, siempre que no cobren honorarios por ello, lo cual es una consecuencia lógica pues se pretende evitar un enriquecimiento ilícito del notario que recibe un salario de la Administración. Lo anterior, es reforzado por el párrafo final del artículo 8 del Código Notarial que prohíbe el cobro de honorarios a los notarios que devenguen salario de una institución pública, con lo cual se reconoce una vez más la posibilidad de que se contrate a un notario bajo la modalidad de salario.

VI.- Sobre la directriz impugnada. De las conclusiones arriba apuntadas se observa que existe una gama de posibilidades y situaciones donde el funcionario público que a la vez es notario puede realizar interna y externamente la actividad notarial, siempre que reúna los requisitos establecidos en la legislación vigente.” -énfasis agregado- (voto N° 5417-03 de las 14:48 horas, del 25 de junio de 2003).

De la lectura de tales resoluciones se advirtió una nueva interpretación de las disposiciones de comentario,

según la cual, no existe una prohibición indiscriminada para que los funcionarios públicos puedan ser autorizados en el ejercicio de la función notarial, sino únicamente para aquellos que laboran en dependencias del sector público, incluso las estructuradas bajo las formas del Derecho Privado, en las que se prohíba el ejercicio externo del notariado, caso en el cual se ubicarían entre otros, los funcionarios del Poder Judicial, por así disponerlo su propia Ley Orgánica, en el artículo 9. Sí realiza el Código la expresa advertencia de que aquellos notarios, funcionarios de una institución, se encuentran limitados en el ejercicio cartular respecto a la institución para la que laboran, por las prohibiciones del artículo 7 del Código Notarial. Dentro de tales prohibiciones está la de no autorizar actos en los que la entidad patronal sea parte, a menos que no cobre honorarios, o que se trate de la formalización de escrituras relacionadas con fondos de ahorro y préstamo propios de la institución y que no corresponden a la actividad ordinaria del ente, en cuyo caso podrá cobrar los honorarios correspondientes a la parte. Pero además, en resguardo de la llamada cosa pública que abarca los bienes materiales e inmateriales pertenecientes a la Administración, esa misma norma prohíbe expresamente a los notarios que presten sus servicios a una entidad pública, atender asuntos profesionales de particulares en las oficinas donde labora, lo que en definitiva resulta una garantía de que los bienes públicos que la administración pone en manos de un funcionario para el desempeño de un cargo público, en beneficio de la colectividad, no resulten distraídos para el aprovechamiento de un desempeño profesional privado en beneficio particular del funcionario. Esta norma surge en resguardo de la ética en la función pública por la que todos debemos velar pero sobre todo los jefes de las distintas entidades, bajo cuyo mando, la ley delega la administración de los recursos humanos y materiales.

IV.- Sobre la materia, la Sala Constitucional emitió el voto N° 13672- 04 de las 18:33 horas, del 30 de noviembre de 2004, en el cual se retomó el tema de los servidores públicos y el ejercicio por parte de estos del notariado, al respecto manifestó:

“... de manera tal que podemos afirmar la existencia de tres tipos de situaciones:

a) Notario público bajo el régimen de empleo público: se trata de aquel notario que ha sido contratado por el Estado para que preste sus servicios notariales, bajo una remuneración salarial, con dedicación exclusiva y sujeto al régimen de empleo público. Teniendo como prohibiciones el ejercicio privado de la función notarial y el cobro de honorarios al Estado por la prestación de estos servicios (artículo 7 inciso b) y artículo 8 segundo párrafo del Código Notarial y artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa). Llamados también notario de planta, bajo salario o retribución fija.

b) Notario Público que tiene un cargo público y que ejerce privadamente: Se trata de aquel notario que, aún teniendo un cargo público, puede mantener una oficina privada si no tiene prohibición para el ejercicio externo del notariado y si reúne el resto de requisitos necesarios, como ser contratado a plazo fijo, no estar sujeto al régimen de servicio civil, no recibir compensación económica por prohibición o dedicación exclusiva y no existir superposición horaria (artículo 4 inciso f) y artículo 5 inciso d) del Código Notarial). Teniendo como prohibiciones atender asuntos particulares en las oficinas públicas (artículo 7 inciso a) del Código Notarial), pero pudiendo realizar actividad notarial para la propia entidad pública si no cobra honorarios (artículo 7 inciso b) párrafo primero del Código Notarial).

c) Notario Público contratado por plazo fijo por el Estado: Se trata de la contratación administrativa de los servicios profesionales de un notario contratado por alguna institución pública, donde no media la relación de empleo público, sino que es contratado a plazo fijo, cuya retribución es por medio de honorarios (sin mediar salario alguno) teniendo como prohibición ejercer el notariado en más de tres instituciones públicas (artículo 7 inciso e) del Código Notarial)” (énfasis agregado). Así las cosas, se puede observar que ha operado un cambio de criterio en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en el que se muestra que para poder ejercer como notario, siendo funcionario público, se deben cumplir una serie de requerimientos para que el servidor pueda ser autorizado para el ejercicio del notariado, ya sea a nivel interno de la institución o a lo externo. En el caso concreto, el licenciado ... labora para el Patronato Nacional de la

Infancia, ocupando en propiedad un puesto de abogado; su jornada laboral comprende los días sábados, domingos y feriados; y en la institución no existe ninguna prohibición para el ejercicio externo del notariado. Según se expuso, el impedimento para el ejercicio conjunto de un cargo dentro del sector público y el ejercicio de la función notarial ha sido una constante en las distintas normas jurídicas que han regulado la materia. En este sentido, el espíritu del legislador conforme se ha recogido en la jurisprudencia nacional ha estado orientado a la necesidad de que el notario se encuentre disponible a prestar el servicio, mediante una oficina abierta al público, así como a dar respuesta a una preocupación de naturaleza ética en relación a los posibles conflictos de interés que puedan surgir entre la cosa pública y los que atañen al fuero personal del abogado-funcionario. De esta forma, el examen de la situación particular del licenciado ... permite concluir que no lleva razón la autoridad recurrida al prohibirle el ejercicio de la función notarial, labor que se entiende debe realizar con absoluto respeto de los deberes y prohibiciones establecidas por los artículos 6 y 7 del Código Notarial. El análisis que realiza esa Dirección para arribar a la solución dada resulta irrazonable y carente de toda proporcionalidad jurídica, pues tratándose de una norma prohibitiva que afecta derechos fundamentales como el del trabajo, lo que procede es analizar cada caso concreto bajo una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, a luz de los principios constitucionales pro homine y pro libertatis. Al respecto, la Sala Constitucional ha sostenido que la regulación de los derechos fundamentales no puede traspasar los límites de la razonabilidad ni de la proporcionalidad, que derivan del artículo 28 constitucional (voto N° 1635- 90 de las 17:00 horas, del 14 de noviembre de 1990). Consecuentemente, las limitaciones que se establezcan no pueden restringir el derecho más allá de lo razonable, ha de asegurarse que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido y, al mismo tiempo, ha de atenderse a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se encuentra aquél a que se impone. De este modo, expuestos los fines perseguidos por el legislador al prohibir el ejercicio del notariado a quienes ejerzan cargos públicos con las excepciones previstas en la ley y dada la forma particular de contratación del

licenciado ..., quien pese a encontrarse nombrado en propiedad debe cumplir una jornada laboral restringida a los días sábados, domingos y feriados, se puede advertir que no resulta jurídicamente adecuado aplicarle la misma solución empleada para aquellos servidores públicos contratados a plazo indefinido que cumplen una jornada laboral de lunes a viernes, que se constituye precisamente, en la jornada común dentro del funcionamiento normal de las instituciones del Sector Público, pues en su caso no se corren los riesgos que el legislador quiso evitar estableciendo las incompatibilidades para el ejercicio notarial que legalmente se prevén, toda vez que la forma en que éste cumple su jornada de trabajo para el Patronato Nacional de la Infancia excluye los problemas de superposición horaria y de disponibilidad para la prestación del servicio de notariado externo mediante una oficina que puede tener abierta al público de lunes a viernes, con lo que tampoco se correría el riesgo que se ha intentado combatir respecto de la tentativa de diferir asuntos de interés público en beneficio de los intereses particulares. Del mismo modo, que no se arriesgaría el estricto cumplimiento de los deberes públicos que debe cumplir en su doble condición de funcionario y notario público aunado a que no tendría porque comprometer su imparcialidad e independencia. Por otra parte, la posición sostenida por la autoridad recurrida contraría además, el derecho al trabajo del licenciado ..., pues le veda la posibilidad de prestar un servicio público y correlativamente, la consecución de su bienestar personal y el de su familia, pues se le impide el ejercicio de dicha función, cuando podría ejercerla sin problema durante la mayor parte del tiempo. En relación con ese derecho, la Sala Constitucional ha sostenido “El derecho al trabajo es considerado un derecho fundamental del hombre, cuyo ejercicio le permite lograr una existencia digna y cuyo cumplimiento debe el Estado vigilar, proteger, fomentar e implementar por los medios correspondientes, cerciorándose de que en todos los organismos oficiales o privados, no se apliquen políticas de empleo discriminatorias a la hora de contratar, formar, ascender o conservar a una persona en el empleo, pues todo trabajador tiene el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, si cumple con los requisitos razonables impuestos por la

ley” (voto N° 22-95 de las 16:03 horas, del 3 de enero de 1995. En igual sentido la resolución N° 5025-93 de las 11:25 horas, del 8 de octubre de 1993). Ciertamente, este es un derecho que por su naturaleza está sujeto a límites que son impuestos para la consecución de fines de carácter general, fines que el legislador ordinario, en su indiscutible discrecionalidad política, bien puede valorar y considerar preeminentes respecto de los intereses individuales, no obstante, esa situación no se discute ni se encuentra en juego en este asunto, pues esos intereses o fines de interés público prevalentes respecto del interés individual o particular, no se encuentran de por medio ni corren riesgo alguno en este caso, por las razones referidas con anterioridad. Asimismo, el análisis efectuado por la Dirección Nacional de Notariado resulta peligroso por cuanto cada caso debe examinarse según sus circunstancias particulares, de modo que no puede hacerse un análisis superficial estando de por medio derechos fundamentales, que se verían infringidos al darse el mismo resultado ante situaciones que son del todo diferentes, como ocurre en el caso del licenciado Sobre el particular, el contralor constitucional ha sostenido “la igualdad contemplada en el artículo 33 de la Carta Política, significa que a los supuestos de hecho iguales han de serles aplicadas una consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho, tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca, al mismo tiempo, como fundada y razonable de acuerdo a criterios y juicios de valor generalmente aceptados...” (Voto N° 673-97 de las 12:51 horas, del 31 de enero de 1997). Corolario de lo expuesto, no podría impedírsele al licenciado ... el ejercicio de la función notarial en virtud de ostentar la condición de funcionario público en propiedad, por cuanto corresponde valorar las condiciones de su contratación para fungir como abogado del PANI, únicamente durante los días sábados, domingos y feriados en contraposición a aquellos otros cuya jornada de trabajo en el sector público comprende 5 de los 7 días que conforman la semana. Aplicarle la misma medida a las dos situaciones anteriores supone necesariamente una infracción al principio de igualdad, pues no puede “pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales” (Voto

N° 4829-98 de las 15:36 horas, del 8 de julio de 1998). A partir de lo expuesto, se denota que la existencia de la referida relación de trabajo del petente no lo inhabilita per se para llevar a cabo la función notarial y para cumplir con el requisito de tener una oficina abierta al público, elementos estos que motivan revocar lo dispuesto por la entidad rectora de la función notarial en nuestro país, no obstante lo anterior se debe hacer mención de que ni la Sala, ni la Dirección Nacional de Notariado, deben entrar a valorar la relación del trabajo con el petente para con la institución a la cual le presta sus servicios, sino que solamente verifican el cumplimiento de la serie de requisitos establecidos por el ordenamiento para posibilitar el ejercicio del notariado. Sobre este aspecto, es menester indicar que si bien se otorga la habilitación del licenciado ..., éste queda obligado a cumplir lo preceptuado por el Código Notarial, las directrices de la Dirección Nacional de Notariado, y las prohibiciones contenidas tanto en el Código antes citado y en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública así como a demostrar que no percibe el emolumento de dedicación exclusiva, al cual renunció mediante carta dirigida al Coordinador del Departamento de Recursos Humanos del Patronato Nacional de la Infancia, con fecha 28 de agosto de 2006 (folio 35).

V.- Por las razones expuestas, lo que procede es revocar la resolución recurrida, ordenándole a la Dirección Nacional de Notariado que proceda a habilitar al licenciado ... en el ejercicio de la función notarial, si no hubiese otro impedimento legal.

POR TANTO:

Se revoca la resolución recurrida. Proceda la Dirección Nacional de Notariado, a habilitar al licenciado ... en el ejercicio de la función notarial, si ninguna otra causa legal lo impide.

La Magistrada Villanueva Monge y el Magistrado Aguirre Gómez, se separan de la mayoría de esta Sala, y emiten el voto de la siguiente manera:

En este caso el licenciado ..., no cumple con los requisitos para que pueda ser autorizado para el ejercicio del notariado, por cuanto está nombrado

a plazo indefinido (ver folio 3). Sobre la dedicación exclusiva, a folio 35 se tiene una carta de fecha 28 de agosto del 2006 en la cual el petente solicita al Coordinador del Departamento de Recursos Humanos del Patronato Nacional de la Infancia, se le deje de cancelar ese extremo. Sin embargo, no consta en autos prueba alguna de que efectivamente ese emolumento ya no es percibido por el licenciado Nótese que su gestión de renuncia de la dedicación exclusiva la realizó durante la tramitación de esta solicitud, concretamente al serle notificada la resolución que en primera instancia le denegó la gestión realizada. Cabe dsetacar también que el petente no estaría actuando como notario del Patronato. En consecuencia, no es procedente autorizarle para el ejercicio del notariado. De acuerdo con lo expuesto, confirmamos la resolución de la Dirección Nacional de Notariado en cuanto denegó la solicitud de habilitación para el ejercicio de la función notarial al licenciado

RELACIÓN LABORAL. CHOFER NO BRINDABA SERVICIOS DE TAXISTA INFORMAL VOTO N° 2007-000707

De las 9: 55 hrs. del 3 de octubre de 2007.

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES: En el escrito inicial de la demanda, el actor, señaló que laboró para la señora ..., durante el período comprendido del 6 de junio del 2000 al 25 de abril del 2003, en que se le comunicó que prescindía de sus servicios, sin la cancelación de las prestaciones legales. Según indicó, se desempeñó como chofer personal de la demandada y además realizaba otras actividades cuando no se le requería, como cobrar alquileres, entregar recibos, retiro de medicamentos, mantenimiento de la vivienda, compra de comestibles. Su jornada de trabajo lo era de absoluta disponibilidad, acorde con las necesidades cotidianas de la empleadora, pues no siempre iniciaba y concluía dentro del mismo horario; no obstante usualmente se presentaba a las 9 de la mañana y terminaba a las 3:30 de la tarde y en ocasiones a las 6 p.m. Se le remuneraba de forma diaria, de acuerdo con las horas laboradas, devengando un ingreso que

oscilaba entre ¢5.000.00 y ¢7.000.00, equivalente a un salario mensual promedio de ¢140.629.00 mensuales. Al prescindirse de sus servicios, requirió al contador de la demandada el cálculo de los extremos laborales y constancia salarial. Con base en esos hechos solicitó que en sentencia se declarara con lugar la demanda y se condenara a la accionada al pago de vacaciones y aguinaldo, preaviso, cesantía, horas extra e intereses por los montos adeudados desde el despido hasta su efectivo pago y ambas costas (folios 1-69). La demandada opuso las excepciones de incompetencia en razón de la materia (resuelta interlocutoriamente a folio 33), falta de derecho, falta de legitimación ad causam activa y pasiva y la genérica de sine actione agit. Argumentó que el actor operaba como taxista pirata y le brindaba servicios como tal cuando se le requería ocasionalmente. Se le remuneraba por servicio prestado y el costo lo fijaba él, siendo la relación de índole civil y no laboral. Realizaba algunos mandados y esporádicamente efectuaba reparaciones en su vivienda. El actor le prestaba servicios a otras personas, pues no tenía un horario, tampoco recibía órdenes al no encontrarse bajo su dirección. En cuanto a la declaración de renta fue el contador quien consideró necesario que se anotaran los pagos al actor como salario para efectos contables, pero ella nunca le indicó que fuera su empleado. Solicitó se declarara sin lugar la demanda, con ambas costas a cargo del demandante (folios 19-23). La juzgadora de primera instancia, consideró que la relación entre las partes fue de naturaleza laboral. Declaró con lugar parcialmente la demanda, condenando a la actora al pago de los extremos de un mes por preaviso por la suma de ¢140.629.00; 40 días por cesantía, la suma de ¢187.505.33; dos períodos de vacaciones, (4 semanas) la suma de ¢140.629.00 y dos períodos de aguinaldo la suma de ¢281.258.00. Concedió intereses legales a partir del cese de la relación laboral hasta su efectivo pago. Denegó el extremo de horas extra. Resolvió con ambas costas a cargo de la accionada, fijando las personales en el 20% de la condenatoria (folios 49-56). El apoderado especial de la accionada apeló la sentencia (folios 59-62). La sección cuarta del Tribunal de Trabajo del II Circuito Judicial de San José, la confirmó (folios 72-84).

II.- AGRAVIOS DEL RECURRENTE.- El apoderado especial judicial de la demandada, recurre la sentencia de segunda instancia, por los siguientes motivos. Alega razones de fondo por violación de ley, al estimar que el tribunal incurrió en error de hecho por incorrecta apreciación de las probanzas. Acusa erróneo el criterio del tribunal que para la demostración de otro tipo de relación contractual que no sea de naturaleza laboral, deba acreditarse mediante contrato escrito, pues no existe normativa que lo exija para el contrato de prestación de servicios. La presunción de laboralidad establecida en el artículo 18 del Código de Trabajo puede destruirse mediante la demostración de la existencia de otro tipo de contrato, a través de la declaración de testigos o por cualesquiera otro medio de prueba permitidos por la ley. Sostiene que con la declaración de los testigos (as) se colige que entre las partes no existió relación laboral. La propia esposa del actor al declarar dijo que él tenía otros clientes y que doña ... lo debía llamar a su casa cuando necesita un servicio y en muchas ocasiones no lo localizaba, debiendo llamarlo al celular. Sostiene que no es típico de una relación laboral que la supuesta patrona deba andar buscando a su empleado para que éste realice su trabajo, y cuando lo requiera tenga que llamarlo a su casa. El actor era una persona de entera confianza de la demandada y de manera reiterada y permanente le prestaba sus servicios a cambio de un precio, para que le colaborara en sus diferentes quehaceres. Con la testimonial evacuada se acreditó que el actor le brindaba servicios a otras personas y se podía negar a prestarle servicios a doña ..., configurándose disposición de sus actos. Reclama vulneración del artículo 18 del Código de Trabajo, al estar demostrado que el actor no ejecutaba sus servicios bajo la dependencia permanente y dirección inmediata de la demandada. Conforme al artículo 561 del Código de Trabajo, aporta para su valoración diferentes recibos firmados por el actor, con lo cual se demuestra la condición jurídica de los servicios. Con base en lo anterior, solicita se revoque el fallo del tribunal respecto de los extremos concedidos, declarándose sin lugar las pretensiones del actor (folios 92-99).

III.-SOBRE LOS DOCUMENTOS APORTADOS PARA MEJOR RESOLVER. En esta materia es posible disponer probanzas para mejor proveer, como parte del trámite del recurso ante esta tercera instancia, cuando fueren absolutamente indispensables para decidir con acierto el punto o puntos controvertidos (artículo 561 del Código de Trabajo); en este caso no se está en presencia de esa situación.

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 540, de las 9:55 horas del 6 de noviembre; 563, de las 8:55 horas; y, 564, de las 9:00 horas, ambas del 8 de noviembre y todas del 2002; así como las 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 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”. (PLA RODRIGUEZ, 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” -aunque, doctrinariamente, se prefiere aquella acepción de primacía de la 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. 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). En cuanto a la existencia o no de un documento se ha dicho que tratándose del sector privado, cuando no se cuenta con documento alguno en donde conste el negocio jurídico celebrado entre las partes, el citado artículo 18 del Código de Trabajo - como se dijo- recoge en su parte final, una presunción iuris tantum, de conformidad con la cual basta la acreditación de la prestación personal del servicio, para que se deba presumir la existencia del contrato laboral. Según lo previsto en el artículo 414 del Código Procesal Civil, aplicable a partir de lo dispuesto por el 452 del de Trabajo, una presunción de orden legal como la descrita, releva a la parte trabajadora de la carga de demostrar el o los hechos reputados como ciertos, incumbiéndole, únicamente, la acreditación de los fundamentos fácticos que le sirven de base, o sea, la prestación personal del servicio; caso en el cual, la carga de acreditar, fehacientemente, una naturaleza distinta del vínculo, es decir, que no concurren en él los elementos propios de los de índole laboral, le incumbe a la parte empleadora (ver, en idéntico sentido, los votos N.ºs. 2000-882, de las 9:40 horas, del 13 de octubre; 2000-919, de las 9:30 horas, del 1º de noviembre; 2001-275, de las 10 horas, del 23; 2001-290, de las 11:10 horas, del 30, ambos de mayo; y 2002-563, de las 8:55 horas, del 8, noviembre de 2002). Como ya se dijo para este supuesto, el propio ordinal 18 ya mencionado se encarga de restarle importancia a la denominación dada al contrato, en atención a

que, en algunas ocasiones, la parte patronal acude a diferentes mecanismos ilegítimos y engañosos, para dar una apariencia diferente a un acuerdo de voluntades en esencia laboral, con el fin de evadir las consecuencias legales que del mismo derivan; con lo cual se producen consecuencias nefastas y nocivas de orden social y tributario. En la determinación de su naturaleza propia, prevalece un criterio casuístico, fundamentado en la interpretación de los hechos que, al amparo del medular principio de primacía de la realidad, efectúa la autoridad jurisdiccional, a partir de las pruebas aportadas. Tales premisas deben orientar el estudio del recurso presentado por la parte demandada, a los efectos de determinar si la relación del accionante con la demandada tuvo o no tal naturaleza laboral.

V.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA EN EL CASO CONCRETO.

El actor aduce que la relación tuvo naturaleza laboral; mientras la accionada ha sostenido que el contrato no era de trabajo, sino de índole civil. Está debidamente acreditado que el actor brindó servicios personales a la actora en asuntos del interés de ésta, por espacio de 2 años, 10 meses y 19 días. Los servicios prestados fueron de chofer; además se encargaba de realizar trámites por cobro de alquiler, retiros de pensión, medicamentos en clínicas, dinero del Banco de Costa Rica, compra comestibles en supermercados, labores de mantenimiento en general de la vivienda de la actora, como pintura y limpieza, entre otros (demanda y contestación a folios 1-6 y 19-23, documentos a folios 10 y 11). Desde la contestación y a través del proceso la accionada ha sostenido que el actor realizaba esos trabajos. 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 es aceptado en la contestación a la demanda y se desprende del documento a folio 8 en donde el contador de la señora ... señala “que de acuerdo a los registros Contables correspondiente a la actividad comercial a que se dedica la señora ..., y en su uso de la declaración de Renta presentada a Tributación Directa durante el período 2002, aparecen cargados a la cuenta de gastos por salarios la suma de ¢1.687.555.00 anual,

equivalentes a un promedio mensual de ¢140.629.00, suma pagada por el concepto citado al señor Se extiende para los fines de reclamo de derechos laborales” (lo destacado no es del original). Lo anterior nos confirma la existencia de un salario. Queda por analizar el elemento subordinación, que es el más importante y determinante, a efectos de confirmar la existencia de la relación laboral. En este sentido, en la contestación a la demanda, se dijo: “ El actor efectivamente, como cualesquiera otro particular, me brindó sus servicios personales en asuntos de mi interés...Soy una persona mayor, y como tal, requería que ciertos trabajos que normalmente los realizamos personalmente los efectuara un particular. Fue así como, con alguna regularidad, contrataba los servicios del actor para que los llevara a cabo. Básicamente esas funciones eran de taxista...bajo la modalidad conocida como taxista “taxista pirata”...solía efectivamente realizar él personalmente algunas funciones que por lo general yo hacía personalmente, tales como recoger el alquiler de una casa de mi propiedad, recoger mi pensión, e ir a recoger algunos medicamentos. También, cuando era necesario, pero muy esporádico, efectuaba trabajos en la casa, como reparaciones y pintura básicamente...La suscrita le encargaba un trabajo, y él lo realizaba bajo su entera responsabilidad, y en la forma y en el tiempo que él mismo disponía...En otro orden de ideas, es necesario indicar los motivos por los cuales el actor dejó por decisión propia de brindarme sus servicios. Mi hijo ..., dado mi estado de salud, empezó a hacer averiguaciones del manejo de mis finanzas. En vista que en algunas oportunidades el actor recogía con mi consentimiento dineros de mi propiedad, Tomás lo llamó a cuentas y le pidió que le explicara con detalle el manejo de destino de ciertos dineros... (folios 19-22, lo destacado no es del original). Por otra parte en el escrito de agravios la parte recurrente al analizar el testimonio de la señora ..., esposa del actor, manifestó “Se deduce con absoluta claridad de la declaración de la propia testigo, que efectivamente, el actor era una persona de entera confianza de la demandada, y que por ello, reiterada y permanentemente le prestaba servicios a cambio de un precio. No se pase por alto que Doña ... es una persona de casi ochenta años que vive sola, si bien es cierto bajo el cuidado permanente de sus hijos, pero al fin y al cabo sola.. Una persona en

tales condiciones, lógicamente requiere contratar en muchas oportunidades personas que le colaboren en sus diferentes quehaceres” (folio 96). Lo anterior pone de manifiesto que sin lugar a dudas, el actor estaba a disposición de la actora la mayor parte de su tiempo, pues como la misma parte demandada lo indica, se le contrató para que le colaborara en sus diferentes quehaceres y era una persona de su entera confianza a tal grado que además de realizar funciones de chofer, cumplía labores de jardinería, pintura, cobro y retiro de sumas de dinero por varios conceptos. Por su condición de persona sola, los servicios eran una necesidad permanente y no esporádica, tal y como se afirma en los agravios “reiterada y permanentemente le prestaba servicios”. Efectivamente estaba sujeto al poder de dirección y subordinación. Tal situación se evidencia en las razones externadas, por las cuales concluyó la relación contractual. Así al contestar la demanda, se dijo: “En otro orden de ideas, es necesario indicar los motivos por los cuales el actor dejó por decisión propia de brindarme sus servicios. Mi hijo ..., dado mi estado de salud, empezó a hacer averiguaciones de mis finanzas. En vista que en algunas oportunidades el actor recogía con mi consentimiento dineros de mi propiedad, Tomás lo llamó a cuentas y le pidió que le explicara con detalle el manejo de destino de ciertos dineros...” (folio 22, lo destacado no es del original). Tómese nota que se le llamó a cuentas y se le pidió explicaciones del manejo de ciertos dineros. Analizadas las probanzas a la luz del artículo 493 del Código de Trabajo y las reglas de la sana crítica, se establece que no está ante la típica relación de servicios de modalidad de taxi (informal), en donde solamente se cumple con el servicio y se paga el precio exclusivamente por la carrera efectuada. En el caso concreto no operó en esos términos. Todo lo contrario. Al actor se le contrató por su condición personal, pues las labores requerían de una persona de confianza y disposición en la mayoría de las veces que se le necesitaba, pues se acreditó que él realizó en la generalidad de los casos no solamente las labores de chofer, sino que usualmente se le autorizaba de manera permanente a realizar gestiones y retiros ante diversas dependencias públicas, conforme consta en la documentación a folios 10 y 11 y que no ha sido objetada. Por otra parte el ingreso promedio mensual percibido, aunado al tiempo de prestación de los servicios, (dos años, diez

meses y diecinueve días) denotan que aún cuando prestara servicios para otras personas, esa diversidad de labores que le encomendaba, representó para el actor durante todo ese tiempo la principal fuente, que le permitían ingresos estables y con la connotación suficiente para mantenerse a su disposición la mayoría de las veces que se le requería. La prueba testimonial evacuada de ninguna manera viene a desvirtuar la laboralidad de esos servicios. Aún cuando el testigo ... y la testigo ... refirieran que el actor le brindaba servicios de taxi (informal) a otras personas y no solamente como chofer a doña ...y en ocasiones no estaba disponible y carecía de horario. Cabe destacar que la parte recurrente acepta que los servicios los efectuaba de manera reiterada y permanentemente, al grado de estar autorizado de forma indefinida para realizar trámites ante el Ministerio de Hacienda y la Clínica Carlos Durán (documentos a folios 10 y 11); reportándose los pagos que se le efectuaban como salarios en la declaración de renta y hasta exigirle cuentas por estar involucrado en manejo de dineros. Debe reiterarse que si bien es cierto la existencia de un horario resulta ser un indicio sobre la naturaleza laboral de la relación, el hecho que éste no se presente por sí mismo no descarta su existencia, pues, existen grupos de trabajadores que en razón de sus funciones no pueden estar sujetos a horario, como lo son aquellos contemplados en el artículo 143 del Código de Trabajo. Conforme con las probanzas a las cuales se ha hecho referencia, fácilmente se colige que efectivamente el demandante se mantuvo sujeto a las órdenes de la accionada, debiendo estar a su disposición y acudir cuando se le requería, lo cual constituye una manifestación de la subordinación jurídica. Expuesto lo anterior, se concluye que no medió indebida valoración de las pruebas que reclama la recurrente y se debe confirmar la sentencia en todos sus extremos.

POR TANTO.

Se confirma la sentencia recurrida.

CONVENCIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO. EN MUNICIPALIDAD. GESTIÓN PÚBLICA. VOTO N° 2007-000548

De las 9:45 hrs. del 15 de agosto de 2007.

I.- ANTECEDENTE. El actor indicó haber laborado para la entidad accionada desde el 14 de septiembre de 1989, hasta el 1° de enero del 2004, fecha en que se acogió a una pensión del régimen de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social. Según indicó, antes del cese, ocupaba el puesto de auxiliar de servicios administrativos 1. Interpuso demanda para que se le cancelen los montos dejados de pagar por cuatro meses de auxilio de cesantía de más que le correspondían, de conformidad con los derechos adquiridos de buena fe y los alcances de la Convención Colectiva suscrita entre los sindicatos y la Municipalidad accionada en 1998, así como las diferencias salariales sobre ocho meses para el cálculo de la cesantía concedida, al no haberse hecho este con base en los montos realmente devengados. Solicitó además el reconocimiento de los intereses al tipo legal sobre tales sumas hasta su cancelación y la condenatoria en costas a cargo de la Municipalidad accionada (folios 6-7). El entonces Alcalde Municipal de Alajuela contestó negativamente la demanda y opuso la excepción de falta de derecho a las pretensiones del demandante. Adujo que las normas de la convención colectiva no le son aplicables a este, en virtud de que la Sala Constitucional declaró inconstitucionales dichos instrumentos respecto a los funcionarios públicos, incluidos los municipales. Solicitó que se declare sin lugar la demanda en todos sus extremos (folios 22-29). El Juzgado de Trabajo de Mayor Cuantía de Alajuela declaró sin lugar las pretensiones del actor. Además, resolvió el asunto sin especial condena en costas (folios 63-69). El actor apeló dicha resolución (folios 77-80). El Tribunal Civil y de Trabajo de Alajuela revocó la sentencia recurrida. Obligó a la accionada a pagarle al demandante los cuatro meses restantes por auxilio de cesantía, las diferencias en la liquidación de ese extremo y los intereses al tipo de ley sobre el monto total de la condenatoria. Asimismo, le impuso a la Municipalidad el pago de ambas costas y estableció las personales en el quince por ciento del total de la condenatoria (folios 85-95).

II.- AGRAVIOS. Ante la Sala, el Presidente del Consejo Municipal con el recargo de funciones de Alcalde Municipal de Alajuela muestra inconformidad. Alega que el Tribunal realiza una incorrecta interpretación de la naturaleza de la relación de servicio entre el actor y la Municipalidad así como una indebida aplicación de la convención colectiva. Considera que el órgano de alzada incurre en los mismos errores de primera instancia, pues mediante voto N° 4453-2000, la Sala Constitucional declaró inconstitucionales las convenciones colectivas suscritas por funcionarios regidos por una relación de empleo público. Considera que al juzgador le corresponde analizar en cada caso concreto si la relación existente entre la Municipalidad y el funcionario es estatutaria o de empleo público, en cuyo caso, la convención colectiva es inaplicable, o si por el contrario, se trata de una relación regida por el derecho común, en la cual sí es posible su aplicación. Indica que la sentencia es omisa, pues no realiza un análisis en ese sentido para el caso concreto y se limita a concluir que la convención sí es aplicable al actor por cuanto este se desempeñó en un puesto bajo en el escalafón municipal, sin considerar que ese no es el fondo del asunto planteado. Apunta que el criterio de la Sala Constitucional es excluir a los funcionarios públicos regidos por una relación pública o estatutaria para celebrar convenciones colectivas, por lo que uno de los elementos a considerar es la realización o no de gestión pública como parte de las labores del servidor. Alega que, en relación con los funcionarios municipales, independientemente de si realizan o no función pública, sus relaciones de empleo adquieren dicho carácter por disposición expresa de ley, concretamente por lo dispuesto en los artículos 115, 119 y 146 inciso a) del Código Municipal, donde se estableció para esos funcionarios la denominada carrera administrativa, sin distinción de rango o funciones, por lo que la convierte en una relación de Derecho Público regida por principios estatutarios. De esa relación derivan elementos exclusivos como son los principios de idoneidad comprobada para el nombramiento y la estabilidad en el puesto, tendientes a lograr una mayor eficiencia en la función pública, lo cual ha sido incluso reconocido así por la Sala Segunda con respecto a los funcionarios municipales de ese cantón. Por otra parte, se muestra inconforme con el fallo, pues este realiza un cálculo incorrecto de

la diferencia por auxilio de cesantía. Según expone, no se tomó en consideración que a partir de la fecha en que el funcionario dejó de laborar había transcurrido dos años y nueve meses (sic) desde que entró a regir la Ley de Protección al Trabajador, por lo que no es dable aplicar un mes completo por cada año laborado, sino el equivalente a una porción de ese salario. También indica que debió aplicarse el transitorio IX de dicha ley al calcularse el auxilio de cesantía del ex servidor mediante el sistema mixto, es decir, se debió considerar el tiempo laborado antes y después de la reforma. Solicita que se revoque la sentencia recurrida de modo que se declare sin lugar la demanda (folios 108-116).

III.- Quede sentado a propósito de lo alegado por el casacionista que la Sala Constitucional, en su sentencia N° 4453-2000 de 14:56 horas del 24 de mayo, no declaró inconstitucionales las convenciones colectivas en el sector [público] municipal; en este sentido, en concreto expresó:

“...VIII.- CONCLUSIONES.- Con fundamento en todo lo expuesto y a manera de síntesis, la Sala arriba a las siguientes conclusiones: en el ejercicio de la competencia de máximo intérprete de la Constitución Política, al examinar el tema de la organización y estructura administrativa del Estado y de la procedencia o no de las convenciones colectivas en el sector público, no puede la Sala limitarse, únicamente, a la aplicación de las disposiciones que integran el Capítulo de las llamadas “Garantías Sociales”. Se necesita, además, examinar esa institución jurídica en coordinación con los principios contenidos en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política; al hacer este ejercicio, se adquiere la plena convicción de que la voluntad del constituyente, siguiendo la línea histórica del desarrollo de las instituciones del Derecho Laboral, fue la de abstraer a los servidores del sector público de las reglas generales que informan al Derecho Colectivo del Trabajo, sujetándolo a una relación especial de empleo público, llamada también y comúnmente “relación estatutaria”, que se rige por el Derecho Público. Esto implica, sin duda y como tesis general, que ningún funcionario público puede negociar sus condiciones de empleo como si se tratara de un nexo contractual sujeto al Derecho Laboral. Sin embargo, el desarrollo

de las ideas jurídicas, la adopción de los convenios impulsados por la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia de esta Sala, han conducido la evolución de las instituciones involucradas, al nivel de admitir como compatibles con el Derecho de la Constitución, las convenciones colectivas que negocie la categoría de los empleados y servidores que, no obstante integrar el sector público, rigen sus relaciones por el Derecho Laboral, especialmente en los términos de las definiciones que contienen los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, o sea, cuando se trata de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al Derecho común, así como las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración y que se rigen por el Derecho laboral o mercantil, según los casos. En este sentido es que se evacua la consulta, pero advirtiendo, eso sí, que le corresponde a la propia Administración, a los operadores del Derecho en general y en última instancia al Juez, cuando conocen de los casos específicos, determinar si una institución del Estado o un grupo de sus servidores o funcionarios, conforman el núcleo de la excepción que sí puede negociar colectivamente, o si por el contrario, les está vedado ese camino. Y por último, según lo que ha expresado en su informe la Procuraduría General de la República, que esta Sala también acoge, el personal que se desempeña en las Municipalidades del país, está limitado para la negociación colectiva, en los términos de esta sentencia, pues, salvo prueba en contrario, se trata de servidores públicos, regidos por la relación de empleo público. Dados los efectos de esta sentencia, de conformidad con lo que dispone el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resulta importante señalar que le corresponderá a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia determinar si la relación del actor en el Juicio Ordinario Laboral, ..., con el Banco Nacional de Costa Rica, se regulaba por el Derecho público o por el Derecho común. La sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de entrada en vigencia de cada convención colectiva en el sector público que se quiera o pretenda aplicar, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Igualmente, de conformidad con lo que dispone el artículo 91 de la misma Ley, procede la Sala a dimensionar los efectos retroactivos de la

sentencia a la fecha de la publicación de su reseña en La Gaceta, fecha a partir de la que deben cesar los efectos para todos los servidores a los que le ha vedado el Derecho de la Constitución la posibilidad de celebrar convenciones colectivas ...”.

Al conocer una gestión de “adición, aclaración, revocatoria y revisión” de ese mismo fallo, en voto complementario N° 9690 de las 15:01 horas del 1 de noviembre de 2000, con mayor claridad y precisión, resolvió:

IV.-... Lo que sí debe hacer la Asociación, es tomar nota que en último caso, la Sala no ha declarado inconstitucionales las convenciones colectivas de algún conjunto definido de instituciones del Estado; esto es, por ejemplo, no ha dicho que no se puedan celebrar convenciones colectivas en las municipalidades o en las universidades. Por el contrario, la sentencia es sumamente clara y no requiere de profundizar en sus conceptos para comprender su tenor, de que hay servidores públicos a los que les está vedada la vía del derecho colectivo de trabajo y que determinar quiénes son esos servidores, es labor que le corresponde a cada uno de los entes públicos en el ejercicio de sus competencias y en última instancia, a los jueces encargados de juzgar las controversias que sobre esta materia surjan. ...” (La cursiva no está en el original).

Más adelante, en el considerando VIII de este segundo voto, la Sala puntualiza: “... Una misma convención colectiva en el sector público, puede ser, a la vez, constitucional para quienes tienen una relación de trabajo regulada por el Derecho Común, e inconstitucional, para quienes la tienen regulada por el Derecho Público. ¿Quiénes forman parte de uno y otro sector? Eso lo decidirá la propia administración o en su caso el juez (letra D). ...” (La cursiva no está en el original).

Es claro que la Sala Constitucional no declaró inconstitucionales las convenciones colectivas del sector municipal; tampoco dijo que no se pueden celebrar convenciones colectivas en este sector del país. Lo que dispuso es que existen servidores públicos a los que les está impedida la vía del derecho colectivo del trabajo, para establecer las condiciones de su

empleo, y que determinar quiénes son los servidores que integran ese núcleo, compete en primer término a cada uno de los entes públicos en el ejercicio de sus competencias y, en última instancia, a los jueces encargados de resolver las controversias que sobre esta materia se susciten. También se desprende de lo resuelto que no son inconstitucionales las convenciones colectivas que negocien los empleados y servidores que, no obstante formar parte del sector público, rigen sus relaciones por el Derecho Laboral, en los términos que contienen los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, o sea, cuando se trata de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al Derecho común, así como las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración y que se rigen por el Derecho laboral o mercantil comunes, según los casos.

V.- El contenido esencial de los derechos colectivos, lo constituyen el derecho de huelga, la libertad sindical, y la negociación colectiva; este tríptico forman un conjunto triangular inescindible (Cfr. Pasco Cosmópolis, Mario. "LA HUELGA EN PERÚ", en la obra colectiva "LA HUELGA EN IBEROAMÉRICA", Aelee, Lima, Perú, 1996, página 209). La negociación colectiva es una facultad inherente al propio derecho de huelga, y ésta es un instrumento de negociación (Tribunal Constitucional Español, sentencia de 8 de abril de 1981, citada por el profesor Alfredo Montoya Melgar, en su ensayo "LA HUELGA EN ESPAÑA", obra citada, páginas 103 y 104). La negociación colectiva puede tener lugar sin que se ejercite la huelga, pero no puede haber huelga sin que exista negociación colectiva (Cfr. Emilio Morgado Valenzuela, "LA HUELGA EN CHILE", página 67). Los sindicatos, como asociaciones permanentes de trabajadores, patronos o personas de profesión u oficio independiente, tienen muchos objetivos, finalidades u actividades, como las denomina nuestra legislación. La Constitución y la ley reconocen "fuerza de ley", a 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 (artículos 62 de la Constitución Política, 339 y 340 del Código de Trabajo). No hay duda que la negociación colectiva

cumple una fundamental finalidad, en tanto propende a mejorar las condiciones en que el trabajo debe prestarse -condiciones de vida- y las demás materias relativas a este (artículo 54 del mismo Código). A nivel internacional, el Convenio N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva del 1° de julio de 1949, en el numeral 4° promueve la negociación voluntaria, al disponer: "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". Por su parte, la Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en la Reunión N° 86 de la Conferencia Internacional del Trabajo, en el año 1998, estableció como derecho fundamental a ser aplicado en todos los países que conforman esa Organización, "la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva". Estos derechos fundamentales, según la Conferencia O.I.T., máximo órgano de esa entidad, son de acatamiento obligatorio por parte de los países que forman parte de dicha organización internacional, quienes deben respetarlos, promoverlos y hacerlos realidad de buena fe. En otro orden de cosas, y aunque se trata de convenios no ratificados todavía por Costa Rica pero que adquieren carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento, en virtud de la Declaración de Derechos Fundamentales anteriormente citada y de la Carta Constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo. Además, el Convenio 151, de las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública del 27 de junio de 1978, artículo 7°, establece: "Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de los procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados acerca de las condiciones de empleo". Así también, el Convenio 154 del 19 de junio de 1981, sobre la Negociación Colectiva, artículo 2°, señala: "A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las

negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.” En la sentencia N° 2313-95 de 16:18 horas del 9 de mayo de 1995, la Sala Constitucional sentó un valioso precedente al indicar: “...Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.”

Pues bien, la mayoría de esta Sala considera, que el citado Convenio N° 98 de 1949, así como los derechos consagrados en la Declaración de Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo del año 1998, tienen no solamente un valor superior a la ley, sino que además, tales derechos o garantías se verían desatendidos en su núcleo esencial si en el caso de las municipalidades la excepción del derecho a negociar colectivamente se convirtiera en la regla.

V.- ¿Cuáles servidores públicos están excluidos de la negociación colectiva, es decir, cuáles son los que tienen clausurada la vía del derecho colectivo del trabajo, para establecer las condiciones de su empleo?

La doctrina de la sentencia de comentario, N° 4453-2000, sigue una orientación clasificatoria o taxonómica de derechos; según lo cual existirían grupos de servidores que estarían excluidos de las convenciones colectivas que se celebren. La mayoría de esta Sala entiende que esos servidores son los que participan de la gestión pública, es decir, quienes conducen y dirigen los poderes del Estado, los jefes de instituciones autónomas, presidencias ejecutivas, así como los jefes (grupo gerencial) de las empresas del Estado, etc., lo que obedece a la necesidad de asegurar la continuidad del funcionamiento de la Administración Pública, constituida por el Estado, y los demás entes públicos (artículos 1° y 4° de la Ley General de Administración Pública), así como para evitar conflictos de intereses por la doble condición de trabajadores y jefes de la Administración. También estarían excluidos los servidores que por su participación en las negociaciones colectivas puedan verse directamente beneficiados de esas negociaciones, cuestión que desde luego no es conveniente. (Cfr. Sala Constitucional, sentencia N° 2531-94 de 15:42 horas de 31 de mayo de 1994). El Decreto Ejecutivo N° 29576 de 31 de mayo de 2001, denominado Reglamento para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público, dispone en su artículo 6°, párrafo 2°: “No podrá formar parte de esa delegación (representación patronal) ninguna persona que fuere a recibir actual o potencialmente algún beneficio de la convención colectiva que se firme.” La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 de 6 de octubre de 2004, recoge esta doctrina en los siguientes términos: “Artículo 48.- Legislación o administración en provecho propio. ... Igual se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezcan a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.” Traducido todo lo anterior al ámbito municipal, quedarían excluidos entonces de las normas de una negociación colectiva, solamente los responsables de la gestión pública, tales como el alcalde municipal, los regidores, síndicos, quienes son funcionarios de elección popular (artículo 586, párrafo 2°, del Código de Trabajo, en relación con el 12 y 14 del

Código Municipal, Ley N° 7794 de 30 de abril de 1998), e integrantes del gobierno municipal (artículo 169 de la Constitución Política, y 3° del Código Municipal), lo mismo que aquellos funcionarios que por el ejercicio de sus cargos hayan tenido una participación directa en la negociación de la convención colectiva.

VI.- El marco legal que en materia presupuestaria impone el artículo 176 de la Constitución Política, a la administración pública en general y, a las Municipalidades en particular, en materia de gastos autorizados, no resulta ajeno a lo dispuesto en el artículo 100, párrafos 2° y 3° del Código Municipal, que establece: “El presupuesto ordinario no podrá ser modificado para aumentar sueldos ni crear nuevas plazas, salvo cuando se trate de reajustes por aplicación del decreto de salarios mínimos o por convenciones o convenios colectivos de trabajo, en el primer caso que se requieran nuevos empleados con motivo de la ampliación de servicios o la prestación de uno nuevo, en el segundo. Los reajustes producidos por la concertación de convenciones o convenios colectivos de trabajo o cualquiera otros que impliquen modificar los presupuestos ordinarios, sólo procederán cuando se pruebe, en el curso de la tramitación de los conflictos o en las gestiones pertinentes, que el costo de la vida ha aumentado sustancialmente según los índices de precios del Banco Central de Costa Rica y la Dirección General de Estadística y Censos.” Es evidente que el legislador expresamente autorizó a las municipalidades del país para modificar el presupuesto ordinario anual, es decir, para modificar la autorización de gastos del año económico, cuando se concierten convenciones o convenios colectivos de trabajo, que impliquen una alteración de ese género, a condición de que en la tramitación del conflicto o de las gestiones conducentes, se pruebe el aumento substancial del costo de vida. La mayoría de esta Sala estima que esta norma no encierra simplemente una autorización de gasto, sino que implícitamente reconoce la autonomía política, administrativa y financiera que la Constitución y la ley les confiere a estas corporaciones, que les concede capacidad jurídica plena para celebrar convenios y ejecutarlos (artículos 2, 4, y 13 del Código Municipal, y 170 de la Constitución Política, y sentencias de la Sala Constitucional, N° 05445-99 y 2000-09690, considerando III).

VII.- El precitado Código Municipal, en el Título V, estableció la carrera administrativa municipal, como medio de desarrollo y promoción humanos, entendido como un sistema integral regulador del empleo y las relaciones laborales entre los servidores y la administración municipal (artículo 115); éste sistema protege a todos los servidores municipales, nombrados a base de selección por mérito y remunerados por el presupuesto, salvo los servidores interinos y los de confianza que quedan excluidos (artículos 117 y 118). Los sueldos y salarios de aquellos servidores, se rigen por las siguientes reglas: a) Ningún empleado devengará un sueldo inferior al mínimo correspondiente al desempeño del cargo que ocupa; b) Los sueldos y salarios de los servidores municipales serán determinados por una escala de sueldos que fijará las sumas mínimas y máximas correspondientes a cada categoría de puestos; c) Para determinar los sueldos y salarios, se tomarán en cuenta las condiciones presupuestarias de las municipalidades, el costo de vida en las distintas regiones, los salarios que prevalezcan en el mercado para puestos iguales y cualquiera otras disposiciones legales en materia salarial (artículo 122). Estas normas abren un importante espacio para la determinación de la retribución económica de los servidores municipales. El costo de vida está sujeto al índice de precios del Banco Central de Costa Rica, que a su vez debe responder a las necesidades de cada región del país; el estudio de mercado es un mecanismo de comparación y equiparación, conforme a la regla del artículo 57 de la Constitución Política, en el sentido que “el salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”. La violación de estas reglas, por falta de aplicación o por aplicación indebida, puede generar un movimiento colectivo, dirigido a mejorar las condiciones de empleo imperantes, actualizando o adaptándolas a la realidad imperante. El estado de sujeción en que se encuentra el servidor con la administración municipal, no es incompatible con la idea de la negociación colectiva, pues el propio legislador dejó sentadas las bases con arreglo y dentro de las cuales pueden concertarse, límites que no pueden modificarse o derogarse en razón de la jerarquía normativa (Cfr. Artículo 112, inciso 3], de la Ley General de Administración Pública, y sentencias de la Sala Constitucional, N° 2000- 04453, considerando VII, premisa # 6, y

Nº 1696-92, considerando XI). La convención colectiva, en tanto acoja el acuerdo que zanje el conflicto y le pone término, celebrado entre los representantes patronales y los sindicatos de trabajadores, o en su caso, establezca reglamentaciones duraderas con el fin de prevenir futuros conflictos laborales, se convierte en un precioso instrumento de paz social, frente a eventuales movimientos colectivos.

VIII.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. En acción de personal Nº 1675-RH-2003, de fecha 17 de diciembre, con rige a partir del 1º de enero de 2004, consta que el actor ..., ocupaba el puesto de auxiliar de servicios administrativos 1, en el Departamento de Inspectores, y que fue cesado de su puesto, al acogerse a la pensión por vejez de la Caja Costarricense de Seguro Social (folio 3). Se encuentra aceptado al contestar el hecho 1º de la demanda, que inició su relación laboral con la Municipalidad el 14 de setiembre de 1989 (folios 6 y 22). Al contestar el hecho 5º, el Alcalde Municipal refutó lo afirmado por el actor en ese hecho, en el sentido que le pagaron solamente 8 meses de auxilio de cesantía, cuando lo que le corresponde son 12 meses, de acuerdo a la costumbre y la Convención Colectiva de Trabajo firmada en 1998 (folio 25).

IX.- Para la época en que al actor se le pagó el extremo de auxilio de cesantía, para acogerse a la pensión por invalidez, regía la Convención Colectiva entre la Municipalidad de Alajuela y la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados -ANEP- y la Unión de Trabajadores Municipales de Alajuela -UTEMA-, de fecha 3 de julio de 1998, que en el numeral 50, párrafo 2º, establece la obligación de la Municipalidad de indemnizar un mes de salario (auxilio de cesantía) por cada año de servicios hasta un máximo de doce años. Esta Convención fue homologada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Departamento de Relaciones de Trabajo, en resolución DRT-119, de las 9 horas del 24 de febrero de 1999, en el entendido que de conformidad con el Voto 3053-94 de la Sala Constitucional y a los dictámenes C-184-94 y C-186-98 de la Procuraduría General de la República, solamente cubre a los trabajadores que no participan de la gestión pública, correspondiendo a cada Institución la obligación de determinar esta cuestión. Téngase en cuenta que en sentencia Nº 5445-99 de las 14:30

horas del 14 de julio de 1999, en que se analizó la autonomía municipal, la Sala Constitucional señaló: "...cabe recordar que mediante el régimen propio de las concesiones, la Administración puede contratar con el particular la prestación de los servicios públicos que le competen, régimen que es de plena aplicación para las autoridades municipales, sobre todo para la prestación de los intereses y servicios locales, de manera que la recolección de basura, limpieza de aceras y cunetas o la prestación del servicio de suministro de agua potable -entre otros-, bien puede atribuirse a asociaciones privadas o a particulares, mediante el contrato respectivo. En este sentido, y referido a la materia, cabe resaltar que la concesión no traslada la competencia de lo local al particular o entidad privada autorizada en los términos del artículo 10 impugnado, sino que se trata del otorgamiento de un derecho de explotación o de prestación del servicio, de manera que "[...](e)l concesionario tiene evidentemente el deber, y no sólo el derecho, de prestar el servicio público, quedando la titularidad de ese servicio en la Administración, a quien corresponde la organización del servicio público y el control de la prestación que haga el concesionario" (sentencia número 5403-95, de las dieciséis horas seis minutos del tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco); con lo cual, queda claro que, al no existir una transferencia de las competencias municipales, sino una convención en lo que respecta a su prestación, la cual para su verificación debe contar con la aprobación del Concejo y concretización mediante el respectivo contrato de concesión, no hay infracción a la autonomía municipal. Las tareas municipales admiten participación de la iniciativa privada, salvo que exista ley reforzada que lo prohíba y declare un monopolio municipal al respecto (artículo 46 constitucional); por lo que, más bien, puede decirse que la prestación de los servicios por particulares debidamente aprobada consolida un verdadero derecho a la empresa y a su valor económico, con entera independencia, en tanto existe en nuestro país, el derecho a la libre empresa. ..."

Si el actor ocupaba el puesto de auxiliar de servicios administrativos 1, en el Departamento de Inspectores, se trataba de un empleado que no participaba de la gestión pública de la Administración Municipal, en razón de la índole del puesto que desempeñaba. Pero además, su posición dentro de la institución o

respecto de la negociación colectiva, no se encuentra dentro de aquellas excluidas de los beneficios de una negociación colectiva, según el análisis realizado supra. Por ello, tiene derecho a que se le pague un mes de salario (auxilio de cesantía) por cada año de servicios hasta un máximo de doce años. No resulta admisible la tesis del recurrente en el sentido de que el cálculo de este extremo deba hacerse conforme a lo dispuesto en el artículo 29 del Código de Trabajo, ya que en la convención colectiva hay norma expresa.

X.- En consecuencia, se debe confirmar la resolución recurrida.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

Nota de las Magistradas Villanueva Monge y Varela Araya.

Las suscritas Magistradas apoyamos el voto de mayoría en cuanto le aplicó al actor la convención colectiva, lo que hacemos con base en los razonamientos que de seguido pasamos a exponer. Al tenor del artículo 154 de la Carta Magna, el juez/a sólo está sometido a la Constitución y a la ley. Por otro lado, el numeral 62 ibidem reza: "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". La función del juzgador consiste en aplicar la ley al caso concreto. En el subjúdice existe una convención colectiva -con fuerza de ley- que no ha sido dejada sin efecto por ninguna disposición del ordenamiento jurídico, por lo que, al encontrarse vigente y al ajustarse el accionante a los presupuestos de la norma, las infrascritas, como administradoras de justicia, debemos aplicarle a dicho señor la cláusula convencional en que este funda su derecho, como se hace en la resolución que compartimos, pero partiendo de estas otras premisas.

Nota del Magistrado van der Laet Echeverría.

El infrascrito Magistrado concurre con el voto de mayoría, en tanto confirmó el fallo impugnado, pero, según el criterio del suscrito, la aplicación de dicha convención es posible por cuanto, se podría aplicar el Derecho Laboral privado en aquellos casos donde la actividad desarrollada pueda, hipotéticamente, ser sustituida por una actuación desplegada por una persona particular o empresa privada, como serían por ejemplo, servicios de acueductos, cañerías, mantenimiento de carreteras, recolección de basura, etc., y en consecuencia, podrían ser susceptibles de aplicación los instrumentos de negociación colectiva, según lo determinado por la Sala Constitucional. Lo anterior resulta válido en el tanto en que una interpretación diferente haría prácticamente inaplicable el derecho a negociar colectivamente en el sector público; pues, como se indicó, la mayoría de trabajadores del sector público son contratados en régimen de empleo público, aun cuando sus servicios bien podrían contratarse en régimen laboral privado, sin que esa circunstancia resulte suficiente para eliminar, sin más, el ejercicio de un derecho fundamental. De conformidad con lo anterior, si en el caso bajo examen el actor ocupaba un puesto de auxiliar de servicios administrativos en el departamento de cañería de la Municipalidad, laborando como peón, cabe concluir que su relación bien podía regirse por el Derecho Laboral privado y, por ende, es apto para aplicársele los beneficios de la convención colectiva aludida. Por último, cabe agregar que es irrelevante, como pretende que se aplique la recurrente, que el Código Municipal haya establecido la carrera administrativa en forma concreta para los servidores, pues ello no los excluye del beneficio otorgado por los alcances del fallo de la Sala Constitucional, según lo indicado expresamente por ese órgano en lo concerniente a ese específico sector de la Administración Pública. Con base en esa premisa, apoyo, entonces, el voto de la Sala que declaró aplicable la convención colectiva en el caso bajo estudio.

El Magistrado Aguirre Gómez salva el voto y lo emite de la siguiente manera:

I.- Me aparto del Voto suscrito por los compañeros que conforman la mayoría, por las razones que de seguido expongo. Conforme con el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, debe tomarse en consideración lo dispuesto por la Sala Constitucional sobre el tema, partiendo, por resultar de especial interés, del Voto número 1696, de las 15:30 horas del 23 de agosto de 1992, mediante el cual se anularon los laudos "...respecto de las administraciones públicas con régimen de empleo de naturaleza pública". En ese pronunciamiento se dio cuenta que la Constitución Política previó un régimen laboral público exclusivo para los servidores del Estado. Mas, la promulgación del Estatuto de Servicio Civil, tiene tan solo alcances parciales, por cuanto sólo tuvo por propósito regular las relaciones del Poder Ejecutivo con sus servidores, dentro de su ámbito competencial, dejándose por fuera la regulación de las relaciones de servicio entre los entes públicos menores. En ese orden de ideas aduce que: "Rige actualmente una Constitución Política que sí lo previó y que, no obstante ello, se sigue utilizando un orden legal común, sometiéndose a la Administración Pública y sus empleados, a la resolución de sus diferencias mediante un procedimiento de índole privado. Esto resulta en una aplicación inconstitucional en virtud del desfase histórico y jurídico que esta materia evidencia, lo que contraviene tácitamente el artículo 197 de la Constitución Política. Es claro que la intención del constituyente era la de crear un régimen laboral administrativo". También se indicó que dicho Estatuto reguló apenas algunos de los aspectos de la relación de los servidores del Estado como los relativos a derechos y deberes de los servidores, su selección, clasificación, promoción, traslados, disciplina y régimen de despido -entre los más importantes-, que responden a la preocupación de la Asamblea Nacional Constituyente respecto de la idoneidad y la eficiencia del servicio; "... pero no tocó otros aspectos no menos importantes, como es el que subyace en el planteamiento de esta acción, es decir, la regulación del propio régimen económico de esa relación y el sometimiento de los otros entes administrativos al régimen laboral público. Este vacío sin embargo no autoriza utilizar mecanismos previstos para una relación privada, a una relación de empleo público que se debe regir por principios propios y diferentes". Y, añadió que la confusión existente en la Asamblea

Nacional Constituyente de utilizar y mencionar el Código de Trabajo en la Constitución, lo fue para establecer de alguna forma un parámetro normativo que rigiera el fin de la relación y "... no como se ha querido entender, que sus principios y normas inspiran y rigen la relación entre el Estado y el servidor público". Seguidamente consideró: "En opinión de la Sala, entonces, los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, fundamentan la existencia, de principio, de un régimen de empleo regido por el Derecho Público, dentro del sector público, como ha quedado claro del debate de la Asamblea Nacional Constituyente y recoge incipientemente la Ley General de la Administración Pública. Este régimen de empleo público implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no solamente distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a éstos. Obviamente, la declaración contenida en esta sentencia abarca la relación de empleo que se da entre la administración (o mejor, administraciones) pública y sus servidores, más en aquellos sectores en que hay una regulación (racional) que remita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente. En estos casos se daría un sometimiento a los procedimientos de arbitraje pero con ciertas limitaciones, tales como que en ellos no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, por lo que incluso en estos casos no procederían decisiones (laudos) en conciencia, ni tribunales formados por sujetos no abogados.". También se aclaró que se deben tener "... por excluidos de este régimen, a los obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, cuando los mismos sean contratados por el Estado conforme al ejercicio de su capacidad de Derecho Privado (artículos 3.2 y 112.2 y .3 de la Ley General de la Administración Pública). Esta sentencia implica, asimismo, que los procedimientos de "resolución de los conflictos colectivos de carácter económico y social", previstos en los artículos 497 y siguientes del Código de Trabajo, no son aplicables del todo a las administraciones regidas por el derecho público de empleo, y que no son aplicables al resto de las administraciones, incluidas las empresas públicas-sociedades anónimas, mientras por ley no se subsanen

las omisiones apuntadas en esta sentencia.”. Con cita de la mencionada sentencia 1696- 92, en la número 4788, de las 8:48 horas del 30 de setiembre de 1993, respecto de los agentes de seguros, se consideró: “Lo anterior quiere decir, que la Sala ha deslindado el sentido de los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, para interpretar que la relación del Estado con sus “funcionarios”, “servidores”, “empleados” o “encargados”, se regula dentro de un régimen de empleo regido por el Derecho Público, salvo las excepciones que razonablemente establezca el legislador, según las condiciones especiales que ameriten un trato distinto. Y a manera de conclusión inicial, la Sala prohija el análisis que hace la Procuraduría General de la República, para definir que partiendo de la actividad que despliegan los agentes de seguros, según las definiciones del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, los excluye del régimen de empleo público a que aluden los artículos 191 y 192 constitucionales y en concordancia con lo que establece el inciso 2 del artículo 112 de la referida Ley General, esas relaciones deben ser reguladas por el derecho laboral o mercantil, según el caso.” Luego, en la sentencia N° 3053 de las 9:45 horas del 24 de junio de 1994, reiteró el criterio externado en el Voto N° 1696-92, para indicar: “Así las cosas, el régimen es administrativo, estatutario, para los “servidores públicos”, o sea, para quienes prestan servicios a la administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, sin embargo la propia Ley General de la Administración Pública establece que “las relaciones de servicio, con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración, de conformidad con el párrafo 3 del artículo III, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos” (Ley General de la Administración Pública, artículo 112, inciso 2).” Para resolver ese caso concreto adujo que debió distinguirse entre funcionarios públicos y trabajadores que no participan de la gestión pública de la administración; siendo que la determinación de la categoría de trabajadores que no participan de esa gestión es una cuestión de legalidad. Ahora bien, la Sala Segunda planteó una consulta de constitucionalidad sobre la posibilidad de celebrar convenciones colectivas en el Sector Público, así como para efectuar a su respecto

eventuales reformas. Para ello, entre otros, la sustentó en lo siguiente: “... a partir del Voto N° 1696-92 de la Sala Constitucional, todas las convenciones colectivas pactadas, dentro del Sector Público, que no se refieran a los obreros trabajadores o a los empleados que no participan de la gestión pública de la administración, cuando los mismos sean contratados por el Estado conforme a su capacidad de ejercicio de Derecho Privado -artículos 3 y 111 de la Ley General citada-, son inconstitucionales...” (énfasis suplido). Dicha consulta se evacuó mediante el Voto número 4453 de las 14:56 horas del 24 de mayo del 2000. En el considerando VII, se establecieron varias premisas, que en lo que interesa, se resumen así: 1. Existen dos extremos u ordenamientos en materia laboral: uno regulado por el Código de Trabajo y el otro, por el Derecho Público. 2. Con excepciones, la relación entre el Estado y los servidores públicos es llamada de empleo público o estatutaria, regulada por el Derecho Público: “... consecuentemente, no puede existir una relación de igualdad o de equivalencia entre las partes involucradas, como idealmente debiera suceder en la relación laboral de origen contractual, principalmente porque la Administración Pública representa un interés general, por la necesidad de la continuidad en la prestación de los servicios públicos y por las limitaciones presupuestarias. En otras palabras, el servidor del régimen del empleo público se encuentra con relación a la Administración, en un estado de sujeción; ella puede imponer unilateralmente las condiciones de la organización y prestación del servicio para garantizar el bien público, lo que elimina la posibilidad de que la relación sea considerada desde una perspectiva de equivalencia de derechos susceptible de negociación entre las partes. Esta conclusión comprende el que no se pueda reconocer la posibilidad de la negociación colectiva el sector público, pues la sola idea de la negociación, como medio idóneo para revisar y aprobar las condiciones del empleo público, riñe con los postulados esenciales de la organización del Estado, que en este campo se introdujeron en los artículos 191 y 192 constitucionales.”. 3. La posición que se externa es la que históricamente se ha sostenido. Además, en la Ley General de la Administración Pública se establece claramente que el Derecho Administrativo se aplica a las relaciones de servicio entre el Estado y sus servidores, excluyendo de la relación la legislación

laboral, a la que sólo pueden acudir los servidores que no participan de la gestión pública. 4. Son funcionarios públicos quienes prestan servicios a la Administración a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva (artículo 111, inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública); servidores que no pueden negociar colectivamente. No son funcionarios sujetos al régimen de empleo público, sino, obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, los empleados de empresas o servicios económicos del Estado "... encargados de gestiones sometidas al derecho común, que de conformidad con el artículo 112 inciso 2) transcrito, se rigen por el Derecho laboral y no por el Derecho público, lo que les faculta para negociar colectivamente". 5. A partir del Voto 3053-94 y del contenido de la Ley General de la Administración Pública "... en el sector público sólo pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo los servidores que no participan de la gestión pública, de tal forma que entes con un régimen de empleo de naturaleza laboral (no pública), como por ejemplo, las empresas del Estado, de las que se ha dicho la doctrina nacional que son "aquellas que funcionan como si fueran empresas privadas, porque venden y hacen lo mismo que los particulares; por ejemplo el mismo INS cuando vende pólizas hace lo mismo que una compañía aseguradora cualquiera, la banca cuando hace préstamos, hace lo mismo que una entidad financiera común, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, que vende energía eléctrica la vende en iguales condiciones en que podría venderla una compañía privada", entre otros, sí pueden negociar colectivamente de conformidad con las disposiciones que informan el Derecho Colectivo del Trabajo.". 6. Aún en el Sector Público en el que resulta constitucionalmente posible la aplicación de las convenciones colectivas, es decir en "... las llamadas empresas o servicios económicos del Estado y en aquellos núcleos de personal de instituciones y entes públicos en los que la naturaleza de los servicios que se prestan no participan de la gestión pública, en los términos del inciso 2 del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública, la Sala repite y confirma su jurisprudencia en el sentido de que la autorización

para negociar no puede ser irrestricta ...". Conforme con lo anterior, entre otros, concluyó que son inconstitucionales las convenciones colectivas que se celebran en el sector público, cuando se trata de personal regido por la relación de empleo de naturaleza pública (relación estatutaria) y no son inconstitucionales las suscritas en dicho sector con obreros, trabajadores, funcionarios o empleados, cuyas relaciones laborales se regulan por el Derecho común. También concluyó que son compatibles con el Derecho de la Constitución, los instrumentos colectivos que se han negociado y se han venido prorrogando o modificando, en aplicación de la política general sobre convenciones colectivas en el Sector Público, salvo que se trate de negociaciones con personal en relación de empleo de naturaleza pública, en cuyo caso esos instrumentos resultan inconstitucionales. Dispuso que corresponde a la Administración y a los jueces al conocer de convenciones colectivas, determinar si los trabajadores involucrados "... dada la naturaleza de las funciones que cumplen o cumplían", están regulados por el Derecho Público o el común, a los efectos de definir si pueden o no ser sujetos activos en la aplicación de las convenciones colectivas. Con relación a ese fallo (número 4453-00), se presentaron varias gestiones de adición y aclaración, así como recursos de revocatoria y revisión, los cuales fueron denegados por Voto número 9690 de las 15:01 horas del 1° de noviembre del 2000. Sin embargo, conviene reseñar que en ese pronunciamiento expresamente se dio cuenta de no haberse declarado la inconstitucionalidad de las convenciones colectivas de algún conjunto definido de instituciones del Estado "... esto es, por ejemplo, no ha dicho que se puedan celebrar convenciones colectivas en las municipalidades o en las universidades. Por el contrario, la sentencia es sumamente clara y no requiere profundizar en sus conceptos para comprender su tenor, de que hay servidores públicos a los que se les está vedada la vía del derecho colectivo de trabajo y que determinar quiénes son esos servidores, es labor que le corresponde a cada uno de los entes públicos, en el ejercicio de sus competencias y en última instancia, a los jueces encargados de juzgar las controversias que sobre esta materia surjan". Y, se expresó que para la determinación de quién es funcionario o servidor regido por una relación de empleo de naturaleza pública y quién no lo es, no se

requiere de una ley especial. Por su parte, en el voto número 7730, de las 14:47 horas, del 30 de agosto del 2000 relacionado con algunos artículos de la convención colectiva de RECOPE, además de analizarse el tema de la naturaleza jurídica de esa entidad, en tanto empresa pública parte del sector público no financiero de la economía. En su apartado referido a la jurisprudencia de la Sala Constitucional con relación a las convenciones colectivas, a modo de síntesis, se indicó: "... con base en la jurisprudencia de la Sala, debe concluirse que RECOPE es una empresa pública y por ende forma parte integrante del sector público en el que resulta constitucionalmente posible la aplicación de la institución de las convenciones colectivas; valga decir, en las llamadas empresas o servicios económicos del Estado y en aquellos núcleos de personal de instituciones y entes públicos en los que la naturaleza de los servicios que se prestan no participan de la gestión pública, en los términos del inciso 2 del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública. Pero la autorización para negociar colectivamente que le brinda el ordenamiento jurídico no es irrestricta...". Asimismo, en el Voto número 10358, de las 15:04 horas, del 22 de noviembre del 2000, al conocer de una acción de inconstitucionalidad contra una norma de la convención colectiva del Consejo Nacional de Producción se consideró: "... Tanto la Convención y concretamente el artículo 12 impugnado, no resultan aplicables a los funcionarios públicos que prestan servicios a la Administración a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva (artículo 111 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública). Por el contrario, sí es posible aplicarlo a los obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al Derecho común, que de conformidad con el artículo 112 inciso 2) de la Ley General de Administración Pública, se rigen por el derecho laboral y no por el derecho público". También a propósito de la Convención Colectiva del Banco Crédito Agrícola de Cartago se emitió pronunciamiento, a saber, el número 3001, de las 10:35 horas del 9 de

marzo del 2006. En esa resolución se refirió que el órgano contralor de constitucionalidad ha reconocido la posibilidad de negociar colectivamente para los trabajadores que no participan de la gestión pública de la Administración, los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al Derecho común. Y, añadió: "Esta Sala ha reconocido por ende que la relación entre el Estado y los servidores públicos, como tesis de principio, es una relación de empleo público o estatutaria; en otras palabras, el servidor del régimen de empleo público se encuentra en relación con la Administración, en un estado de sujeción; aquella puede imponer unilateralmente las condiciones de la organización y prestación del servicio para garantizar el bien público. Esta conclusión no implica que no se pueda tolerar la negociación colectiva en el sector público, pero de conformidad con lo dispuesto en los artículos 191 y 192 constitucionales, únicamente resulta posible para quienes no realicen gestión pública.". Por último, valga hacer mención que en la sentencia 7261 de las 14:45 horas del 23 de mayo del 2006, por la cual se resolvió una acción de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Convención Colectiva de Trabajo del Instituto Nacional de Seguros, se reiteró una vez más la posibilidad de negociación colectiva que tienen los obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración así como para los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común; destacando las premisas fijadas por el fallo 4453-2000.

II.- El artículo 191 de la Constitución Política reza: "Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración". Seguidamente, el 192 dispone: "Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determine, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.". Al amparo de dichas normas, la Sala

Constitucional no estableció en términos generales y absolutos la validez o la nulidad de las convenciones colectivas en algún ámbito específico (incluido el municipal), pues, expresamente indicó que debía analizarse en cada caso concreto si la relación de un determinado empleado está regulada por el Derecho Común o por el Derecho Público. En este último supuesto, le está vedada toda posibilidad de celebrar convenciones colectivas. Para realizar esa labor, debe atenderse lo dispuesto por dicho órgano respecto de los laudos y las convenciones colectivas así como el contenido de los artículos 3, 111 y 112, todos de la Ley General de la Administración Pública. Para ello, debe partirse, de que según lo ha reiterado esa Sala en los pronunciamientos a los cuales se ha hecho mención, las citadas normas 191 y 192 fundamentan la existencia, de principio, es decir, por regla, de un régimen de empleo regido por el Derecho Público, dentro del Sector Público; siendo la excepción en esta materia, la contratación de trabajadores sujetos al derecho laboral común. Esto último se puede dar "... en aquellos sectores en que hay una regulación (racional) que remita a un régimen privado de empleo", según las condiciones que ameriten un trato distinto (Voto 1696-92). Dicha regla es aplicable en todas las relaciones de empleo en el Sector Público, incluyendo el ámbito municipal, precisamente, porque las municipalidades son entes públicos menores territoriales contemplados en los artículos 168 y siguientes de la Constitución Política. Respecto de ellas, dicho sea de paso, se hizo clara referencia en el Considerando VIII denominado "CONCLUSIONES", de la sentencia 4453-00, al indicarse "Y por último, según lo que ha expresado en su informe la Procuraduría General de la República, que esta Sala también acoge, el personal que se desempeña en las Municipalidades del país, está limitado para la negociación colectiva, en los términos de esta sentencia, pues, salvo prueba en contrario, se trata de servidores públicos, regidos por la relación de empleo público.". Por otro lado, a efecto de la determinación de la sujeción de los trabajadores del Sector Público al régimen administrativo o estatutario, no debe llamar a confusión, el concepto de "estatuto", toda vez que, tal y como lo interpretó la Sala Constitucional, la Constitución no restringió el concepto de "estatuto" al de un instrumento jurídico único "... sino que pretende

concretar un régimen uniforme de principios y garantías que regulen la protección de los derechos laborales del servidor público, especialmente atendiendo al de su derecho a la estabilidad" (Voto número 6240 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1993). El criterio reiterado de ese órgano es que están excluidos del régimen público de empleo y, por ende, podrían contratar colectivamente con las limitaciones fijadas por su jurisprudencia; los obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, en tanto sean contratados por el Estado conforme al ejercicio de su capacidad de Derecho Privado así como los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común (artículos 3.2, 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública). Estas normas, por su orden, disponen: "Artículo 3° 1. El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario./2. 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". "Artículo 111.- 1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. 2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario. 3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común". Y, "Artículo 112.- 1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos. 2. Las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3°, del artículo 111, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos. 3.- Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones

legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativas, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo. 4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos". Conforme con las referidas normas (a las cuales, se repite, remiten las sentencias de la Sala Constitucional alusivas al tema), es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva; excluyéndose, de la regulación propia de las relaciones de empleo público, las mantenidas con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración. Si como tesis de principio, quienes prestan servicios al Estado y sus instituciones están regidos por la normativa y principios propios del Derecho Público y no del Derecho Laboral Privado, lo cual tiene raigambre constitucional, las excepciones aparte de que deben acreditarse sin lugar a dudas, como tales, deben tener siempre alcances restrictivos; caso contrario, se entraría en contradicción con la interpretación de la Sala Constitucional de lo preceptuado por el constituyente. De ahí que, en modo alguno podría interpretarse, que sólo están sujetos a un régimen público de empleo los funcionarios que tengan competencias fijadas o definidas específicamente en la ley o los jerarcas en términos generales, pues, por ese camino, evidentemente convertiríamos la excepción en la regla; es decir, sujetando a la mayoría de quienes prestan servicios en el Sector Público a un régimen de empleo privado, con todas las consecuencias que ello implica, incluyendo, por supuesto, la ausencia de estabilidad en el trabajo. Así las cosas, debe tomarse en cuenta que el legislador introdujo en el inciso 2) del artículo 112 citado una frase que es sumamente restrictiva, al señalar que se regirán por el derecho laboral o mercantil, las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados "... que no participan de la gestión pública de la Administración". En lo que interesa, el Diccionario de la Lengua Española define el término "participar" como "Tomar uno parte en una cosa" y, por ende, es "partícipe" el que "... tiene parte

en una cosa, o entra con otras a la parte en la distribución de ella" (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. Madrid. Vigésima primera edición, 1992, p. 1536). De otro lado, el concepto "gestión pública de la Administración", debe relacionarse con la llamada "función administrativa" (de la que se da cuenta en el artículo 49 constitucional) definida desde una perspectiva ecléctica, así: "Pese a las dificultades existentes, como producto de la conjugación de los principales criterios hasta ahora expuestos (sustancial, formal y el del régimen jurídico de los actos) podemos definir, desde una perspectiva ecléctica, la función administrativa como la realizada por los órganos y entes públicos para la tutela concreta, inmediata y directa de los intereses públicos y que se encuentra sujeta a la ley" (JINESTA LOBO (Ernesto) Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I Parte General. San José. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Primera Edición, 2006, p.349). Desde esa perspectiva, la función administrativa se manifiesta de diversas formas, como lo son los actos y los hechos de la Administración. Para el autor citado "La función administrativa jurídica o no, puede manifestarse mediante actos o hechos. Los actos son las declaraciones de voluntad, juicio o conocimiento de la Administración Pública, en tanto que los hechos son las actuaciones materiales u operaciones técnicas realizadas en el ejercicio de la función administrativa" (obra citada p. 357). En ese orden de ideas, el acto administrativo viene a ser tan sólo una "... de las tantas formas de exteriorización" (op.cit., p. 422). De ahí que, la función administrativa no sólo la lleven a cabo los jerarcas. Así las cosas, debe interpretarse que es servidor público quien presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva; participando de esa manera y en mayor o menor medida de la llamada "gestión pública de la Administración", con el fin de tutelar los intereses públicos. De modo que, debe entenderse que no participan de dicha gestión los obreros, trabajadores y empleados no sólo que realizan gestiones desvinculadas de la tutela concreta, inmediata y directa

de los intereses públicos, sino, también, que no forman parte de la organización del respectivo ente público, careciendo de un acto válido y eficaz de investidura, y que por misma razón, la respectiva Administración los contrató en el ejercicio de la capacidad de derecho privado, es decir, como cualquier particular; a lo cual debe recurrir razonablemente y con apego a la ley, sólo de modo excepcional para la realización de tareas puntuales y no ordinarias. Para el ámbito municipal, esa interpretación se refuerza con base en el contenido del numeral 152, inserto en el Título V del Código Municipal, denominado “El Personal Municipal”, apartado que regula aspectos relativos al ingreso a la carrera administrativa municipal; al manual descriptivo de puestos, sueldos y salarios; selección del personal; incentivos y beneficios; evaluación y calificación del servicio; capacitación municipal; permisos; derechos de los servidores municipales; deberes de los servidores municipales; prohibiciones y; sanciones; procedimiento de sanciones. La referida norma 152 establece: “Las disposiciones contenidas en este título sobre el procedimiento de nombramiento y remoción no serán aplicadas a los funcionarios que dependan directamente del Concejo ni a los empleados ocasionales contratados con cargo a las partidas presupuestarias de Servicios Especiales o Jornales Ocasionales. El Concejo acordará las acciones que afectan a los funcionarios directamente dependientes de él”.

III.- Según se tuvo por acreditado y no ha sido impugnado en esta instancia, el señor le prestó servicios a la Municipalidad desde el 14 de setiembre de 1989. El último puesto que ocupó fue el de “AUXILIAR DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS 1”; cuyo nombramiento fue en propiedad y la relación con la demandada terminó el 31 de diciembre del 2003, siendo que a partir del 1° de enero del 2004 se acogió a una pensión por vejez. En consecuencia, debe concluirse que prestó los servicios como parte de la organización del ente municipal por un considerable periodo (por más de catorce años); no siendo contratado por la demandada en el ejercicio de la capacidad de derecho privado. De ahí que resulte evidente que su relación de servicio no estuvo regulada por el Derecho Laboral Privado, sino, por el Derecho Público. Como lógica consecuencia de lo anterior, no podía derivar

derecho alguno de la convención colectiva invocada, pues, a su respecto, ésta devino en inconstitucional, en los términos de aquellas resoluciones constitucionales parcialmente transcritas (números 04453 y 9690, ambas del año 2000). Y, tomando en consideración, que la relación terminó en virtud de renuncia para acogerse a una pensión de vejez, su derecho al auxilio de cesantía le correspondía en los términos previstos en los numerales 29 y 85 (inciso e)), ambos del Código de Trabajo y no con base en aquel instrumento colectivo.

IV.- 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 7 22 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 l) 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 ... ". Don Juan Rafael le prestó servicios a la accionada en el periodo comprendido entre el 14 de setiembre de 1989 y el 1° de enero del 2004. El Tribunal tuvo por acreditado un promedio salarial de ¢198303.93. 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 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. En ese sentido, partiendo del límite de los últimos ocho años que son los únicos que pueden indemnizarse según la ley, tenemos que con anterioridad al indicado 1° de marzo, el actor había laborado 5 años y dos meses y con posterioridad 2 años y 10 meses. Por los primeros 5 años, le corresponde un mes de salario por cada uno, lo que arroja como resultado: ¢991519,65. Por la etapa de transición tiene derecho a: ¢33050,655 (respecto de los dos meses trabajados antes de la reforma) y ¢110168,84 (por los diez meses trabajados con posterioridad a la reforma). Lo anterior suma un total de: ¢143219,49. Por el periodo laborado luego de la transición (dos años), tiene derecho a cuarenta días de salario, lo que equivale a la suma de ¢264405.24. El total que debió cancelarse por auxilio de cesantía fue de: ¢1399144,30. Como según se tuvo

por acreditado, al actor se le canceló por ese concepto ¢1404057.12, no existe ningún saldo en descubierto a su favor por tal renglón. De ahí que, también incurrió en error el Tribunal al reconocer una diferencia de treinta y cinco mil novecientos treinta y dos colones con veinticuatro céntimos. Revoco la sentencia impugnada y, en su lugar, desestimo la demanda en todos sus extremos, acogiendo a su respecto la excepción de falta de derecho. Resuelvo el asunto sin especial condena en costas.

Los suscritos, magistrados van der Laat Echeverría y Brenes Vargas, nos apartamos del voto de mayoría en cuanto a la diferencia del auxilio de cesantía y lo emitimos de la siguiente manera:

CONSIDERANDO:

La recurrente alega que el cálculo de las diferencias en la cesantía concedida se hizo tomando en consideración un mes por cada año que le corresponde. Sin embargo, según su reproche, debe tenerse en consideración que el régimen previsto en la Ley de Protección al Trabajador entró a regir a partir del 1° de marzo del 2001, por lo que al momento de la terminación de la relación ya habían transcurrido 2 años y 10 meses, debiendo entonces aplicarse el transitorio XI de dicha ley y considerar para el cálculo de la cesantía el tiempo servido antes y después de esa data. Lleva razón la entidad demandada en este sentido y es procedente el agravio en el tanto resulta equitativo que se aplique para el cálculo la ley indicada, pues la Municipalidad ha trasladado desde aquella fecha el 3%, calculado sobre el salario mensual, al Fondo de Capitalización Laboral correspondiente al servidor. Sin embargo, es importante aclarar que dicho cómputo se debe hacer con un tope de doce años, en concordancia con lo regulado en la convención colectiva. Debe tomarse en cuenta que el actor laboró un total de 14 años, 3 meses y 16 días, devengando un salario promedio de ¢198.303,93, en los últimos seis meses. A partir del 1° de marzo del 2001 en que entró a regir la reforma introducida al artículo 29 del Código de Trabajo por la Ley de Protección al Trabajador, el demandante laboró 2 años y 10 meses. En consecuencia, el cálculo de la cesantía debe realizarse aplicando el texto vigente y el anterior del numeral 29 citado, debiendo tomarse

en cuenta el período de transición. Así, al período indicado de 2 años y 10 meses debe aplicarse la nueva y vigente normativa y, al período que complete los doce años, que es el máximo que puede ser reconocido, en aplicación de la Convención Colectiva, según se expuso en el anterior considerando, debe aplicársele la anterior norma. De esa manera, para la indemnización que le corresponde por los 2 años y 10 meses que laboró después de que empezó a operar el sistema previsto en la Ley de Protección al Trabajador, debe tomarse en cuenta el tiempo total servido, a los efectos de establecer el inciso que debe aplicarse. Como la relación se extendió por más de 13 años, cabe entonces aplicar el inciso m), de conformidad con el cual, le corresponden 20 días de salario por año laborado o fracción superior a 6 meses. Los 2 años completos aunados a los 10 meses da un total de 34 meses, por lo que le corresponden, entonces, 56,66 días de salario ($X = 34 \times 20 / 12$). La cesantía que ha de otorgársele con base en la aplicación del vigente artículo 29 citado es entonces de 56,66 días. El período que completa los 12 años es de 9 años 2 meses. Con base en la anterior normativa, por los 9 años le correspondería un mes de salario por cada uno, para un total de 9 meses de salario y por los dos meses (60 días) le correspondería un total de 5 días ($X = 2 \times 30 / 12$). El total, por cesantía, asciende a 9 meses (¢1.784.735,30) y 61,66 días (¢407.580,67) para un monto total de ¢ 2.192.315,90, pero como ya se le había pagado en sede administrativa la suma de ¢1.404.057,12 esta debe rebajarse, para un total de ¢ 788.258,80, que es lo que debe pagarse por diferencias en el auxilio de cesantía. El cálculo realizado se sintetiza en el siguiente cuadro:

Nuevo cálculo de acuerdo a la Ley de Protección al Trabajador:

Monto	Concepto
¢1.784.735,30	9 meses
¢407.580,67	61,66 días
¢2.192.315,90	Sub total a reconocer
¢1.404.057,12	(-) Lo que ya fue pagado
¢788.258,80	Total a reconocer

Montos reconocidos por cesantía por el Tribunal:

Monto otorgado	Concepto
¢793.215,72	Por 4 meses restantes
¢35.932,24	Por diferencias en los ochos meses
¢829.147,96	Monto reconocido

Se tiene entonces que el Tribunal otorgó ¢40.889,16 de más al actor, que es la diferencia entre el total otorgado por dicho órgano, menos lo que efectivamente se debe conceder, con base en el nuevo cálculo hecho por esta Sala, en aplicación razonada de la convención colectiva. En consecuencia, el monto que corresponde por diferencias de cesantía es la suma de ¢788.258,80.

POR TANTO:

Modificamos la sentencia recurrida en tanto concedió, por diferencias en el auxilio de cesantía, la suma de ochocientos veintinueve mil ciento cuarenta y siete colones con noventa y seis céntimos. En su lugar, por tal concepto concedemos un monto de setecientos ochenta y ocho mil doscientos cincuenta y ocho colones con ochenta céntimos.

DESPIDO DE EMPLEADA DE CONFIANZA EN PERÍODO DE LACTANCIA VOTO N° 2007-000701

De las 10:10 hrs. del 28 de septiembre de 2007.

I.- ANTECEDENTES. Como fundamento de su pretensión, la actora afirmó que fue nombrada en el puesto de Asistente Fracción Política 2, N° 38775, en el Área de Fracciones Políticas, con un salario de ¢203.557 mensuales; por un plazo del 1° de mayo del 2002 al 30 de abril del 2006. Refirió que en octubre del 2002 quedó embarazada y por lo cual se le extendió la respectiva licencia de maternidad del 1° de julio de 2003 al 29 de octubre de ese año. De regreso a su trabajo le manifestó a su jefa, la diputada ..., que se retiraría más temprano por tener derecho a la hora de lactancia. En ese acto, su jefa le respondió que no se preocupara, pues había decidido despedirla y que tenía la carta de despido en su poder, sin que

le diera ninguna explicación sobre los motivos. En consecuencia, acudió a estrados judiciales y demandó la declaratoria en sentencia, de los siguientes extremos: a) que el despido fue injustificado; b) que se violó el debido proceso, pues se debió haber seguido el trámite del artículo 94 bis de Código de Trabajo, para que se demostrara la falta endilgada; c) que la Asamblea Legislativa está obligada a restituirla en su puesto de trabajo con el pleno goce de sus derechos laborales; d) que la Asamblea está obligada a pagarle los salarios caídos dejados de percibir, intereses al tipo legal desde el despido hasta su reinstalación efectiva; e) que su patrono debe hacerle frente a la indemnización por el grave daño moral que le ha ocasionado, por haber lesionado su dignidad humana, y cuya cuantificación será establecida en sentencia; f) que sobre el monto del daño moral, la demandada deberá pagar intereses al tipo de ley, a partir del momento de la producción del daño y hasta su efectivo pago; y g) que la entidad accionada debe hacerle frente a las costas procesales y personales de la demanda. La demanda fue contestada en forma extemporánea (folios 96 a 110). La sentencia de primera instancia declaró parcialmente con lugar la demanda, ordenó la reinstalación de la actora con el pleno goce de sus derechos laborales, debiendo la parte accionada cancelarle los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la fecha en que regía su contrato de trabajo, sea hasta el 30 de abril de 2006, intereses legales desde el despido y hasta su efectivo pago, y honorarios de abogado en el veinte por ciento sobre la condenatoria. Denegó el daño moral (folios 123 a 146). En apelación de ese fallo, interpuesta por la representación estatal, conoció el Tribunal de Trabajo, el cual declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos y resolvió el asunto sin especial condena en costas (folios 209 a 215). Ante esta Sala recurre el apoderado especial judicial de la actora por los motivos que de seguido se exponen.

II.- AGRAVIOS: El apoderado especial judicial de la actora muestra inconformidad con lo resuelto en la instancia precedente y, en concreto, reclama: a) que la sentencia impugnada debe revocarse porque incurre en una serie de irregularidades y deficiencias, tanto en la valoración de los hechos, como de la prueba y las circunstancias en las cuales se dio por parte del patrono la violación a la normativa laboral y derechos

de la actora. b) que está absolutamente demostrado que su representada fue contratada por la Asamblea Legislativa para desempeñarse durante cuatro años en el puesto de Asistente de Fracción Política 2. Objeta que se le haya denegado la estabilidad en su puesto por la condición de servidora de confianza. Independientemente del nombre de su cargo, el plazo estaba definido por un contrato firmado entre las partes, por lo que el ad quem incurrió en error al atribuir a un contrato por tiempo determinado -cuatro años-, la condición "por tiempo indefinido", violando así el cuadro fáctico constante en el expediente, al introducir un elemento nuevo, del que nunca se ha discutido. c) Insiste en la revocatoria de la sentencia, porque quedó probado en autos la licencia por maternidad, del 1° de julio de 2003 al 29 de octubre de ese año, y que la actora fue despedida sin justa causa a partir del 15 de noviembre de 2003, cuando estaba en período de lactancia. Ese despido se ordenó con el falaz argumento de que la oficina requería de bastos servicios y experiencia en atención al público, recepción de documentos, sin haberse seguido el debido proceso, por lo que el patrono no demostró el incumplimiento de sus obligaciones. No obstante, el Tribunal da por buena la conducta patronal, a pesar de que vulnera la consideración y el respeto que debe regir las relaciones contractuales laborales. d) El patrono infringió el artículo 94 del Código de Trabajo, al cesarla en período de lactancia; así como el debido proceso, ya que no se siguió el trámite ordenado por el numeral 94 bis ibídem. El Tribunal hizo caso omiso y revocó la sentencia, por considerar que la actora pidió sus prestaciones legales e indemnizaciones por el período de lactancia, insinuando que renunció a ello. e) Que el acuerdo de despido debía ser tomado por la fracción para presentarlo al Directorio. f) Que la sentencia se fundamenta en premisas incorrectas, tales como que el despido no se debió a la atribución de una falta, cuando consta en autos que doña ... manifestó por escrito el despido por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Que cuando se le dio la carta de despido, ya había finalizado el período de lactancia, lo cual es falso. g) Se vulneró el principio de certeza, ya que el nombramiento se convertía en una relación contractual a un plazo de cuatro años, de modo que se le podía despedir antes pero pagándole los salarios dejados de percibir por el resto del contrato laboral.

Al interpretar el Tribunal que era a plazo indefinido, quebranta el principio de la lógica de toda resolución judicial. h) Que la sentencia se basa únicamente en lo dispuesto por la Sala Constitucional en el recurso de amparo presentado por la actora. Con su anuencia a la indemnización no se estaba mostrando conforme, sino solicitando lo que se le debía, pues de lo contrario, no hubiera presentado esta demanda. Le reprocha al fallo, una indebida interpretación de lo resuelto por la Sala Constitucional. Señala como quebrantados los artículos 14, 18, 19, 94, 94 bis, 95 y 454 del Código de Trabajo, así como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y la Ley de promoción de la igualdad real de la Mujer N° 7142 de 2 de marzo de 1990, y los artículos 41, 51 y 55 de la Constitución Política. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se declare que la actora tiene derecho a los rubros conferidos en la sentencia de primera instancia (folios 223 a 231).

III.- DEL DESPIDO DE LA TRABAJADORA

EMBARAZADA. De manera reiterada, cuando esta Sala ha debido analizar la legalidad del despido de una trabajadora embarazada o en período de lactancia, ha hecho acopio del conjunto de disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico y que establecen una especial tutela para la trabajadora grávida, habida cuenta de los innegables actos de discriminación laboral a los que por esa particular condición, se enfrenta la población femenina en el campo laboral. En este sentido se ha citado la Constitución Política – nuestra norma fundamental- en cuanto declara a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad; y la obligación para el Estado de darle una protección especial, dentro de ella, a la madre y al niño. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 17.1 y 19, consagra una protección especial a la familia y a los menores. Pero también existen otras disposiciones de igual raigambre normativa supranacional, que en orden al respeto de los derechos fundamentales de todas las personas, contemplan una preocupación y protección especial para las mujeres, en todos los ámbitos de su participación. Esta normativa no hace otra cosa que reconocer la especial condición de vulnerabilidad con la cual son tratadas las mujeres, en muchos ámbitos

de su participación dentro de la sociedad. Dentro de este cúmulo de importantes tratados internacionales debemos citar la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” conocida como la “Convención de Belém do Pará”, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994 e incorporada al ordenamiento interno por Ley N° 7499, del 2 de mayo de 1995, en cuanto propugna la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer. Asimismo, la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” ratificada por Ley N° 6968, del 2 de octubre de 1984. Esta última contiene importantes normas relacionadas con esta concreta materia. Así, por ejemplo, en el artículo 11, se establece: “1°.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular: ... f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. / 2°.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil. / b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales. ...”. Algunos de los principios que a manera de normas programáticas consagran estos cuerpos normativos, fueron desarrollados por la Ley N° 7142, del 8 de marzo de 1990, que es la Ley de promoción de la igualdad social de la mujer, el cual reformó el artículo 94 del Código de Trabajo y le adicionó el numeral 94 bis; estableciéndose una protección especial mayor para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. Aunque también, la protección contra el despido discriminatorio, se vio apoyada por la prohibición general contra toda discriminación laboral, introducida a ese Código, por Ley N° 8107 de 18 de julio del 2001. Con base en estas disposiciones, se puede decir que existe una prohibición general para el

despido de la trabajadora embarazada o en período de lactancia que, corresponde decirlo, no se traduce en una inamovilidad de la trabajadora sino en una garantía de estabilidad en el trabajo, de no poder ser despedida a menos que concurra en una causal legal para ello. Esta protección se ve reforzada, porque aún en ese supuesto, el patrono –dice el artículo 94 del Código de Trabajo- está obligado a gestionar la autorización del despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, donde deberá comprobar la falta. Ahora bien. Establece la norma que para gozar de esta protección, la trabajadora debe dar aviso de su estado al empleador y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social; mas, tal exigencia debe entenderse como una medida para comprobar de manera fehaciente al patrono la condición del embarazo o de la lactancia, pues no es posible entender que, el cumplimiento de tal formalidad sea más bien un obstáculo para la protección que se pretende o bien, un instrumento del cual se apropie el patrono para desconocer la aplicación de esa disposición. Por esa razón, en múltiples ocasiones en los que la Sala ha conocido de casos semejantes al que nos ocupa, ha declarado la nulidad del despido cuando, aún sin habersele hecho entrega del mencionado dictamen, el patrono o sus representantes tenían conocimiento de la gravidez de la trabajadora. En la construcción jurisprudencial, de la aplicación de la norma al caso concreto, se ha dicho que la certificación médica bien puede ser aportada con posterioridad; pues no se trata de un requisito esencial para que opere la protección; dado que basta la mera comunicación –que incluso puede ser hasta verbal-, para que operen los mecanismos de protección. Esa comunicación, se ha dicho, puede hacerse aún en el momento mismo del despido (ver, entre las más recientes, las sentencias números 91, de las 10:10 horas, del 2 de febrero; 136, de las 9:35 horas, del 23 de febrero; y, 281, de las 10:10 horas, del 25 de mayo, todas del 2001) e inclusive puede omitirse si el embarazo es notorio (consúltense, entre muchos otros, el fallo, número 438, de las 9:30 horas, del 3 de agosto del 2001); y, la protección aún prospera, cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes, que el empleador tenía conocimiento de la gestación de la trabajadora (al respecto, pueden verse las sentencias números 589, de las 10:00 horas,

del 28 de setiembre del 2001; y, 229, de las 9:00 horas, del 17 de mayo de este año 2002). En esencia, se trata de la tutela al fundamental derecho al trabajo, pero además, al también fundamental derecho a la vida y a la procreación. El despido de una mujer embarazada o en período de lactancia, por cualesquiera de esas dos condiciones es entonces doblemente discriminatorio. En primer lugar, porque limita el ejercicio del derecho fundamental a la vida y a la procreación, ante el riesgo que enfrenta la trabajadora de verse despedida por el ejercicio de tales derechos fundamentales; y en segundo término, porque al ser la condición del embarazo o de la lactancia, una situación propia y natural a las mujeres, sólo afecta a esta parte, tan importante, de la población laboral. Ahora bien. Como las actuaciones discriminatorias normalmente no se presentan abiertas, sino veladas, quien juzga debe tener una sensibilidad especial al valorar la prueba aportada y al amparo de la sana crítica poder discernir si se trata o no, de un despido discriminatorio; tomando en consideración que, por enfrentarnos ante el reclamo de derechos fundamentales toda interpretación posible debe hacerse en pro de la tutela efectiva que otorga ese régimen de protección. Por eso se ha dicho que, están cubiertas por este fuero especial las trabajadoras aún en el período de “de prueba” que se estila tanto en el sector público como en el privado, lo mismo que las funcionarias interinas; y que el procedimiento previsto para ante el Ministerio de Trabajo, no puede ser suplantado por un procedimiento disciplinario verificado al interno de la entidad patronal, pues éste otro, consagrado en esta ley, corresponde a un procedimiento especial de tutela para las trabajadoras en tales condiciones (ver en este sentido los votos N° 948-00 de las 8:10 horas del 24 de noviembre del 2000; 136-01 de las 9:35 horas del 23 de febrero del 2001).-

IV.- SOBRE LA LEGALIDAD DEL DESPIDO EN EL CASO EN ESTUDIO:

Dice el artículo 94 del Código de Trabajo que la trabajadora en período de lactancia despedida sin la necesaria autorización del Ministerio de Trabajo, podrá pedir al juez de trabajo su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos y el juez le impondrá al empleador el pago de los salarios dejados de percibir; o en caso de que la trabajadora no optara por la reinstalación, el patrono deberá pagarle, además de la indemnización por cesantía a que tuviere

derecho y en concepto de daños y perjuicios, diez días de salario. En el caso en estudio, el Tribunal de Trabajo desestimó la demanda por dos concretas razones: en primer lugar, porque de acuerdo con el voto de la Sala Constitucional que rechazó el recurso de amparo, no hubo violación a ningún derecho fundamental en tanto la condición del puesto permitía la libre remoción; y en segundo término, porque la actora mostró su anuencia con el cese de sus labores. Ciertamente, el voto constitucional al que se hizo referencia, declaró que no hubo en el despido de la trabajadora ninguna vulneración a algún derecho fundamental, dada su condición de empleada de confianza y porque -dice la Sala- la actora aceptó el cese de sus labores. Sin embargo, en modo alguno, ese pronunciamiento constitucional (folios 206-208) analizó el despido de la trabajadora, al alero de su derecho fundamental a no ser discriminada en razón de su condición grávida. Por esa razón, en esta litis no puede librarse el análisis de la legalidad del despido, a lo que, sobre un aspecto específico resolvió la Sala Constitucional. Por el contrario, por encontrarnos -como se dijo- frente a un derecho fundamental, la protección contra el despido de una trabajadora embarazada o en período de lactancia, no admite más restricciones que las legalmente impuestas y lo cierto es que, ninguna restricción legal existe para el reconocimiento de la tutela especial concebida para las mujeres en tales estados. Frente a una trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia y salvado el caso de razones objetivas concretas, el patrono -del sector público o del privado- que pretenda despedirla debe proceder a gestionar la autorización respectiva ante el Ministerio de Trabajo; independientemente de que la trabajadora se encuentre en una etapa de prueba, o interina, o bien se trate de una trabajadora de confianza, pues lo contrario sería interpretar que estas trabajadoras -de por sí, en una precaria situación laboral- sí puedan ser afectadas con actos discriminatorios, lo que evidentemente resultaría contradictorio con la finalidad proteccionista de la ley.

El otro de los aspectos relacionados en el fallo del Tribunal, niega el derecho a la actora por el hecho de haber recibido la indemnización prevista en el artículo 94 bis del Código de Trabajo. Como bien lo advierte

el recurrente, en el voto constitucional citado, esa Sala dijo: “En todo caso, de considerar la amparada improcedente su despido por todas las razones esgrimidas en su escrito e interposición, así como la interpretación que se diera a la nota de cita, mediante la cual, según se consideró por parte de las instancias legislativas pertinentes, mostró su anuencia con el cese de funciones, le asiste el derecho de acudir ante la jurisdicción laboral correspondiente, para lo que en derecho corresponda, pero no ante este Tribunal, por ser materia ajena al ámbito de su competencia.” Sabido es que, la competencia de la Sala Constitucional está referida a aspectos de constitucionalidad y vulneración de derechos fundamentales, pues los de legalidad deben ser dirimidos en la jurisdicción común. La indemnización contemplada en el artículo 94 bis del Código de Trabajo, está concebida como un derecho alternativo que tiene la trabajadora embarazada o en período de lactancia para que, una vez constatado por los órganos jurisdiccionales que su despido se realizó en contravención con lo dispuesto en el artículo 94 del Código de Trabajo, el juzgador/a ordene su reinstalación a su puesto, con pleno goce de sus derechos, en cuyo caso, la trabajadora podrá optar por acogerse a la indemnización legal. Es entonces una prerrogativa de la trabajadora, renunciar a la reinstalación y pedir en su caso, el pago de la cesantía y los daños y perjuicios dispuestos, a razón de diez días de salario. En el presente caso, se ha constatado que el trámite ante el Ministerio de Trabajo, para proceder al despido, fue obviado bajo el criterio de que cuando a la actora se le comunicó el despido, ella no había aportado ninguna certificación médica, ni constancia (folios 76-82 y acuerdo de directorio legislativo a folios 84-88). Sin embargo, está demostrado que la comunicación del despido se le hizo formalmente a la trabajadora, un día después de haberse reintegrado de su licencia por maternidad, el 29 de octubre del 2003 (folio 79). La lactancia es un hecho natural y consustancial al parto, de particular protección incluso a través de una ley especial, denominada Ley de Fomento a la Lactancia Materna, cuya preocupación fundamental es fomentar, apoyar, promocionar y proteger la lactancia materna de los niños y niñas menores de un año. De manera que no es lógico pensar que una trabajadora recién

reintegrada a sus labores con ocasión de la licencia por maternidad, no se encuentre en esa situación. Ciertamente existe una obligación de la trabajadora de documentar ante el patrono esa condición, a los fines de poder contar con los beneficios dispensados por la norma. Sin embargo, en semejantes condiciones en las que además, la trabajadora pone verbalmente en conocimiento de su jefa, su condición, la buena fe y el respeto al ordenamiento jurídico, impedían proceder a su despido. Como se mencionó en líneas precedentes, de manera reiterada la Sala ha sido conteste en declarar:

“La certificación médica o la constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social, no tiene que ser aportada, necesaria y obligatoriamente, al momento de comunicarse el estado de gravidez; pues de mantenerse la relación laboral, ese requisito, meramente Ad probationem, bien puede cumplirse a posteriori, por lo que, si la trabajadora le comunica al empleador, o a su representante, estar embarazada, el empleador deberá conceder un término razonable a la trabajadora para que acredite su estado y, si así lo demostrase, deberá entonces seguir, contra ésta, aquel trámite administrativo previo”.

En ese orden de ideas, ese fuero especial previsto por la ley tiene como fundamento el hecho mismo del estado de la gravidez o la lactancia, con el fin de hacer efectiva aquella protección especial a la madre y al niño, dispuesta por la Carta Fundamental. En consecuencia, basta con que la trabajadora invoque dicha situación, para que el patrono no pueda despedirla a su arbitrio; debiendo requerirla para que en un término prudencial le presente el certificado médico que respalde su afirmación y de corroborar su certeza, seguir el procedimiento administrativo indicado (sobre el tema también se pueden consultar los Votos Números 340, de las 10:10 horas, del 30 de octubre de 1996; 148, de las 10:30 horas, del 19 de junio de 1998; y el 1012, de las 9:40 horas del 24 de noviembre del 2004). Bajo tales supuestos -aplicables por igualdad de razones al caso de la trabajadora en período de lactancia- los representantes patronales podían suponer y advertir que la actora se encontraba en estado de lactancia y por lo mismo, era imposible proceder a su destitución, sobre todo, si en un término

prudencial de seis días y sin que se hubiera tomado formalmente el acuerdo de su despido (folio 33 y 80), la actora aportó la certificación médica de su condición. Al no proceder de esa forma y ordenar pese a ello, la destitución de la trabajadora, no cabe duda que el despido resultó ilegal, pues en esa condición la trabajadora no podía ser despedida, sin el necesario e indispensable trámite previo ante el Ministerio de Trabajo. El punto es que, la solicitud de pago de indemnización realizada ante el directorio legislativo, no puede entenderse como sustitutiva del derecho de la trabajadora a reclamar contra la ilegalidad de su despido. Como se apuntó en las líneas precedentes, el derecho a la indemnización dispuesta por la ley, es una opción que tiene la trabajadora cuando el juez(a) ordena la ilegalidad del despido; caso en el cual, la trabajadora, con plena libertad, podrá optar entre el retorno a su puesto o la indemnización. Ese no es un supuesto válido en donde se pueda ubicar, la decisión de doña ..., dado que cuando ella formuló la solicitud de esa indemnización no estaba en la condición de elegir entre la reinstalación a su puesto o el pago de la indemnización, y por lo mismo no puede decirse que la trabajadora haya realizado libre y válidamente una opción y una renuncia a un derecho que en ese momento no se le había garantizado.

V.- CONCLUSIÓN: Estando en presencia de un despido evidentemente nulo por ilegal, se debe revocar la sentencia recurrida en cuanto denegó los extremos peticionados en la demanda. Para restituir a la actora ... en los derechos que le fueron violados, el Estado debe pagarle los salarios caídos por todo el tiempo que faltó para que se cumpliera su contrato a plazo, así como los intereses al tipo legal y ambas costas del proceso, fijándose las personales en el veinte por ciento de la condenatoria. A las cantidades resultantes, que se fijarán en ejecución de sentencia, se le rebajará la suma recibida por prestaciones laborales.

POR TANTO:

Se revoca la sentencia recurrida. Se acoge la demanda en los extremos que se dirán, entendiéndose denegada en lo demás. Se declara nulo el despido de que fue objeto la actora En consecuencia, para restituir a doña ... en los derechos que le fueron violados, el

Estado debe pagarle los salarios caídos por todo el tiempo que faltó para que se cumpliera su contrato a plazo, así como los intereses al tipo legal a partir del momento en que se generaron las obligaciones; y ambas costas del proceso, fijándose las personales en el veinte por ciento de la condenatoria. A las cantidades resultantes, las que se fijarán en ejecución de sentencia, se le rebajarán a la actora, la suma pagada por prestaciones laborales.

Los suscritos Magistrados, disentimos del voto de mayoría de esta Sala, con fundamento en las siguientes consideraciones:

I.- La Constitución Política dedica el Título V, a la tutela y protección de los derechos y de las garantías sociales. En el Capítulo Único de ese Título, el numeral 51, consagra la familia como elemento natural y fundamento esencial de la sociedad, estableciendo una protección especial por parte del Estado; derecho que, expresamente, se hace extensivo, entre otros, a la madre y al niño. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 17.1 y 19, señala la protección a la familia y a los menores. Estas normas se encuentran desplegadas en la legislación ordinaria, en los artículos 94 y siguientes del Código de Trabajo, que detallan el contenido de esos principios. Así, el numeral 94 prohíbe a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave, conforme a las causales establecidas en el artículo 81 ibídem, caso en que deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Sin embargo, para gozar de esta protección, la trabajadora debe dar aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social. El 94 bis ibídem, establece el derecho de la trabajadora despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, a gestionar ante el juez de trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos. En el supuesto de que no optare por la reinstalación, el patrono deberá pagarle, además de la indemnización por cesantía a que tuviere derecho, y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, y

los salarios dejados de percibir desde el momento del despido y hasta completar ocho meses de embarazo. De esa manera se establece una clara excepción al régimen de libre despido, contemplado en el artículo 63 de la Constitución Política.

II.- La trabajadora embarazada o en período de lactancia goza de una protección especial que impide el libre despido, para evitar que por razón de su género, sea discriminada. Así, el artículo 94 bis del Código de Trabajo, establece su derecho a la reinstalación con el pleno goce de todos sus derechos, y en caso de que no optare por ello, la indemnización por cesantía, y en concepto de daños y perjuicios, diez días de salario. En el caso en estudio, la actora optó por esto último, pues en nota de fecha 12 de noviembre de 2003, dirigida al diputado ..., Presidente del Directorio Legislativo, manifestó: “En vista del Acuerdo Legislativo tomado el 11 de noviembre del presente año, artículo 13, solicito se me reconozca la indemnización por período de lactancia según los artículos 94 bis y 95 del Código de Trabajo, debido a que fui despedida del despacho de la Diputada ... un día después de que se culminó mi licencia de maternidad y consta en los servicios de salud de la Asamblea Legislativa que me encuentro en período de lactancia” (folio 190). De modo que si en acuerdo N° 004-04 de la Asamblea Legislativa, se acogió la gestión presentada por la señora ..., y se acordó reconocerle el pago de 39 días de cesantía, 10 días de indemnización, 1 mes de preaviso, 15 días de vacaciones correspondientes al período 2002-2003, y 7.5 días del 2003- 2004, para un total de ₡614.206,55 (folios 187 y 188), no procede la reinstalación pretendida. En este sentido, la Sala Constitucional, en Voto N° 03666, de las 9:53 horas del 16 de abril de 2004, que rechazó por el fondo el recurso de amparo interpuesto por la actora, consideró: “...al demostrarse que no ostentaba una condición laboral en la que para su cese, debió someterse a un procedimiento administrativo, en razón de que ella misma mediante nota del 12 de noviembre de 2003, mostró su anuencia con el cese de sus labores, aún cuando se encontraba dentro del período de lactancia y por ende, protegida por las disposiciones legales que regulan el despido de funcionarias en estado de gravidez o dentro del período de lactancia, razón por la que ante la ausencia de trasgresión a derecho fundamental alguno, el

recurso resulta improcedente...” (folio 208). De forma tal que consideramos no hay elementos de prueba suficientes para razonablemente suponer que el despido obedeciera a un acto discriminatorio en razón del período de lactancia. No estamos en presencia de un despido de esta naturaleza, ya que no ha quedado demostrado en el proceso, la relación de causalidad entre el hecho motivador del despido y el período de lactancia de la actora. En consecuencia, estimamos que no incurrieron los juzgadores de instancia, en los errores en la valoración de prueba que se les atribuyen, ni infracción a las normas que se citan.

III.- Por las razones expuestas, nos apartamos del criterio de la mayoría, y confirmamos la sentencia.

POR TANTO:

Confirmamos el fallo recurrido.

MÉDICOS EXTRANJEROS RESIDENTES VOTO N° 2007-000082

De las 9:35 hrs. del 14 de febrero de 2007.

I.- Los médicos residentes extranjeros realizan estudios de postgrado en hospitales de la entidad accionada, en virtud de un convenio existente entre la Universidad de Costa Rica y la Caja Costarricense de Seguro Social -representada por el Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (C.E.N.D.E.I.S.S.S), encargado de la dirección y planificación estratégica de todo lo que es capacitación, investigación y formación en esa entidad-, para la formación de profesionales en medicina. Para la aplicación de ese convenio se elaboró el “REGLAMENTO DEL MEDICO RESIDENTE EXTRANJERO”, aprobado en la Sesión N° 787 de la Junta del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, realizada el 17 de octubre de 1989 (folios 126 a 129). El 13 de noviembre de 1997 la Asociación de Médicos Cirujanos Residentes Extranjeros, formuló una gestión administrativa, ante la Junta Directiva del ente demandado, con el fin de que se le reconociera a ciento veintiocho de sus representados los mismos derechos laborales que perciben los médicos residentes

nacionales, o sea para que se les reconozca el derecho a la igualdad laboral respecto de estos (folios 13 a 21). La Junta Directiva de la demandada, en el artículo 12° de la sesión número 7182, celebrada el 9 de diciembre de 1997, respondió: “Conocido el planteamiento formulado por ciento veintiocho médicos residentes colombianos tendientes a que se les reconozca el salario ordinario y extraordinario (guardias), aguinaldo e intereses sobre las sumas correspondientes desde que ellos ingresaron al Sistema de Estudios de Posgrado (sic) Médico, acuerda comunicarles que el objeto de su reclamación se encuentra en discusión judicial, en la actualidad respecto, de un grupo de residentes becarios extranjeros, por lo que no resulta prudente pronunciarse sobre el particular en este asunto. No obstante, la Institución valorará lo que resuelva en última instancia y manifiesta desde ahora que si el fallo resulta razonable, lo acogerá y aplicará no solo a los actores sino a cualquier otra persona que se encuentre en la misma situación” (folio 23). Inconforme con esa respuesta, planteó la presente demanda para que en sentencia se condene a la accionada a pagar a los profesionales médicos residentes extranjeros por ella aquí representados: a) los salarios ordinarios y extraordinarios (guardias), desde el ingreso de cada uno de los demandantes al Sistema de Estudios de Postgrado Médico al servicio de la Caja Costarricense de Seguro Social; b) los aguinaldos desde la fecha de ingreso al servicio de la demandada; c) los intereses legales de las sumas no canceladas desde la fecha en que debieron cancelar hasta su efectivo pago; d) se le ordene a la demandada abstenerse en el futuro, de seguirlos tratando desigualmente en relación con los médicos residentes nacionales, reconociendo su condición de trabajadores al servicio de la institución, con idénticos beneficios económicos y de otra índole otorgados por las leyes laborales del país y; e) se condene a la accionada al pago de ambas costas del proceso y a todo daño y perjuicio ocasionado (folios 1 a 12). La representación de la Caja Costarricense de Seguro Social contestó negativamente la demanda y opuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, litis consorcio pasiva necesaria (resueltas interlocutoriamente), falta de derecho y la genérica de sine actione agit (folios 68-75). El juzgado de primera instancia acogió las excepciones de falta de derecho y la genérica de sine actione agit en sus

modalidades de falta de legitimación activa y falta de interés, declaró sin lugar la demanda y resolvió el asunto sin especial condenatoria en costas (folios 225 a 243). Lo resuelto fue apelado por la asociación demandante y la Sección Cuarta del Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José confirmó el fallo impugnado (folios 246 a 248 y 254 a 267). Ante la Sala, el apoderado especial judicial de la parte actora se muestra disconforme porque la sentencia recurrida se sustenta en el “Reglamento del Médico Residente Extranjero” el cual considera jurídicamente inexistente por no haber sido aprobado vía decreto por el Poder Ejecutivo, como lo manda la propia Ley Orgánica del Colegio de Médicos. Alega que no se resolvieron todos los puntos sometidos a debate y se violaron los principios de sana crítica racional, primacía de la realidad e igualdad constitucional, por cuanto en el proceso se ha señalado que todos los médicos residentes extranjeros tienen los mismos derechos laborales que poseen los nacionales, en virtud de que ambos realizan una misma labor y tienen las mismas credenciales académicas. Objeta que la prueba se analizara aisladamente y no en su conjunto, así como el hecho de que solo se utilizaran de la Ley de Migración y Extranjería, artículos para sustentar la imposibilidad de obtención de derechos laborales a favor de los médicos residentes extranjeros, en virtud de su condición migratoria y no el artículo 100 de ese cuerpo normativo que señala “La verificación de la infracción no exime a los empleadores del pago de los sueldos, salarios u otro tipo de remuneración al personal que hubiere contratado con violación a lo dispuesto en esta ley”. Con base en esos argumentos pretende que se revoque lo resuelto y se declare con lugar la demanda con las costas a cargo de la accionada (folios 275-276).

II.- No se atiende el reparo de que no se resolvieron todos los puntos sometidos a debate porque la recurrente no señala las cuestiones o puntos concretos en que considera el fallo impugnado omitió pronunciarse. Sobre la validez del “Reglamento del Médico Residente Extranjero”, esta Sala en el voto 377, de las 14:40 horas del 14 de abril del 2000 señaló que si bien ese reglamento no había sido aprobado por el Poder Ejecutivo, tal y como lo establece el artículo 12, inciso e) de la Ley Orgánica del Colegio de

Médicos y Cirujanos, ello no generaba ningún derecho a favor de los médicos representados por la accionante, puesto que su condición no es igual a la de los médicos residentes nacionales que prestan sus servicios para la entidad accionada. No violentó el fallo impugnado el principio de sana crítica, porque analizada que fue en su conjunto la prueba documental constante en autos y la testimonial de los señores ... –Gerente Médico de la Caja- y –Director Ejecutivo del Cendeiss-, la Sala concluye, al igual que lo hicieron los juzgadores de las instancias precedentes, que la accionada tiene un convenio con la Universidad de Costa Rica para la formación de médicos especialistas y que esa institución educativa es la que admite al médico residente extranjero por medio del sistema de estudios de postgrado. Asimismo la Caja Costarricense del Seguro Social, en virtud del citado convenio, al no existir en nuestro país un hospital universitario donde los estudiantes pongan en práctica sus conocimientos, presta su infraestructura y equipo médico para que los educandos realicen sus prácticas en alguno de sus nosocomios, donde al igual que los demás médicos de la institución deben presentarse dentro de las jornadas que se les asigne. Luego, la accionada no cobra a los médicos residentes extranjeros por la utilización de los equipos médicos, infraestructura y organización, que son vitales para su formación académica y profesional, por lo que a cambio les exige ponerse bajo las órdenes de los médicos especialistas de la Caja, que a su vez son profesores de la Universidad de Costa Rica y cumplir, al igual que los médicos educandos residentes nacionales, con un horario, los trabajos de investigación, las sesiones clínicas de estudio, la presentación de casos, la consulta externa, así como efectuar intervenciones quirúrgicas y realizar guardias, todo bajo la estricta supervisión y vigilancia de un profesor o tutor. Las guardias son parte fundamental del programa de estudio de casi todas las especialidades, porque en ellas se conocen patologías o enfermedades que usualmente en el día no se ven y se aprende a manejar las emergencias que se dan principalmente en las noches o en fines de semana, además de considerarse que es ahí donde se reafirman y solidifican los conocimientos. De igual forma el programa de postgrado de especialidad médica les exige a los médicos residentes extranjeros ingresar al mismo, becados por el gobierno o alguna institución de sus

respectivos países, o en su defecto, contar con algún tipo de recursos o asistencia económica, que les permita hacer frente a sus necesidades básicas de estadía, alimentación, transporte, matrícula y otros que demande su proceso de adiestramiento, pese al beneficio que se les concede al facilitarles los equipos e infraestructura de la demandada, para que puedan estudiar y practicar la medicina especializada, lo que les reduce sustancialmente los costos del postgrado de especialidad médica en Costa Rica. Por otra parte, el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, mediante autorización especial, les permite a los médicos residentes extranjeros ejercer su práctica profesional mientras duren sus estudios, todo sujeto a los programas aprobados por las autoridades universitarias, asignándoles un código para controlar qué médico expidió una receta, realizó una operación e incluso saber quien cometió una “mal praxis”, aunque la responsabilidad recaiga o le sea atribuida al profesor o tutor. Dicho colegio profesional únicamente les otorga permiso para que realicen sus estudios y sus prácticas profesionales de especialidad en los centros médicos de la demandada, no una autorización para ejercer la medicina o de cualquier otra forma laborar en el país, de ahí que se señale que el tipo de relación de los médicos residentes extranjeros con la entidad accionada es de formación educativa y no de carácter laboral. Se tiene que la accionada contrata médicos residentes costarricenses con un salario de médico G1, por la sencilla razón de que esos especialistas son formados para llenar las necesidades institucionales, mientras que los médicos residentes extranjeros, una vez concluidos sus estudios regresarán a sus países de origen, sin que pueda la demandada y el pueblo costarricense disfrutar o aprovechar los conocimientos por ellos adquiridos. Una vez cumplidos los requisitos de la especialización, la Universidad de Costa Rica otorga el grado académico correspondiente, certificando la parte académica y la Caja, por medio del Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (C.E.N.D.E.I.S.S.S), la parte práctica formativa. Es evidente, como bien lo señaló la A-quo, que quienes inician estudios de postgrado lo hacen pensando en una determinada carga académica que implica la aprobación de numerosas lecciones teóricas y prácticas, sin esperar a cambio una retribución económica inmediata del centro de

enseñanza, porque a no dudarlo basta con el conocimiento que se espera adquirir, presupuestos bajo los cuales en este caso concreto resulta imposible considerar la existencia de una relación laboral entre los citados médicos residentes y la demandada, por cuanto lo que existe es una relación entre los médicos residentes extranjeros –educandos- y un centro de enseñanza que les brinda la formación práctica en las instalaciones de la demandada. No se violentó ni se violenta el principio de primacía de la realidad, por cuanto en este caso concreto no se ha configurado una relación laboral que se haya modificado en el tiempo, porque como bien se dijo es una relación de formación educativa entre estos y un centro de enseñanza que les brinda la formación práctica en las instalaciones de la demandada, no una relación de carácter laboral. Tampoco se violentó el principio de igualdad constitucional, porque si bien es cierto los médicos residentes nacionales y extranjeros tienen los mismos atestados académicos, también lo es que entre ellos existen diferencias evidentes que permiten un trato desigual, en ese sentido el Ad-quem fue claro al señalar que: “...la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos establece exámenes de incorporación para los galenos nacionales y entre otras cosas, haber hecho un año de internado en un hospital nacional o extranjero capacitado para tal fin, haber desempeñado durante un año el Servicio Sanitario en el país y pagar una cuota de colegiatura mensual (artículo 7 incisos F y G ídem). El Médico residente extranjero, no realiza los exámenes de incorporación al Colegio Médico Costarricense ni presta el servicio sanitario en un hospital nacional, porque su labor profesional la desarrollará en su país de procedencia y si el galeno decide quedarse en Costa Rica, debe someterse a las disposiciones de la Ley Orgánica del Colegio de Médicos como requisito previo de incorporación” (folio 262). Por otro lado, los representados por la asociación actora no acuden a la institución demandada para desempeñarse como médicos, sino en su condición de educandos, para recibir adiestramiento en alguna de las especialidades de esa disciplina, lo que implica que deben llevar una carga académica idéntica a la de cualquier médico nacional, que también cursa su especialización y realizar las mismas prácticas profesionales, con la salvedad de que los frutos de esa capacitación no los

disfrutará nuestro país sino el de ellos, lo que ya de por sí los coloca en una situación legítimamente desigual respecto a los médicos residentes nacionales, todo lo cual no infringe el principio de igualdad, tutelado en el artículo 33 de la Constitución Política, tal y como lo resolvió la Sala Constitucional en su Voto N° 733-94, de las 11:06 horas del 4 de febrero de 1994, dictado con ocasión de un Recurso de Amparo interpuesto por la Asociación accionante. En esa resolución, se indicó que los representados por la asociación aquí actora: "...llegan a nuestro país con la finalidad, primordial, de realizar estudios de Post-grado en diferentes especialidades médicas, al amparo de un sistema de estudios auspiciado por el Centro de Docencia e Investigación en Salud y Seguridad Social de la Caja Costarricense del Seguro Social y la Universidad de Costa Rica, mas no así, para concertarse en un puesto remunerado por servicios médicos a la orden de la Caja. Con otras palabras, no acuden a dicha Institución para desempeñarse como médicos, sino para recibir adiestramiento en alguna de las especialidades de esa disciplina, motivo por el cual, uno de los requisitos que se exigen para ingresar a dicho sistema de estudios, lo es, entre otros, que el interesado cuente con el respaldo de alguna institución de su país de origen, por medio de una "BECA" que le garantice su manutención básica mientras permanece en Costa Rica. Dicho requisito, le permite conocer de antemano al interesado que, mientras realiza sus estudios en el país, no va a ser objeto de ayuda económica alguna ni va a recibir ninguna clase de salario o estipendio por su permanencia en el sistema apuntado, caso distinto el que ocurre con los costarricenses, pues éstos, en su mayoría, son servidores de la Caja a quienes, previo cumplimiento de otros requisitos, el sistema les da la oportunidad de obtener los mismos conocimientos y quienes, quedan constreñidos con la Institución, a diferencia de los extranjeros, al cumplimiento de una serie de obligaciones previamente pactadas, verbigracia, la de prestar sus servicios en una localidad que indique la Caja, entre otras. De lo anteriormente expuesto, se concluye que, aún cuando, ambos, nacionales y extranjeros, participan del mismo plan de estudios y deben cumplir con una serie de actividades o prácticas adicionales, no se encuentran en la misma

categoría de profesionales y que lo que pretenden los amparados es que esta Sala les conceda un derecho a ser equiparados a los médicos costarricenses, sin distinción de circunstancias, no obstante que ellos conocen, desde antes de ingresar al sistema de estudios, que su situación no es la misma. De manera que, no resulta posible afirmar que los extranjeros reciban un trato discriminatorio y el recurso, en consecuencia, resulta improcedente...". Además de esas razones dadas por la Sala Constitucional para negar la violación del derecho a la igualdad entre los médicos residentes nacionales y extranjeros, quienes participan del mismo plan de estudio y deben cumplir con una serie de actividades o prácticas adicionales, existen otras razones, de orden migratorio -como lo analizó la A-quo-, por las que ellos se encuentran imposibilitados para ejercer su profesión en Costa Rica y solo por su condición de estudiantes de postgrado, se les permite ejercer su profesión, en los hospitales de la entidad demandada, previa autorización del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. Por último, no se violentó por inaplicación el artículo 100 de la Ley de Migración y Extranjería, porque la accionada no ha contratado ni es empleadora de los médicos residentes extranjeros, menos aún se ha verificado que haya incurrido en infracción alguna de lo dispuesto en esa ley. Es por estas razones que resulta improcedente la pretensión de la asociación demandante de que se les reconozca a sus representados un salario por las funciones desplegadas en sus períodos de capacitación profesional y de prácticas hospitalarias -dentro de las cuales se encuentran las llamadas guardias, que forman parte de las obligaciones académicas que deben cumplir para poder obtener su especialidad-.

III.- De acuerdo con las consideraciones precedentes, al no ser atendible ninguno de los reparos esgrimidos por la recurrente, y encontrar la sentencia impugnada suficiente asidero en la prueba constante en autos, se debe confirmar el fallo en todos sus extremos.

POR TANTO:

Se confirma el fallo recurrido.

TÍAS SUSTITUTAS VOTO N° 2007-000510

De las 10:50 hrs. del 8 de agosto del 2007.

I.- El apoderado de las actoras se muestra inconforme con la sentencia del Ad quem. Bajo el epígrafe “naturaleza de los reclamos”, señala que demandaron el pago de las jornadas extraordinarias laboradas, el incremento del porcentaje de disponibilidad laboral percibido, y en forma retroactiva, y junto a ello, el pago de las partidas resultantes de aquellas diferencias salariales no canceladas y entre las cuales figuran diferencias en el salario escolar, en aguinaldos y diferencias en las partidas de reajuste salarial; debido a que la demandada las sometió (y lo sigue haciendo para aquellas que todavía son funcionarias) a una jornada ordinaria máxima formalmente establecida en 12 horas (por así ordenarlo la Sala Constitucional) pero de hecho, en la práctica, ese límite nunca se les respetó pues al contrario, por las características de sus labores, su fuerza de trabajo continuó al servicio del patrono luego de dichas 12 horas, contra su voluntad y por espacios de tiempo que se prolongaron por no menos de 18 horas diarias. Asimismo, señala que fungieron -y algunas siguen haciéndolo- como tías sustitutas, esto es, en el puesto de Auxiliares de Servicios Infantiles, que implica la atención directa de los menores en los albergues, de todas sus necesidades, entre ellas, las afectivas y materiales, su cuidado diario y vigilancia, preparación y servido de sus alimentos, lavado, aplanchado, la administración de su disciplina, su contención, apoyo escolar, el acompañamiento a centros médicos, tribunales y otros entes y la administración doméstica del albergue. Que tales funciones les fueron reguladas luego, por la Sala Constitucional, al resolver un Amparo y una Acción de Inconstitucionalidad, que vino a poner coto en el aspecto formal a una norma reglamentaria arbitraria que les imponía una jornada de 24 horas diarias, pues ordenó reducirla a un máximo de 12 horas diarias, por 11 días consecutivos, y con posibilidad de que permanecieran residiendo en el albergue, seguidos de un descanso de 3 días consecutivos. Que pese a lo anterior, el demandado hizo caso omiso a ello y mantuvo incólume la situación laboral; pues únicamente se limitó a modificar el reglamento para establecer aquello formalmente y además que permanecerían sujetas a un

régimen de disponibilidad laboral. Agrega que por orden expresa del demandado, ellas debieron continuar laborando en forma igual. O sea que nunca se les reconoció su derecho a un límite de jornada de 12 horas diarias, sino que durante su permanencia de 11 días en el albergue, quedaban obligadas a servir con su fuerza física e intelectual en forma permanente, si se quiere, por 24 horas diarias, pues nunca les fue fijado un horario, ni personal de reemplazo. Como en cada albergue existe una población que atender en sus necesidades permanentes, tenían que estar en vigilia todo el tiempo, con apenas la posibilidad -tolerada pero no reconocida formalmente- de dormir unas pocas horas en la madrugada, pero muy en el entendido que siempre de esa forma eran responsables directas de cualquier situación irregular que pudiera darse, y que tienden a ser muy comunes, como podría ser la deserción de madrugada de un menor, la aplicación de medicamentos o el traslado a un centro médico de madrugada. Por lo que formalizaron reclamo administrativo, a fin de que se les reconociese las diferencias salariales resultantes relacionadas con su jornada extraordinaria, cuantificando, cada una, el detalle de sus partidas. Pero el demandado las denegó aduciendo básicamente que no disponían de tal derecho en virtud de que se les pagaba un sobresueldo por disponibilidad, ni aceptó pagarles esta última en forma retroactiva al tiempo de vigencia que correspondía, conforme lo ordenó la Sala Constitucional. Cuestionamiento al fallo del A Quo. Señala que este último rechazó la demanda porque a su juicio, pese a tener por acreditado que laboraron jornadas de 11 días consecutivos con 3 libres y que al no haber personal de reemplazo tenían que continuar sus labores en forma indefinida, consideró que el que se les estuviera pagando un porcentaje por disponibilidad laboral, este plus era incompatible con el pago de horas extra; y que por extenderse en forma indefinida y permanente la jornada extraordinaria, el ente público demandado no podía pagar dichas jornadas extraordinarias, por no autorizarlo así la ley. Señala que apelaron acreditando lo necesario para desvirtuar esas afirmaciones, por lo que es justo y legal que el demandado las indemnice, ya que en efecto laboraron los tiempos extraordinarios que reclaman, así como las partidas adicionales y complementarias que se derivan. Cuestionamiento del fallo del Ad Quem. Señala que este último confirmó la

sentencia modificando los razonamientos, ya que si bien reconoce que no hay incompatibilidad entre el pago de la jornada extraordinaria y el de un plus por disponibilidad, y por lo cual aquella debe reconocerse y pagarse cuando el trabajador efectivamente labora en forma extraordinaria, independiente de que se le pague un sobresueldo por disponibilidad, pues este lo es como reconocimiento económico por estar disponible para laborar. No obstante, sustenta su denegatoria en el hecho de que no demostraron el haber laborado en forma extraordinaria, carga que a su juicio le corresponde a quien las reclama; lo cual impugna, el recurrente, por lo siguiente: 1º.- Señala que cada una formalizó un reclamo en donde dieron a conocer el número de días e incluso de horas extra que se reclamaban. Que en el acto final el demandado no negó o cuestionó esa realidad ya que resultaba pública y notoria pues -como todavía sucede- al estar obligadas a permanecer en el albergue y no haber personal de reemplazo, lógicamente tienen que seguir atendiendo su dinámica, pues éste no tiene hora de apertura ni de cierre; sino que el demandado los rechazó aduciendo que el pago de uno y otro extremos era incompatible de conformidad con el reglamento; y además, que no podía modificar el porcentaje fijado por disponibilidad, y que al igual que lo concerniente a jornadas extraordinarias, solo podía hacerlo si un fallo judicial así se lo ordenase, interpretando de ese modo sui generis el principio de legalidad. Tan público y notorio es que laboraron -y algunas lo siguen haciendo- muy por encima de las 12 horas que hoy, siete años después de sus reclamos, el personal de atención directa sujeto a ese régimen sigue siendo explotado en idénticas condiciones. Es decir no se les reconoce el límite máximo de 12 horas diarias, sino que, bajo excusa de la disponibilidad, deben continuar sus labores, hasta donde sus fuerzas se los permitan, la mayoría de las veces luego de trabajar en forma continua hasta 20 horas por día, para continuar el siguiente bajo el mismo régimen. Tanto que en la actualidad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tramita una denuncia por someterlas bajo semejante régimen de servidumbre. 2º. El demandado no negó en la contestación que hubieran laborado los tiempos extraordinarios reclamados, sino que lo hacían por estar bajo un régimen laboral de excepción establecido por la Sala Constitucional, y que por esa

condición caían bajo los supuestos de trabajadores sin supervisión superior inmediata, siendo entonces que estaban suficientemente retribuidas con el pago del plus por disponibilidad. Y además, que aceptaba los cómputos de días y horas laborados y fijaciones de montos de salarios y otras partidas para el cálculo y liquidación efectuadas por las actoras, a condición de que no fueran contrarias a lo que constaba en cada uno de sus expedientes personales. Es decir que incluyó esos expedientes como prueba de descargo y de modo peculiar le encomendó al juzgador su revisión a efecto de cotejar si el dicho de las actoras no era contrario a lo documentado en ellos. Ni el A Quo ni el Ad Quem han hecho mención siquiera sucinta de los mismos, o sea, ni siquiera fueron considerados para la toma de la decisión de fondo, a pesar de que allí constan las acciones de personal y toda una cantidad enorme de documentos que no dejan lugar a dudas que estuvieron sometidas a jornadas extraordinarias todos los días y todas las noches que laboraron. 3º. El demandado no contestó en tiempo la acción y por eso el A Quo procedió a dictar sentencia prescindiendo de la conciliación y recepción de pruebas; lo cual entendieron como aplicación del artículo 468 del Código de Trabajo, es decir, por tener por ciertos los hechos fundamento de la acción, salvo prueba en contrario en el expediente. Lo cual implica que no es cierto que no hubieran demostrado el haber laborado las jornadas extraordinarias, así como las otras partidas, incluso el pago del porcentaje exacto del 40% por disponibilidad, sino que no convocó a dichos trámites; en cuyo caso se hubieran presentado los testigos ofrecidos. Se falló con base en la documental y esta en su conjunto incluso alcanza para demostrar el dicho y apoyar cada una de las pretensiones. El Ad quem no debe sacar ventaja de omisiones del A quo para crear argumentos en su perjuicio. El A quo dio por cierto los hechos que implicaban que laboraron más allá de la jornada extraordinaria (sic). A tal efecto solicita se vea el razonamiento que el A Quo esgrime en el considerando VII de su sentencia, el cual transcribe. En ese sentido y como corolario de lo expuesto, considera que ambos juzgadores han incurrido en serios vicios valorativos de la prueba de autos pues, si bien el A Quo encuentra elementos para considerar que trabajaron tiempos más allá de su jornada extraordinaria (sic), lo justificó como algo muy

propio de la naturaleza de sus funciones y suficientemente pagado con el plus salarial por disponibilidad; mientras que, pese a que el Ad quem razona que no existe la susodicha incompatibilidad - entre jornada extraordinaria y disponibilidad laboral-, aduce que no demostraron haber laborado efectivamente jornadas extraordinarias. Señala que ni siquiera el demandado se atrevió a negar expresamente que no laboraban después del vencimiento formal de su jornada ordinaria, pues aceptó que no tenía personal de reemplazo y en consecuencia tenían que proseguir sus labores, en razón de la índole de sus funciones y grandes responsabilidades de atención directa y permanente a los menores. Prefirió echar mano de la figura de ser trabajadoras sin fiscalización, para justificar el por qué no se les reconocieron las horas extraordinarias, pero no supo explicar la razón por la cual debían continuar en su trabajo después de las 12 horas diarias, desempeñando las mismas funciones y tareas. Reitera que ante el régimen de trabajo a que fueron sometidas es público y notorio que debieron seguir laborando más allá de su jornada ordinaria, pues sino ¿quién se haría cargo de la atención de los menores, les daría de comer, los supervisaría entrada la noche, les prepararía el desayuno y la cena, les proporcionaría los medicamentos, los llevaría a la clínica de madrugada? La respuesta es simple: el sentido común sugiere que son las mismas actoras que iniciaron sus labores a las cinco de la mañana, les prepararon el desayuno y alistaron para la escuela, las que los acostaron, les prepararon la cena y les dieron los medicamentos de madrugada, porque el demandado nunca dispuso de personal de reemplazo, ni un sistema alternativo para subsanar dicha superexplotación laboral. Dice que pese a que en primera instancia no hubo recepción de pruebas, en autos existen suficientes pruebas para tener por acreditado que laboraron las jornadas extraordinarias. No obstante, solicita como Prueba Para Mejor Proveer: a) se ordene la recepción de los testimonios ofrecidos en la demanda, b) se ordene traer ad effectum videndi otro expediente, el número 99-1431-166-La en que sí fue recibida la testimonial, c) se ordene a la Inspección de Trabajo llevar a cabo una inspección de los albergues del demandado para que se determine si al concluir sus primeras 12 horas son reemplazadas, si les han fijado horarios que posibilite el descanso luego

de dicha jornada y si se les aplica o no el régimen de disponibilidad conforme a la descripción que el Ad Quem hizo del mismo. Por otra parte impugna la denegatoria en cuanto a la fijación del porcentaje de disponibilidad de un 40% sobre el salario base, así como el pago retroactivo de la disponibilidad a la fecha fijada por la Sala Constitucional para la vigencia retroactiva de los efectos de los fallos que se dieron. Señala que dichas pretensiones no fueron de recibo porque, según el Ad Quem, en el primer caso, fue la Autoridad Presupuestaria la que estableció el porcentaje en un 25% y a su criterio no puede ser modificado por el demandado, por las políticas y directrices salariales que rigen la Administración. Y en el segundo, porque a juicio del Ad Quem, cosa distinta es el efecto de una sentencia de la Sala Constitucional y el otorgamiento de un plus salarial por disponibilidad, en cuyo caso este último debe tener un rige conforme las prescripciones expresas de la Autoridad Presupuestaria. Al respecto, el recurrente alega que el demandado empezó a pagar el 25% a partir del 1 de setiembre de 1997, fecha del dictado del Reglamento de Compensación Económica por Disponibilidad para el Personal con Categoría de Plaza de Tía Sustituta. Pero mediante el voto 4902-95 del 5 de setiembre de 1995, la Sala Constitucional dispuso: "Se declara parcialmente con lugar la acción. Se anula por inconstitucional del inciso c del artículo 37 del Reglamento Autónomo de Servicios del Patronato la frase que dice: "las veinticuatro horas del día". En lo demás se declara sin lugar la acción. Esta sentencia es declarativa y su efecto retroactivo a la fecha de vigencia de la norma". Lo cual significa que el demandado debía pagar el porcentaje de disponibilidad no a partir de la vigencia del reglamento sobre disponibilidad o de la reforma al reglamento autónomo de servicio sino a partir de la data en que entró en vigencia la norma que se declaró inconstitucional y que lo fue -según dice- el 1 de julio de 1992, fecha desde la cual debe retribuirseles, o a partir de la fecha de ingreso al servicio de tía sustituta, conforme se especificó en cada caso. El Ad quem interpretó equivocadamente el sentido de la indicada retroactividad pues la separa de todo el contexto del régimen laboral de las tías sustitutas que allí fue sometido a revisión constitucional. Las sentencias de esa Sala versaron sobre la situación laboral de dichas funcionarias y su

nuevo régimen laboral son dos aspectos íntimamente relacionados, hasta inseparables, pues de esos fallos emerge un nuevo régimen para ellas. Esa Sala halló violación a los derechos de las tías sustitutas al ser sometidas a un régimen de 24 horas de trabajo, que como dijo, resulta imposible de cumplir, pues al menos debían de dormir algunas horas; pero tuvo por demostrado que estaban laborando jornadas ilimitadas, cuyas todas horas se les computaban como jornada ordinaria. De ahí que bajo promesa del demandado de remediar la situación acogió su tesis en cuanto a fijarles un plus por disponibilidad del 40% y complementariamente limitarles su jornada a 12 horas. Al hallar tales irregularidades lo condenó al pago de los daños y perjuicios y fijó la retroactividad de sus efectos indemnizatorios a la fecha en que entró en vigencia la norma. Y por lógica consecuencia dicha vigencia debe ser desde el 1 de julio de 1992, cuando entró a regir formalmente, momento en que quedaron sometidas al régimen de 24 horas; pues es evidente que siempre estuvieron disponibles desde esa fecha (excepto las que empezaron a laborar después). El demandado no puede sacar ventaja indebida de sus propias irregularidades, ni caer en exceso de sus potestades de imperio, y por eso no le es dable fijar una fecha de vigencia para el pago de disponibilidad a partir de la entrada en vigencia del reglamento específico, desconociendo períodos anteriores en que de hecho las servidoras estuvieron disponibles, e incluso, sobre esa disponibilidad a la vez laborando efectivamente. La Autoridad Presupuestaria tiene facultades y funciones asignadas por ley, pero ninguna le prohíbe realizar ajustes salariales e incluso presupuestarios para enmendar errores en ese aspecto del ente público. No obstante dicha Autoridad autorizó los pagos de la disponibilidad con vigencia en las fechas que al efecto fueron establecidas solo porque el demandado le omitió información y detalle al respecto, en particular, que por justicia y razón, debía ser a partir del 1 de julio de 1992. Y en igual situación sucedió con el controvertido porcentaje de disponibilidad, siendo que originalmente el demandado le prometió a la Sala la fijación del 40% pero luego lo justificó ante la susodicha Autoridad en apenas un 25%. Es decir el problema no surge de esa Autoridad sino del mal proceder del demandado. Por lo anterior solicita se acojan en todas sus partes las pretensiones,

formuladas por las actoras en su demanda. En virtud de la apreciación errada que los juzgadores han tenido en cuanto a la prueba de autos y a la interpretación de las normas y fallos constitucionales controvertidos. Y que sea condenado en costas (folios 709-724).

II.- Lleva razón el recurrente, solo que parcialmente, en cuanto al reclamo por horas extras. Veamos: En la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad, y en cuanto a la jornada laboral, la Sala Constitucional señaló, en lo de interés: (...)En el caso de las “tías sustitutas”, la índole misma del trabajo hace absolutamente indispensable el establecimiento de un régimen excepcional, pues se trata, como se dijo, de personas que sustituyen a los padres de los niños y ser padre es un oficio de todos los días, lo cual no quiere decir que se trata de trabajo efectivo en términos de jornada. Como ya se dijo, es necesario, para el buen desenvolvimiento del menor, que las encargadas, prácticamente de su crianza, permanezcan diariamente y por veinticuatro horas atentas a ellos, pero no mediante una jornada laboral de veinticuatro horas como reza absolutamente la norma impugnada, abiertamente inconstitucional e, incluso, materialmente imposible de cumplir, sino mediante contratos laborales con jornadas de doce horas pero que reconozcan su disponibilidad y permanencia en el hogar con un plus salarial por esa disponibilidad. Téngase en cuenta que, a pesar de que las promoventes permanecen efectivamente en su “lugar de trabajo” el día completo, la jornada es discontinua, no sujeta a fiscalización superior inmediata y en una función que no puede calificarse como insalubre o peligrosa. En conclusión, no es violatorio de los derechos constitucionales de las recurrentes el que deban permanecer en los centros donde cumplen su función, sin que ello implique menoscabo de sus derechos fundamentales, en el tanto se consideren funcionarias de confianza, en jornada normal de trabajo efectivo no exceda de las doce horas dichas y el que puedan tener que realizar fuera de ella o sea sólo en casos excepcionales y de urgencia y justamente remunerado como tiempo de disponibilidad...”(énfasis suplido). En la sentencia que resolvió el recurso de amparo, en cuanto a la solicitud de modificación de su situación laboral, concretamente en cuanto al horario, la Sala Constitucional señaló, básicamente, que es indispensable no burocratizar su

labor, imponiendo, p. ej.: un rol de turnos, de ahí que la solución debía plantearse en otros términos. Así, parafraseando lo señalado en aquella otra sentencia, respecto a la jornada laboral de las “tías sustitutas”, dicha Sala consideró que: (...)En el caso de las “tías sustitutas”, la índole misma del trabajo hace absolutamente indispensable el establecimiento de un régimen excepcional, pues se trata de personas que sustituyen a los padres de los niños y ser padre es un oficio de todos los días, lo cual no quiere decir que se trata de trabajo efectivo en términos de jornada. Como ya se dijo, es necesario, para el buen desenvolvimiento del menor, que las encargadas, prácticamente de su crianza, permanezcan diariamente y por veinticuatro horas atentas a ellos, pero no mediante la jornada laboral de veinticuatro horas que establece la norma impugnada, que resulta abiertamente inconstitucional e incluso, materialmente imposible de cumplir, sino mediante la suscripción de contratos laborales con jornadas de doce horas pero que reconozcan su permanencia en el hogar con un plus salarial por disponibilidad. Esto se indica por cuanto a pesar de que las promoventes permanecen efectivamente en su “lugar de trabajo” el día completo, se trata de una jornada discontinua no sujeta a fiscalización superior inmediata y en una función que no puede calificarse como insalubre o peligrosa. En conclusión, las recurrentes pueden permanecer todos los días veinticuatro horas al día en los centros donde cumplen su función sin que ello implique menoscabo de sus derechos fundamentales, en el tanto se consideren funcionarias de confianza y el período que corresponde a la jornada nocturna, que exige labor sólo en casos excepcionales y de urgencia, les sea debidamente remunerado como tiempo de disponibilidad” (énfasis suplido). De esos fallos se desprende, contrario sensu, que el trabajo que puedan tener que realizar, fuera de su jornada ordinaria, y que sea distinto del que exige labor solo en casos excepcionales y de urgencia, se ha de tener como trabajo efectivo y ser remunerado como jornada extraordinaria. Ahora bien, cabe aclarar de entrada, que no es cierto que el demandado no hubiera contestado en tiempo la demanda, como tampoco, que el A quo no hubiera convocado a recepción de prueba. A folios 506 a 527 consta el escrito de contestación de demanda y la resolución - firme- del A quo, mediante la cual se tiene por

contestada, en tiempo y forma, la demanda. Asimismo, a folio 542 consta la resolución mediante la cual el A Quo convoco a la diligencia de conciliación y recepción de pruebas. Por lo demás, a folios 545-553 aparece el Acta de Audiencia de Conciliación y Recibo de Prueba Testimonial. Por lo que tampoco es cierto que se fallara solo con base en prueba documental sino, sobre todo, con base en prueba testimonial. Ahora bien, de los autos se desprende, sin mayor esfuerzo, que como tías sustitutas, las actoras tienen una casa o albergue a su cargo, donde laboran en el cuidado directo de varios menores -niños, niñas y adolescentes-, asumiendo funciones maternas, y es por ello que se requiere su permanencia con dichos menores, a fin de que estos desarrollen un vínculo afectivo con una sola persona que, repetimos, pueda fungir como madre. Ahora bien, de los informes sobre valoración de desempeño, que obran en algunos expedientes de personal, se desprende, entre otras cosas, que las tías sustitutas son responsables de múltiples actividades, p. ej.: organización de la casa (que esté ordenada y aseada, niños bien presentados, uso racional de recursos, actividades recreativas, ejecución sistemática de tareas, uso y cuidado de equipo), formación del menor (brindar instrucciones claras y precisas, estimular y apoyar a los menores, hacer uso adecuado de la sanción, tratar en forma cariñosa y respetuosa a los menores, tratar por igual a todos los menores, estar atenta a las necesidades individuales de los menores, promover la formación de hábitos, involucrarse en el proceso de escolarización de los menores, organizar actividades culturales y deportivas, preparar las condiciones ambientales y particulares para la participación de los menores), nutrición y salud (uso racional de alimentos, almacenamiento adecuado de alimentos), puntualidad (citas médicas, horarios de alimentación, horario de sueño, administración de medicamentos, apego al menú), desinfección (pañales, trastos, biberones), medicamentos (resguardo de medicamentos, control de medicamentos) apego a instrucciones especiales (dietas, enfermedades, discapacitados, detecta y reporta enfermedades o trastornos). Por lo demás, es notorio y evidente que esos menores -niños, niñas y adolescentes-, no pueden permanecer sin la atención y vigilancia de una persona adulta responsable; actividad y vigilancia que, desde luego no son -ni pueden ser ejercidas- sólo en

casos excepcionales y de urgencia, sino, por el contrario, de forma frecuente o constante. En consecuencia, no cabe duda de que son ellas mismas quienes deben ejercer, y de hecho cumplen esas indispensables funciones de atención y vigilancia constante de los menores -entre otras muchas-, como práctica diaria, incluso después de las 18:00 horas, una vez terminada su jornada ordinaria de doce horas, sobre todo porque, de acuerdo con los propósitos de ese programa, el cual persigue reproducir ambientes familiares sustitutos, ellas no deben tener -ni tienen, de hecho- quien las sustituya, durante el resto del día; sino tan solo en sus días libres y otros casos excepcionales p. ej.: vacaciones, feriados, licencias o incapacidades. Esto se refuerza con el hecho tenido por demostrado por el A Quo, bajo la letra h), y confirmado por el Ad Quem, de “Que las actoras laboran once días consecutivos con tres libres y se les cancela un veinticinco por ciento por concepto de disponibilidad, debiendo permanecer en el albergue al cuidado de los niños y niñas a su cargo. (véase prueba testimonial a folio 546,552)” (énfasis suplido). Ese hecho encuentra respaldo en la prueba testimonial. Véase que el testigo, señor ... -quien conoce a las actoras porque fueron sus compañeras- señaló tener conocimiento en general de los problemas -porque en 1991 era presidente del sindicato-, uno de los cuales era ya creciente, en ese momento, y era el problema de las jornadas de las niñeras o tías sustitutas, pues estaban trabajando jornadas de veinticuatro horas diarias, por encima de los límites establecidos, lo cual se extendió a todas las niñeras o tías sustitutas, precisamente, al transformarse los centros de menores de atención masiva, en albergues, con motivo de lo cual reubicaron al personal con una jornada de veinticuatro horas, con regulaciones que luego la Sala Constitucional vino a establecer. Dice haber tenido conocimiento sobre las jornadas, horario, sustituciones. Además, que desde 1991 y 1992 el sindicato y las tías sustitutas presionaban para que se variara la jornada dado el trato inhumano ya que se las sometía a trabajar veinticuatro horas diarias. Y lo único que se les concedía era para dormir. Seguidamente declara que “técnicamente” entran a las seis de la mañana y salen a las seis de la tarde. No obstante, señala que la situación se torna irregular, pues a veces no salen a esa hora; y que, pese al compromiso de la institución

con el Ministerio de Trabajo para modificar el horario y dejarlo en doce horas diarias, sin embargo, la jornada no se ha modificado. Con lo cual alude, evidentemente, a que solo formalmente se ha modificado, pues seguidamente aclara que al emplear antes la palabra “técnicamente” es porque -en realidad las tías sustitutas-, no entran ni salen -o tienen una hora en particular para ello-, sino que, p. ej.: entran hoy a las seis de la mañana y estarán saliendo 11 días después y dentro de esos 11 días tienen que seguir trabajando y no tienen descanso solamente el sueño e inclusive durante esas horas de sueño el patrono les reclama. Por lo demás, indicó que no tienen días libres, no pueden hacer actividades personales. A propósito de eso de que tienen que seguir trabajando y que no tienen descanso, el testigo no podía ser más claro, al señalar, inmediatamente, que no hay diferencia al trabajo que ellas realizan durante la jornada ordinaria y el trabajo que realizan durante el trabajo de disponibilidad, pues ellas siguen trabajando. Siendo claro, además, en que eso sucede en todos los albergues; y que, de acuerdo con los lineamientos de la Sala Constitucional, deberían salir a las seis de la tarde, pero no es así, pues siguen trabajando. Ahora bien, pese a que dice que “El Patronato les paga un veinticinco por ciento por esa disponibilidad”, la cual es forzosa y que, “esa disponibilidad es para que sigan trabajando las doce horas siguientes”, dicha afirmación no coincide, exactamente, con lo que según vimos antes, resolvió la Sala Constitucional. Por lo demás, el testigo es claro al afirmar que “el tiempo efectivo que se les está remunerando es por veinticuatro horas diarias por once días consecutivos y tres días libres, no hay pago de horas extras y solo hay una disponibilidad”. Señala que conoce la diferencia entre remuneración -que lo sería por esa disponibilidad- y el salario -que lo sería por el tiempo de trabajo efectivo, propiamente-. Al efecto indica, correctamente, que la disponibilidad no es estar trabajando -frase que emplea, desde luego, en el sentido de estar haciéndolo con frecuencia-, sino que es para estar dispuesto a trabajar en caso de una necesidad, lo cual las obliga a estar accesibles al Patronato. Lo cual se debe interpretar, en el sentido señalado por la Sala Constitucional, esto es, “...sólo en casos excepcionales y de urgencia,”. La cosa queda todavía más clara cuando seguidamente indica que en el caso de las

niñeras la Sala Constitucional autorizó que pudieran estar viviendo en la casa, porque así lo pidió el Patronato, y estableció que se les debía pagar un tiempo de disponibilidad y se entendió que después de la jornada ordinaria se iban a quedar descansando. Señala, además, que la jornada extraordinaria es aquella que se paga después de completar la jornada ordinaria. Por lo demás, seguidamente indica que: “después de que las tías sustitutas cumplen la jornada ordinaria, no son sustituidas, ese es un problema, la Institución no lo aplica, es decir si en un albergue hay tres tías sustitutas, las tres tienen que seguir laborando las veinticuatro horas y una no sustituye a la otra. Asimismo, véase que el otro testigo, señor ...-secretario general del sindicato- en lo que interesa declaró que “... a pesar de que el reglamento autónomo de servicios establece que su jornada es solo de doce horas, ellas están obligadas por la dinámica del albergue a trabajar muchísimo más que eso, antes de la entrada y de la supuesta salida. La razón es evidente, los niños están ahí y requieren de su atención, ...”. O bien, que “en realidad para mí y del conocimiento que tengo, no hay diferencia entre la jornada ordinaria más bien siguen continuando labores que no pudieron terminar durante la noche así como las labores escolares, no hay diferencia.”. O también, que “las tías tienen que apoyar en las labores académicas, se homologa a la de una mamá de la casa, y por tanto tiene que hacer todas labores, domésticas, atención de la población hasta darles apoyo afectivo...” Y, finalmente, que “si el menor tiene que ser trasladado a un centro médico, es la tía, se le ha tenido que pedir colaboración hasta vecinas de la comunidad para que cuiden a los niños mientras se desplazaban al hospital, y aún trasnochando por esa situación tienen que seguir con las labores del día siguiente”. En consecuencia, la Sala tiene por acreditado, que en la cotidianidad del trabajo y en su condición de “tías Sustitutas” las actrices laboran en forma efectiva, por encima de la jornada ordinaria laboral. Ahora bien, pese a que se ha señalado, por principio, que para efectos de pago de la jornada extraordinaria, el interesado debe acreditar el número de horas que fueron laboradas en forma efectiva por encima de la jornada ordinaria, existen casos excepcionales, como el presente, en que dichas horas se pueden -y deben- determinar, con carácter equitativo y de acuerdo con los principios del sentido común y la

experiencia. En efecto, no hay duda de que una jornada de 24 horas es “materialmente imposible de cumplir, no obstante, tampoco cabe duda que el trabajo de atención de los menores que realizan las tías sustitutas -así sea tan solo en el sentido de su cuidado y vigilancia- no es una labor que puedan o deban realizar “...sólo en casos excepcionales y de urgencia,” -la cual queda cubierta con el pago de la disponibilidad laboral-, sino que es, por el contrario, una labor distinta, por su carácter frecuente y permanente. Ahora bien, de acuerdo con los principios de lógica, experiencia y sentido común, es notorio y evidente, p. ej.: que no todos los menores se duermen -o logran conciliar el sueño- al mismo tiempo y que, sino todos, al menos algunos o uno, permanecen despiertos -o activos, cuando menos, hasta las 21 horas (9 de la noche). De ahí que, en el caso bajo examen, se ha de entender que el trabajo de las tías sustitutas se extendió, forzosamente, por encima de su jornada ordinaria diaria, prolongándose, al menos, por 3 horas más, hasta las 21 horas (9 de la noche), las cuales han de ser reconocidas y remuneradas como jornada extraordinaria. No siendo sino en este sentido parcial en que se han de acoger las pretensiones de pago de jornada extraordinaria. En consecuencia, se ha de condenar a la parte demandada a reconocer y pagar a cada una de las actrices las sumas equivalentes a 3 horas extraordinarias, laboradas por encima de las doce horas de jornada ordinaria, por cada día de trabajo efectivamente laborado por ellas en los albergues o aldeas infantiles de la Institución, en su condición de Tías Sustitutas. Ahora bien, la Sala Constitucional anuló por inconstitucional del inciso c del artículo 37 del Reglamento Autónomo de Servicios del PANI la frase que decía “24 horas del día”, esto es, la norma que establecía que las tías sustitutas debían laborar las 24 horas del día. Asimismo declaró que dicha sentencia es declarativa y su efecto retroactivo a la fecha de vigencia de esa norma (folios 106-117). Esa fecha de vigencia fue el 28 de enero de 1992, día en que se publicó dicho reglamento en La Gaceta (folio 95). La Ley General de la Administración Pública, en su artículo 142. 2, sienta un principio a propósito de la eficacia retroactiva favorable de los actos, al disponer que “Para que produzca efecto hacia el pasado a favor del administrado se requerirá que desde la fecha señalada para el inicio de su efecto existan los motivos

para su adopción, y que la retroacción no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe". Al resolver la solicitud de adición y aclaración del susodicho voto, planteada por el aquí demandado, particularmente respecto a la retroactividad en la eficacia, la Sala Constitucional consideró que en lo referente a los derechos adquiridos de buena fe, dicha entidad no podía alegar lesión alguna, pues un ente público como parte de la Administración Pública no es titular de derechos subjetivos frente a los administrados o bien frente a otros entes públicos. Asimismo, en relación con la petición para que aclarara si los efectos de la resolución de fondo debían aplicarse a aquellos sujetos que eventualmente estuviesen en las mismas condiciones que las actoras, la Sala Constitucional consideró que debía recordarse que sus resoluciones, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, tienen efectos vinculantes erga omnes, para todos los efectos y situaciones que nacieron, al amparo, de los actos o normas impugnados que hayan dado lugar a un pronunciamiento suyo (folios 634-635). Ahora bien, como la cuestión de las horas extra es una situación nacida al amparo de la norma reglamentaria impugnada, y que dio lugar, precisamente, al pronunciamiento anulador de la Sala Constitucional, entonces, es claro que las obligaciones por horas extra que ahora se declaran, a cargo de la demandada y a favor de las actoras, deben ser reconocidas y pagadas con retroacción al 28 de enero de 1992 -fecha de vigencia de la norma reglamentaria anulada- o posteriormente, si la relación o relaciones laborales empezaron, o se suscitaron, después, en cuyo caso no lo será sino a partir de la fecha de ingreso al servicio de tía sustituta, concretamente, conforme se especifica en cada caso, en la pretensión de demanda, pues constituye límite; y, desde luego, hasta la fecha de terminación de la relación o relaciones laborales, para aquellas servidoras -tías sustitutas- que hayan dejado de laborar para la institución; o bien, hasta la plena satisfacción de esas obligaciones, para aquellas que sigan fungiendo como tías sustitutas. Como consecuencia de lo anterior, se ha de declarar también que la parte demandada queda obligada a reconocerles y pagarles a cada una de las actoras las diferencias de aguinaldo derivadas de la no inclusión de las sumas correspondientes a esas horas extra dentro de los salarios acumulados para el cálculo del

decimotercer mes. También lleva razón el recurrente en cuanto reprocha que la demandada debió cancelarles el plus salarial por disponibilidad en forma retroactiva al tiempo de vigencia que correspondía, conforme lo resuelto por la Sala Constitucional, y no a partir del dictado del Reglamento de Compensación Económica por Disponibilidad para el Personal con Categoría de Plaza de Tía Sustituta, esto es, del día 1 de setiembre de 1997, que fue cuando el demandado empezó a pagarlo. En efecto, esta Sala considera que ese plus salarial por concepto de disponibilidad laboral se les ha de reconocer y pagar a las tías sustitutas, con retroacción al 28 de enero de 1992 -fecha de vigencia de la norma reglamentaria anulada- o posteriormente, si la relación o relaciones laborales empezaron, o se suscitaron, después, en cuyo caso no lo será sino a partir de la fecha de ingreso al servicio de tía sustituta, concretamente, conforme se especifica en cada caso, en la pretensión de demanda, pues constituye límite -pues desde ese momento existían los motivos para su adopción-, y hasta el día 1 de setiembre de 1997, fecha en que, como admite el recurrente, el demandado empezó a pagarlo. Eso ha de ser así, sobre todo, porque se trata de una situación que -al igual que las horas extra, nació al amparo de la norma reglamentaria impugnada, y que dio pie, precisamente, a la sentencia de inconstitucionalidad, en la cual se dispuso, en lo de interés: "Se anula por inconstitucional del inciso c del artículo 37 del Reglamento Autónomo de Servicios (...) la frase que dice "las veinticuatro horas del día". (...) Esta sentencia es declarativa y su efecto retroactivo a la fecha de vigencia de la norma.", y que a su vez sirvió de fundamento, evidentemente, a la otra sentencia de amparo, en la cual se dispuso, en lo de interés: " Se anulan los contratos laborales de las recurrentes, en el tanto prevén una jornada de veinticuatro horas y omiten el reconocimiento de un sobresueldo por concepto de disponibilidad. Se ordena al Patronato Nacional de la Infancia reelaborarlos en los términos indicados en esta sentencia...". En lo que no lleva razón el recurrente es en cuanto a su reclamo de reconocimiento y pago de un 40% por concepto de disponibilidad laboral sobre el salario base de las tías sustitutas, en vez del 25% autorizado por la Autoridad Presupuestaria, y que, como ya dijimos, y reconoce el recurrente, se les empezó a pagar a partir del 1 de setiembre de

1997. Sobre todo porque, como ya tuvimos ocasión de señalar, la Sala Constitucional no dispuso, en ninguna de sus sentencias, ningún porcentaje determinado para ese efecto. Por lo demás, en virtud del principio de legalidad, la fijación de dicho porcentaje, propiamente, no quedaba sujeta únicamente al ente demandado sino más bien supeditada a la aprobación de las autoridades correspondientes, en el caso a la Autoridad Presupuestaria, razón por la cual, si el porcentaje del 40% originalmente solicitado por el demandado no contó con dicha aprobación, entonces tampoco llegó a adquirir eficacia jurídica y consecuentemente no puede ser ejecutado (doctrina que se desprende del artículo 145, incisos 3 y 4 de la Ley General de la Administración Pública). Lo que tampoco procede, en este caso, es la pretensión accesoria de la demanda en que se solicita que en consecuencia se declare que la demandada está obligada a reconocerles diferencias de salario escolar no pagadas, toda vez que, como se sabe, el “salario escolar” no constituye sino un pago diferido, producto de una deducción porcentual y acumulativa que anualmente se aplica a los salarios devengados; y, pese a que ahora se declaran parcialmente con lugar horas extra y retroactivo por disponibilidad laboral, lo cuales son componentes del salario, aún así, ello no afecta al salario escolar pues aquellos extremos deberán ser pagados, por la demandada, íntegramente, esto es, sin deducciones por salario escolar.

III.- Como consecuencia de lo razonado, se debe revocar parcialmente la sentencia recurrida en cuanto deniega horas extra, diferencias de aguinaldo derivadas, retroactivo por disponibilidad, intereses legales y costas; y en su lugar se ha de condenar a la parte demandada a reconocer y pagar a cada una de las actoras: a) las sumas equivalentes a 3 horas extraordinarias por cada día de trabajo efectivamente laborado por ellas en los albergues o aldeas infantiles de la Institución, en su condición de Tías Sustitutas, desde el 28 de enero de 1992 -fecha de vigencia de la norma reglamentaria anulada- o posteriormente, si la relación o relaciones laborales empezaron, o se suscitaron, después, en cuyo caso no lo será sino, concretamente, a partir de la fecha de ingreso al servicio de tía sustituta, conforme se especifica en cada caso, en la pretensión de demanda; y, hasta la fecha de terminación de la relación o relaciones

laborales, para aquellas que hayan dejado de laborar; o bien, hasta la plena satisfacción de la obligación, para aquellas que sigan fungiendo como tías sustitutas. b) las diferencias de aguinaldo resultantes de lo anterior; c) sobresueldo por disponibilidad laboral, con retroacción al 28 de enero de 1992 o posteriormente, si la relación o relaciones laborales empezaron, o se suscitaron, después, en cuyo caso no lo será sino, concretamente, a partir de la fecha de ingreso al servicio de tía sustituta, conforme se especifica en cada caso, en la pretensión de demanda, y hasta el primero de setiembre de mil novecientos noventa y siete, d) los intereses, al tipo legal, sobre las sumas debidas por horas extra, diferencias de aguinaldo, y retroactivo de disponibilidad, desde el momento que cada una de esas obligaciones debieron pagarse. e) Finalmente, por la forma en que ahora se resuelve el presente proceso, y de conformidad con los artículos 495 del Código de Trabajo y 221 del Procesal Civil, se la ha de condenar a pagar ambas costas, fijándose las personales en el quince por ciento de la condenatoria. Las sumas debidas por los anteriores conceptos se habrán de calcular y determinar en vía administrativa o en ejecución de sentencia, a elección de las actoras, habida cuenta la inexistencia de planillas -certificadas- con el detalle -desglosado- de los salarios que mes a mes hubieran podido devengar, efectivamente, las actoras; así como del acumulado total, por años; y mucho menos los montos efectivamente devengados y pagados por aguinaldos. Los reportados en la demanda no son salarios mensuales sino salarios brutos mensuales, esto es, promediados por semestre; y tampoco se ajustan y/o resultan conformes con la prueba existente en los expedientes de personal, los cuales, por su índole, tampoco contienen lo arriba señalado sino, básicamente, Acciones o Movimientos de Personal sobre nombramientos, renunciaciones, despidos, períodos de suspensión de la relación, p. ej.: por vacaciones, incapacidades, licencias o permisos, etc; y, si bien contienen Acciones de Personal sobre aumentos salariales semestrales por costo de vida o aumentos por anualidades resultan insuficientes, por sí mismos, pues no siempre aparecen completos y algunos son confusos -datos diferentes sobre un mismo punto-; amén de que, reiteramos, no constituyen verdaderas planillas con el detalle de los salarios devengados, mes a mes, por las actoras; ni

del acumulado total, por años; y mucho menos, de los montos percibidos por aguinaldo. En todo lo demás, y por las razones ya citadas, se ha de confirmar la sentencia recurrida.

POR TANTO:

Se revoca parcialmente la sentencia recurrida en cuanto deniega horas extra, retroactivo de disponibilidad, diferencias de aguinaldo, intereses legales y costas; y en su lugar se condena a la parte demandada a reconocer y pagar a cada una de las actoras: a) las sumas equivalentes a tres horas extraordinarias, por cada día laborado, como Tías Sustitutas, en los albergues o aldeas infantiles, desde el veintiocho de enero de mil novecientos noventa y dos o posteriormente, si la relación o relaciones laborales empezaron, o se suscitaron, después, en cuyo caso no lo será sino, concretamente, a partir de la fecha de ingreso al servicio de tía sustituta, conforme se especifica para cada actora, en la pretensión de demanda; y, hasta la fecha de terminación de la relación o relaciones laborales, para aquellas que hayan dejado de laborar; o bien, hasta la plena satisfacción de la obligación, para aquellas que sigan fungiendo como tías sustitutas; b) pago del sobresueldo por disponibilidad laboral, con retroacción al 28 de enero de 1992 o posteriormente, si la relación o relaciones laborales empezaron, o se suscitaron, después, en cuyo caso no lo será sino, concretamente, a partir de la fecha de ingreso al servicio de tía sustituta, conforme se especifica en cada caso, en la pretensión de demanda, y hasta el primero de setiembre de mil novecientos noventa y siete, c) las sumas por diferencias de aguinaldo resultantes de lo anterior; d) intereses sobre las sumas debidas, por los anteriores conceptos, al tipo legal, desde el momento que cada una de esas obligaciones debieron pagarse; y e) ambas costas, fijándose las personales en el quince por ciento de la condenatoria. Las sumas debidas por los anteriores conceptos, se determinarán en vía administrativa o en ejecución de sentencia. En todo lo demás, se confirma la sentencia recurrida.

REAJUSTE DE PENSIÓN DE HACIENDA. OFICIOSIDAD DEL PAGO. PRESCRIPCIÓN DE LOS REAJUSTES. VOTO N° 2007-000799

De las 9:25 hrs. del 31 de octubre de 2007

I.- ANTECEDENTES. La parte actora formuló demanda laboral, para que en sentencia se declarara que la Dirección Nacional de Pensiones: 1°) debe realizar los reajustes de su pensión, de oficio y en forma completa e inmediata, sin necesidad de gestión alguna de su parte; 2°) debe efectuar los reajustes de su pensión, según el método de diferencias; 3°) debe reconocerle en el reajuste de su pensión, la totalidad del reajuste decretado para los servidores activos, sin aplicar proporcionalmente o porcentaje alguno; 4°) ha sido negligente y no ha cumplido su obligación de realizar de oficio, de inmediato y en forma completa, las revalorizaciones de su pensión, violentando con ello en forma grave, su derecho fundamental a la pensión, aguinaldo y sus reajustes; 5°) sin previo aviso y notificación, varió en su perjuicio, el método de revalorización de su pensión que venía aplicando, conocido como método de diferencias; 6°) consecuencia de las acciones omisivas e ilegales de la Dirección Nacional de Pensiones, todas perjudiciales para él, ésta está obligada a reconocerle los daños y perjuicios causados, consistentes en: a) el monto de las diferencias que determine el perito, o las que en derecho le correspondan y se determinen en ejecución de sentencia, en el pago efectivo de su pensión y aguinaldos, con los intereses legales sobre dichas sumas, desde que cada diferencia debió ser pagada, hasta su efectivo pago, todo lo cual estimó prudencialmente, al 15 de marzo de 2001, en ¢732.948,00 de diferencias, y ¢180.245 de intereses; b) el monto de las diferencias posteriores a la determinación que realice el perito, o las que en derecho le correspondan y se determinen en ejecución de sentencia, en el pago efectivo de su pensión y aguinaldos, con los intereses legales sobre dichas sumas, desde que cada diferencia debió ser pagada, hasta su efectivo pago, lo cual por ser un hecho futuro e incierto, se liquidará en ejecución de sentencia; 7°) tal y como lo hizo hasta junio de 1996, debe proceder de inmediato a calcular de oficio y ordenar el pago de las revalorizaciones sobre el monto de su pensión, por

el método conocido de diferencias, consistente en calcular dichas revalorizaciones según la fórmula $((A+B)-(C+D))$, donde: A.- Nuevo salario base acordado por el Tribunal Supremo de Elecciones para su categoría salarial; B.- Nuevo monto de la anualidad, por el número de anualidades con que se pensionó; C.- Salario Base acordado por el Tribunal Supremo de Elecciones, para su categoría salarial, en el período anterior; D.- Monto de la anualidad del período anterior, por el número de anualidades con que se pensionó. O el método que en derecho corresponda, pero jamás por aumentos de Gobierno por costo de vida al monto de la pensión, y en ningún caso aplicar ningún porcentaje o proporcionalidad a los aumentos recibidos por los servidores activos; 8°) se prevenga que en caso de reticencia o demora de la Dirección Nacional de Pensiones, en cumplir lo ordenado por su autoridad en sentencia, serán juzgados los personeros responsables de esa reticencia o demora, por los delitos de desobediencia a la autoridad e incumplimiento de deberes, así como otros que su autoridad de oficio les señalen; y 9°) se obligue al Estado al pago de ambas costas de esta acción. Como fundamento de su pretensión afirmó que viene a demandar en la vía ordinaria al Estado, con el objeto de que se le reconozcan y paguen las diferencias observadas en las actualizaciones de su pensión y aguinaldo, desde julio de 1996 en adelante, bajo el Régimen de Hacienda, ley 148 de 23 de agosto de 1943 y sus reformas, incluyendo el inciso ch), respecto al mecanismo de cálculo conocido como método de diferencias, que se utilizó hasta junio de 1996 inclusive, contra lo efectivamente incrementado por la Dirección Nacional de Pensiones y pagado por Contabilidad Nacional. Indicó que se pensionó a partir del 1° de enero de 1985, con 29 anualidades. Asimismo, que hasta junio de 1996 inclusive, se realizaron ajustes a su pensión, reconociéndole el 100% de los aumentos decretados para su categoría salarial, utilizándose el método de diferencias, que consiste en determinar el monto a reajustar, según la fórmula $((A+B))- ((C+D))$, donde A.- Nuevo salario base acordado por el Tribunal Supremo de Elecciones, para su categoría salarial; B.- Nuevo monto de la anualidad, por el número de anualidades con que se pensionó; C.- Salario Base acordado por el Tribunal Supremo de Elecciones, para su categoría salarial, en el período anterior; y D.- Monto de la

anualidad del período anterior, por el número de anualidades con que se pensionó. Agregó que desde julio de 1996 a la fecha, la Dirección Nacional de Pensiones ha incumplido su obligación de realizar de oficio los reajustes de la pensión en la forma precitada, lo que ha motivado que presentara varios reclamos en ese sentido, sin obtener respuesta, por lo que solicita que los mismos se tengan por reiterados, integrados y subsumidos en la presente demanda, ya que los comprende en el total de la suma reclamada. Refirió que al día de hoy, el puesto con que se pensionó ha sufrido las variaciones de denominación, salario base, anualidades y otros, que se servirá certificar a su pedido el Departamento de Personal del Tribunal Supremo de Elecciones. Asimismo, que sin que implique renunciar a ninguna diferencia a su favor, sino como simple aproximación, según sus cálculos, aplicadas las variaciones en el salario base, anualidades y otros, el monto de su pensión, según el método de diferencias, le da para los períodos de julio de 1996 a enero de 2001 inclusive, una diferencia a su favor de $\text{¢}732.948,00$ (folios 1 a 6). La Procuraduría contestó en forma negativa la demanda y opuso las excepciones de caducidad, prescripción, falta de derecho y la genérica de sine actione agit, las que solicitó acoger y declarar sin lugar la demanda con costas a cargo de la parte accionante. Alegó que la Sala Constitucional, en Voto N° 2136, de 23 de octubre de 1991, declaró la inconstitucionalidad de varias normas atípicas, entre ellas la Ley N° 6811 de 10 de septiembre de 1982, que adicionó un inciso ch) al artículo 1° de la Ley N° 148 de 23 de agosto de 1943 (Ley de Pensiones de Hacienda), que autorizaba a la Administración a reajustar de oficio el monto de la pensión en el porcentaje equivalente al incremento alcanzado o que llegara a alcanzar el cargo con que la persona se pensionaba. Invocó que al anular o declarar inconstitucionales las normas atípicas, la Sala Constitucional protegió los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, al señalar: "Por ello deben dimensionarse los efectos de esta sentencia, en el sentido de que todas aquellas personas respecto de las cuales se hubiese cumplido el supuesto de hecho previsto en la Ley del régimen respectivo al cual se cotiza al momento de la primera publicación del edicto a que hace referencia el artículo 90 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional,

podrán acogerse a los beneficios que dichas normas otorgaban y que ahora se declaran inconstitucionales. De igual manera, las demás personas que ya estén disfrutando de su jubilación, la conservarán en las mismas condiciones otorgadas, pues se trata de terceros de buena fe poseedores de un derecho adquirido.” (...) “...la presente declaratoria tiene efectos retroactivos y declarativos a la fecha de vigencia de las normas anuladas, sin perjuicio de aquellos derechos adquiridos de buena fe, respecto de aquellas personas que actualmente estén disfrutando de los beneficios que otorgaban esas normas y de aquellos otros derechos nacidos con anterioridad a la primera publicación a que alude el artículo 90, párrafo primero de la Ley que regula a esta jurisdicción, se hayan o no reclamado, o declarado el reconocimiento o comenzado a percibir el monto de la jubilación...” (el subrayado no es del original) . Señaló que en este caso, la primera publicación a que alude el artículo 90 de la Ley de Jurisdicción Constitucional supra indicado, se hizo el 4 de diciembre de 1991, en el Boletín Judicial número 232; lo cual quiere decir, que tendrían derecho a la aplicación de ese mecanismo de reajuste, única y exclusivamente aquellas personas a las que, con anterioridad a esa fecha les hubiese nacido el derecho concreto a la jubilación, que se daba cuando el interesado había cumplido todos los presupuestos fácticos y jurídicos establecidos en dicha normativa y no antes. Estimó que de lo expuesto, se desprende que el mecanismo instaurado por el inciso ch) del artículo 1° de la Ley 148 de 23 de agosto de 1943 y sus reformas, para efectuar los reajustes de jubilación, de ninguna manera constituye un derecho adquirido para todos los beneficiados con dicho régimen, sino únicamente para quienes estuvieran al 04 de diciembre de 1991, disfrutando en forma efectiva de su jubilación, o bien aquellos otros que, con anterioridad a esa fecha, hubieran alcanzado todos los requisitos necesarios para gozar tal derecho, sin que se requiera de una declaración formal y expresa por parte de la Administración (al respecto, véase entre otras, la sentencia número 34 de las 15:30 horas del 31 de enero de 1991, Sala Segunda de Corte Suprema de Justicia). Manifestó que en consecuencia, sólo en el tanto se logre acreditar, que 1) la parte accionante se encuentra en cualquiera de los supuestos enunciados por el aludido dimensionamiento de la declaratoria de

inconstitucionalidad de la Ley de Presupuesto número 6811 del 10 de setiembre de 1982, y por ende, surgió en su patrimonio el beneficio del inciso ch) del artículo 1° de la Ley 148 precitada; 2) que desde el mes de julio de 1996, no se le ha aplicado el reajuste del monto de su pensión de Hacienda, según dicho mecanismo, no le asiste derecho alguno a su pretensión. Agregó que en el remoto caso de que se llegara a determinar que a la parte accionante le asiste derecho a diferencias de pensión por reajuste, se encontrarían cubiertas por la prescripción que establece el artículo 607 del Código de Trabajo, por cuanto la relación laboral del accionante con su representado finalizó cuando se acogió a su pensión de Hacienda, por lo que no le es aplicable la prescripción del artículo 602 de ese Código, ya que es para el ejercicio de derechos y acciones provenientes del contrato de trabajo, para lo que cita el voto de esta Sala, N° 390, de las 16 horas del 15 de noviembre de 1995, pues en materia de seguridad social el plazo de la prescripción aplicable es el del numeral 607 ibídem, es decir de tres meses. Afirmó que aún cuando la parte accionante formuló por primera vez en sede administrativa el reajuste del monto de su jubilación y posteriormente se limitó a reiterar su solicitud en varias ocasiones, lo cierto es que el asunto estaría inevitablemente prescrito, porque el petente debió gestionar judicialmente, una vez vencido el término de tres meses que tiene la Dirección Nacional de Pensiones para resolver expresamente en estos casos; debiendo presentar la demanda dentro del término que señala el numeral 607 del Código de Trabajo, por lo que consecuentemente, sólo podrían ser cobradas en esta vía judicial las diferencias correspondientes a los tres meses anteriores a la presentación de su último reclamo administrativo. Refirió que la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo ha venido aplicando y ajustando al actor los aumentos conforme lo ordena el ordenamiento legal vigente, sea acorde a los reajustes salariales que por concepto de aumento en el costo de vida decreta el Poder Ejecutivo, pues hacerlo o aplicarlo de otra forma, no es más que caer en violación flagrante al principio de legalidad que rige los actos de la Administración Pública, sustentado en los artículos 11 de la Constitución Política y su homólogo la Ley General de Administración Pública, pues no existe norma jurídica alguna que así lo ordene, ya que debe

tenerse claro que el mencionado inciso ch) del artículo 1 del citado cuerpo legal, no expresa, en modo alguno, que el procedimiento sea el que pretende el actor en este proceso ordinario, para lo que citó el voto de esta Sala, N° 292, de las 09:50 horas del 6 de setiembre de 1995. Indicó que como se extrae de lo sustentado por esta Sala, es totalmente improcedente atender en forma positiva las pretensiones de la parte accionante, toda vez que, si en algún momento histórico el cargo conelquesejubilóelaccionantesufriótransformaciones, es jurídicamente imposible acceder a su petición en el sentido de que los aumentos alegados se deben conceder conforme al nuevo puesto, toda vez que dentro de las nuevas políticas de la Administración Pública, en materia de empleo público, es ejecutar reestructuraciones globales, ocupando en la mayoría de los casos personal con nuevos requisitos académicos y legales, lo que hace que lógicamente guarden diferencia con los puestos que en el tiempo ocuparan los jubilados desde años atrás. Señaló que lo único que eventualmente podría darse, sería una homologación de dicho puesto por parte de la Oficina de Recursos Humanos o en quien aquella delegue esa labor, dependencia que en última instancia determinará si cabe la homologación con otro puesto o cargo que guarde relación y vigencia con el que se jubiló el reclamante. Añadió que lo pretendido por el actor es jurídica, técnica y materialmente imposible acceder por parte de la Dirección General de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, máxime con lo resuelto por la Sala Segunda en la sentencia señalada. Afirmó que si leemos detenidamente lo dicho por la parte actora en el hecho segundo de la demanda, arribamos a la conclusión inequívoca que lo que pretende, no es ni más ni menos que se le sigan incrementado los aumentos con fundamento en nuevos cargos o puestos que ésta nunca llegó a desempeñar, lo que es contrario a lo dispuesto por el artículo 1 inciso ch) citado. Invocó que en el hecho en mención la parte actora describió lo siguiente: a) nuevo salario base y otros incentivos laborales acordados por el Tribunal Supremo de Elecciones para mi categoría salarial, b) nuevo monto de la anualidad, por el número de anualidades con que me pensioné; c) salario base acordado por el Tribunal Supremo de Elecciones y otros incentivos laborales para mi categoría salarial en el período anterior y d) monto de la anualidad

devengados en el período anterior, por el número de anualidades con que me pensioné. Es decir, lo pretendido es como si todavía fuera servidor regular y activo de la Administración Pública, lo que no debe ser así, dado que la norma en que sustenta su acción judicial, es clara en disponer que los aumentos o incrementos a aplicar son los derivados del aumento general de salarios que dicte el Poder Ejecutivo para los servidores públicos y no los cambios técnicos y estructurales que se le haya dado al puesto que sirvió de fundamento para su jubilación, como bien lo sustentó y argumentó la Sala Segunda en la resolución que denegó tal pretensión de un jubilado que procuraba exactamente lo mismo que el demandante. Agregó que sin lugar a dudas, en la situación que nos ocupa, nos encontramos en presencia de relaciones de empleo público, por lo que según reiterada jurisprudencia, resultan aplicables disposiciones previstas en la normativa de derecho público, siendo el instituto de la caducidad una de las excepciones oponibles, para lo cual invoca el voto de esta Sala, N° 447, de las 9:40 horas del 8 de agosto de 2001, ya que el actor presenta adjunto a su libelo de demanda, reclamos administrativos que solo vienen a ser una reiteración de las solicitudes de diferencias de pensión presentadas anteriormente, por lo que el plazo de caducidad debe empezar a contar a partir del primer escrito presentado por el solicitante ante la Dirección Nacional de Pensiones, por lo que es claro que la caducidad ha operado (folios 44 a 60). Al contestar la audiencia sobre excepciones, el apoderado especial judicial del actor afirmó que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Constitucional y Sala Segunda, artículos 51, 56, 57, 68, 73 y 74 de la Constitución Política en relación con el 11 del Código de Trabajo, los derechos sociales y fundamentales, como el de pensión y sus reajustes, son irrenunciables, por lo que el monto a cancelar es el que efectivamente se deba, lo cual será determinado por un perito o en ejecución de sentencia, para lo que citó el voto de esta Sala, N° 356, de las 10:30 horas del 12 de noviembre de 1999. Respecto a la prescripción invocó que donde la relación entre el Estado y la parte actora se ha mantenido durante todo el tiempo, ahora en condición de pensionado, la que no ha cesado en ningún momento, no puede aplicarse, aparte de que nadie puede sacar provecho de su propio dolo, como

precisamente estaría sucediendo en este caso donde al Estado le ha resultado favorable faltar a su obligación de realizar los reajustes de oficio y conforme a derecho, incumplimiento que motiva este proceso, y hace procedente el punto 1 de la petitoria, sea que la Dirección Nacional de Pensiones debe realizar los reajustes de pensión, de oficio y en forma completa e inmediata, sin necesidad de gestión alguna de parte del pensionado, por lo que el Estado no puede moral ni legalmente interponer la excepción de prescripción, ya que implicaría permitirle beneficiarse de su propio dolo, por un incumplimiento que sólo a él le es imputable, para lo que citó un voto de esta Sala. Añadió que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 41 de la Constitución Política, es obligación del Estado resolver las gestiones que se le presenten, y en este caso no lo ha hecho desde que se le presentó la primera solicitud de reajuste de la pensión, que a la fecha sigue sin contestar, por lo que estando en situación de incumplimiento de su obligación de respuesta, no puede correr término alguno de prescripción, máxime que todas las gestiones fueron reiteradas antes de la interposición de este juicio, y tampoco fueron atendidas, por la que la prescripción respecto de las mismas, también se interrumpió con dicha gestión. Asimismo, que no se dan los supuestos para aplicar las reglas de prescripción establecidas en el Código de Trabajo, toda vez que el derecho de reajuste de diferencias de pensión que se pretende, es un derecho derivado de un contrato de trabajo, transformado ahora a un derecho de pensión y sus reajustes, que aún se mantienen y por ende no ha terminado, como para que empiece a correr plazo alguno de prescripción. Agregó que por ausencia de normativa expresa que regule la prescripción de las diferencias en el pago de la pensión del Régimen de Hacienda, como sí sucede en el artículo 40 de la Ley del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, si se pretendiera alguna prescripción, el plazo a aplicar sería el decenal que contempla el numeral 868 del Código Civil, ya que dichas diferencias no encuadran en ninguno de los supuestos de los artículos 602 a 607 del Código de Trabajo, ni 869 a 871 del Código Civil. Estimó que este punto es muy importante, por cuanto a lo sumo el inciso primero de los artículos 869 y 871 del Código Civil, se refieren a la prescripción del pago de la pensión completa, pero no

de sus diferencias, lo que es importante para efectos prescriptivos, pues no puede esperarse la misma capacidad de respuesta de una persona a la que sí se le está pagando algo, que una a la que no se le paga nada, lo que explica porqué el plazo prescriptivo especial de los artículos 869 y 870 del Código Civil sólo sea aplicable al pago de la pensión total, pero no a sus diferencias, ya que son casos diferentes, y por el hecho de seguir recibiendo una pensión aunque sea incompleta, no pueden prescribir las diferencias, ya que el pago de la pensión y cierta parte del reajuste sí se está dando, máxime que existe reclamo específico desde hace varios años, que lamentablemente no ha sido contestado por la Dirección Nacional de Pensiones. Añadió que cabe acotar, que tal y como lo señala acertadamente el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Reforma Integral de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional y el artículo 78 del Reglamento General del Régimen de Capitalización establecido en el Título II de la Ley de Reforma Integral precitadas, aplicable subsidiariamente por analogía al presente caso, sólo en cuanto beneficie al pensionado, el término prescriptivo del artículo 40 de la ley debe entenderse como “el plazo que tiene el interesado para solicitar su derecho de jubilación o pensión ante el órgano competente...” y no para reclamar su derecho en sede judicial, por lo que aún interpretando que el plazo a aplicar para el cómputo de la prescripción, sea alguno de los casos especiales de los artículos 602 a 607 del Código de Trabajo, o 869 a 871 del Código Civil. Estimó que tampoco procede la prescripción, por cuanto desde hace varios años la misma Dirección Nacional de Pensiones ha reconocido que se encuentra en un proceso de reorganización que parece nunca acabar y motiva el presente juicio, siendo que su posición siempre ha sido pedir tiempo para resolver los reclamos y ajustar las diferencias en la pensión, a lo que establece el ordenamiento jurídico, por lo que no puede ahora pretender beneficiarse con el plazo que ha transcurrido sin ajustar las pensiones a lo que en derecho y justicia corresponde. Refirió que tampoco se dan los supuestos para aplicar las reglas de prescripción establecidas en el Código de Trabajo, toda vez que en ningún momento se ha dado inactividad o incuria de la parte actora para solicitar y reclamar el pago de sus reajustes en la forma que en este juicio se reclama, ya que por el contrario, siempre ha existido

actividad en todo momento, acompañada de tolerancia y paciencia para con la Dirección Nacional de Pensiones, que siempre ha pedido tiempo para solucionar sus problemas internos y comenzar a pagar los reajustes de pensión en la forma que establece la ley, por lo que sería amparar la mala fe, pretender ahora la prescripción del reclamo a las diferencias que se han dejado de pagar por causas sólo imputables a la Dirección Nacional de Pensiones. Señaló que al analizar las circunstancias que en este juicio se denuncian, y al amparo, entre otros, del voto de la Sala Constitucional 2000-10350, se concluye que en ningún momento la prescripción ha operado. Respecto a la caducidad, alegó que no es de recibo, no sólo por no estar prevista para este tipo de procesos, sino también por cuanto no se ha dado acto administrativo alguno que le haya comunicado a su representado que la Dirección Nacional de Pensiones pretende negarle lo que solicita en este juicio, lo que motiva su presentación, pues si bien se le ha venido reconociendo reajustes, no son en la forma que establece la ley, y eso es lo que se reclama, en apoyo de lo cual reiteró los acápite b, c, d, f, g y h precitados, al refutar la excepción de prescripción. Agregó que conviene tener presente que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, artículos 51, 56, 57, 68, 73 y 74 de la Constitución Política, en relación con el 11 del Código de Trabajo, los derechos sociales y fundamentales como el de pensión y sus reajustes son irrenunciables, por lo que no se está ante un asunto de derechos puramente patrimoniales cuya violación pueda ser válidamente consentida, como pretende la representante estatal, sino ante un derecho fundamental y sagrado como el de la pensión que cualquier ciudadano debe esperar recibir “de oficio y de conformidad con la ley” y no en la forma antojadiza que lo ha venido haciendo la Dirección Nacional de Pensiones, con clara violación de ese derecho fundamental, que como tal no es renunciable, ni válidamente consentida su violación. En cuanto a la excepción de falta de derecho afirmó que tal y como se expresó en la demanda, la misma no se contrae ni limita al inciso ch) del artículo 1 de la Ley 148, que estableció el Régimen de Hacienda, como pareciera entenderlo el representante estatal, sino que por el contrario, se reclama un cambio intempestivo y unilateral en la forma de cálculo de los reajustes de la

pensión (hechos 2 a 4), así como incumplimiento de la obligación de la Dirección Nacional de Pensiones, de realizar de oficio los reajustes de la pensión del actor, de inmediato y de forma completa (petitoria 1 a 8), por lo que, indistintamente de que la parte actora, se haya pensionado o no bajo los efectos del inciso ch), lo que se reclama es la variación unilateral de la fórmula con que se le había calculado los reajustes de pensión hasta el segundo semestre de 1996, así como incumplimientos posteriores, en los reajustes de oficio del cálculo de los reajustes de pensión, según el método de diferencias, o el que en derecho corresponda. Asimismo, que en ningún momento la parte actora solicita se le reconozca un incremento salarial de un puesto que no hubiera ocupado efectivamente, ya que las respectivas equivalencias organizativas, las ha practicado el Departamento de Personal del Tribunal Supremo de Elecciones, que lo certificará oportunamente, sin que sea necesario que exista ningún estudio del Departamento Técnico de Instrumentación Tecnológica del Servicio Civil, ya que ello es resorte, facultad, potestad y deber del juez, con base en la prueba que conste en el expediente, y no de ningún órgano o departamento de la propia administración, máxime que en función de la autonomía de que goza el Tribunal Supremo de Elecciones, como órgano constitucional, tiene su propia Ley de Salarios y Régimen de Méritos (Número 4519). Amplía el fundamento legal de la demanda, en los artículos 190 siguientes y concordantes de la Ley General de la Administración Pública (folios 63 y 66 a 75). El Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, en sentencia N° 1742, de las 10:13 horas del 24 de mayo de 2006, declaró parcialmente con lugar la demanda. Acogió parcialmente la excepción de prescripción y declaró prescritas las diferencias mensuales por reajustes de pensión anteriores al 27 de diciembre de 2000, quedando a salvo las diferencias posteriores a esa fecha. Se obligó al accionado a reajustar el monto de la pensión de oficio y en forma completa e inmediata, utilizando la fórmula “por diferencia” y no por porcentaje, a partir del 27 de diciembre de 2000 y hasta su efectiva inclusión. Debe la Dirección Nacional de Pensiones, reconocerle en el reajuste de la pensión, la totalidad de los aumentos decretados por la Administración para los servidores activos, sin aplicar proporcionalidad o porcentaje

alguno. En síntesis, partiendo de que el derecho que ejercita la parte actora proviene del inciso ch) del artículo 1 de la Ley 148, la fórmula a aplicar es la siguiente: $((A+B)-(C+D))$ donde A: Corresponde al nuevo salario base y los incentivos laborales que integraron su salario al momento de pensionarse; B.- Nuevo monto de la anualidad, por el número de anualidades con que se pensionó, al monto que resulte de la sumatoria de ambos se le restará; C.- Salario base acordado y los incentivos laborales que integraron su salario al momento de pensionarse, en el período anterior; D.- Monto de la anualidad del período anterior, por el número de anualidades con que se pensionó. Lo anterior en el entendido de que al salario base, que corresponda, se le aplicará el porcentaje de acuerdo con los años de servicio con que se pensionó, ello en virtud de que el derecho es proporcional y no completo. Se obliga al demandado al pago de los daños y perjuicios consistentes en el pago de las diferencias de pensión, así como la parte proporcional que corresponda a aguinaldos, a partir de la citada fecha, así como al reconocimiento de los intereses legales, establecidos para los certificados a seis meses plazo en colones del Banco Nacional de Costa Rica, los cuales rigen a partir del momento en que cada uno se hizo exigible y hasta su efectivo pago. Se le previno al señor Director Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que una vez firme esta sentencia, proceda en el plazo de seis meses, a reajustar los montos de la pensión del actor, de acuerdo a los parámetros dictados en este fallo. Lo anterior, bajo el apercibimiento de que en caso de no hacerlo en la forma ordenada, se le podrá seguir causa penal, para lo cual, se testimoniarán piezas ante el Ministerio Público. Dichos cálculos se realizarán administrativamente dentro del plazo antes citado, no obstante ello, si la parte actora no estuviera conforme, podrá acudir a la vía de ejecución a fin de que sean revisados por este Juzgado. Se rechazó el punto cuarto de la pretensión, por cuanto no constituye una petición en sentido estricto. Se rechazaron las excepciones de caducidad, falta de derecho y la genérica de sine actione agit, dentro de la cual se encuentra incluida la segunda. Se obligó a la parte demandada al pago de ambas costas del proceso, fijándose las personales, por concepto de honorarios de abogado, en la suma prudencial de cien mil colones

netos (folios 178 a 183). Ambas partes formularon recurso de apelación (folios 187 a 222). El Tribunal de Trabajo, Sección Cuarta del mismo circuito judicial, en Voto N° 732, de las 19:10 horas del 17 de noviembre de 2006, confirmó la sentencia. Se dejó sin efecto el testimonio de piezas que eventualmente se ordenaría contra el Director Nacional de Pensiones (folios 227 a 239). El apoderado especial judicial del actor presentó adición y aclaración del fallo (folios 242 y 243), la que fue denegada en Voto 732 bis (folios 244 y 245).

II.- AGRAVIOS. El representante del Estado, muestra inconformidad con lo resuelto en la instancia precedente y, concretamente, reclama: 1°) que los juzgadores de segunda instancia, contraviniendo normas legales que rigen en esta materia, mantuvieron lo resuelto por el Juzgado, con respecto al término de seis meses en que la Dirección Nacional de Pensiones debe realizar los cálculos de los montos de diferencias, así como la oficiosidad con que deben continuarse realizando los reajustes por pensión en beneficio de la actora, pues al respecto, indicaron, en lo que interesa, lo siguiente: "(...) 8.- En cuanto a la disconformidad de la representante del Estado, hemos de indicar que el plazo de seis meses que se concedió en el fallo de primera instancia, corresponde al "plazo razonable" que en muchos asuntos ha mencionado la Sala Constitucional, el que además está sobrado para los cálculos que hay que hacer en el presente asunto, porque el monto de los aumentos es idéntico al que han recibido los empleados activos en el cargo específico. Por esas mismas razones, tales reajustes deberán ser de oficio, como sucede a manera de ejemplo, con los jubilados del Poder Judicial, porque si tuviéramos que esperar a que cada persona tenga que instar la concesión de los aumentos sería algo de nunca acabar (...)" . Agrega que no es cierto que el plazo de seis meses que se ordena para realizar los cálculos de diferencias que se adeudan al actor, sea un plazo razonable, " porque el monto de los aumentos es idéntico al que han recibido los empleados activos en el cargo específico" , pues el ad quem olvidó que el quid del asunto ha sido más bien que la actora pretende que los aumentos en el monto de su pensión se le conceda, con base en el método denominado "Por diferencias" $--((A+B)-(C+D))$ - derivado de las disposiciones del inciso ch) del artículo 1° de la Ley 148 y no de acuerdo con los porcentajes

por aumento de costo de vida concedidos por el Poder Ejecutivo semestralmente, como se realiza en el caso de funcionarios activos, por lo tanto, no es cierto que su cálculo sea idéntico en ambos casos, pues en este caso particular estamos en presencia de una pensión proporcional, por lo que no es posible indicar, como lo hizo el Tribunal, que su cómputo pueda realizarse de manera mecánica y general, por el contrario, para su cálculo se requiere hacer un análisis particular de diversos aspectos, de orden individual, de acuerdo con las condiciones especiales de cada pensionado. Aduce que la confusión de los métodos a utilizar para proceder a calcular los reajustes de pensión que parecen tener los juzgadores, resulta absolutamente perjudicial para los intereses de su representado, pues a partir de la supuesta facilidad con que ello puede realizarse, ordenaron efectuarlos no solo en un término breve, sino además de oficio, contraviniendo con ello importante normativa que rige en esta materia. Invoca que en su oportunidad hicieron ver al ad quem, que el numeral 3 de la Ley 14 de 2 de diciembre de 1935, denominada Ley General de Pensiones, es muy claro al estipular, en lo que interesa: "(...) Artículo 3°- La solicitud de una pensión de gracia o de derecho deberá hacerse necesariamente por escrito, y en la misma forma, cualesquiera otras gestiones posteriores que se lleguen a efectuar respecto a la misma pensión. La petición, para ser admitida por el organismo al cual corresponda resolverla, deberá documentarse con información instaurada ante la Oficina de Jubilaciones y Pensiones, que demuestre que el interesado reúne los requisitos exigidos por la ley sobre la cual fundamenta su solicitud, si se trata de una pensión de derecho, y los que indica el párrafo siguiente, en el caso de una pensión de gracia (...)". (Lo subrayado no pertenece al documento original) . Agrega que como se puede extraer de la anterior transcripción, la Ley General de Pensiones, establece de manera categórica que tanto la solicitud de pensión como cualquier otra gestión posterior relacionada con aquella (caso de los reajustes) debe realizarse de manera escrita, lo que conlleva a deducir de manera lógica, que se requiere de la petición de la parte interesada para el trámite de inicio; por ello, deviene en improcedente y contrario al Principio de Legalidad que rige en todas las actuaciones de la Administración, que se obligue a su representado a continuar realizando

un trámite de oficio, cuando la ley ordena la gestión de la parte interesada para su ejecución. Refiere que es importante reiterar lo expuesto ante los juzgadores de segunda instancia, referente al carácter declarativo que tiene todo el proceso dirigido a la obtención de una pensión y los posteriores actos que de él se derivan, para los cuales se requiere necesariamente, de la instancia o gestión de la parte interesada. Asimismo, es importante que se tome en consideración que las regulaciones vigentes en materia de pensiones, -Ley 7302 de 15 de julio de 1992- limita la aplicación oficiosa de las revisiones de pensión a aquellas que deben realizarse bajo la modalidad denominada "por costo de vida" y no las derivadas de las disposiciones del inciso ch) del artículo 1 de la Ley 148 de 23 de agosto de 1943, es decir, "al puesto"; en consecuencia, en el caso de estas últimas (revalorizaciones de pensiones "al puesto"), como por ejemplo el régimen originario de Hacienda, estos trámites deben realizarse de conformidad con las disposiciones del artículo 3° de anterior cita, sea, a solicitud del interesado y no de manera oficiosa. Aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta que respecto a esos reajustes, puede operar la prescripción extintiva –artículo 607 del Código de Trabajo- en caso de no ser solicitados oportunamente por el interesado, tanto en esta vía como en la administrativa, por lo que considera que obligar a su representado a realizar esos reajustes de manera oficiosa, es obligarlo a desistir de la aplicación de un derecho que tiene a su favor, constituido en este instituto jurídico básico, como es la prescripción extintiva, contraviniéndose con ello, además el Principio Pro Fondo, de aplicación obligatoria en esta materia, para lo que hace una cita de doctrina y el voto de esta Sala, N° 46, de las 09:10 horas del 9 de febrero de 1996. Alega que bajo la anterior tesis, es claro que el criterio sostenido por el ad quem, al obligar a su representado a realizar los reajustes en el monto de la pensión del actor, de manera oficiosa, poniendo incluso como ejemplo a los jubilados del Régimen del Poder Judicial –cuando obviamente sabemos que tal comparación no cabe, dada la diferencia de regímenes de que se trata y las regulaciones particulares de cada uno de ellos-, resulta a todas luces improcedente, por cuanto, además de constituir un error de interpretación de la norma, atenta contra la estabilidad del fondo de las pensiones pagadas mediante el Presupuesto Nacional.

Señala que en vista de la que la Administración ha actuado de buena fe, y sus actuaciones han estado amparadas en las disposiciones del ordenamiento jurídico, especialmente porque han sido realizadas en estricto cumplimiento del Principio Pro Fondo, solicita se revoque la condenatoria en costas, para lo que también debe tomarse en consideración que tanto en la sentencia que se recurre como en la de primera instancia, no fueron atendidas la totalidad de las pretensiones de la parte actora, pues ambas instancias acogieron de manera parcial la excepción de prescripción que se opuso, declarando prescritas las diferencias mensuales por reajuste de pensión anteriores al 27 de diciembre de 2000. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia recurrida y se declare con lugar el recurso (folios 253 a 262).

III.- SOBRE EL PLAZO DE SEIS MESES OTORGADO Y LA OFICIOSIDAD CON QUE SE DEBERÁN REALIZAR LOS FUTUROS REAJUSTES.

El plazo de seis meses otorgado al señor Director Nacional de Pensiones para reajustar los montos de pensión de la parte actora, otorgado por el Juzgado y avalado por el Tribunal, está concedido a favor de esta Dirección, no de la parte accionante, y de no incluirse el mismo, la sentencia firme sería de cumplimiento inmediato. Como se puede observar, corresponde a un plazo de gracia otorgado a la Dirección Nacional de Pensiones para realizar los reajustes de la pensión adeudados, pues dada la naturaleza de las sentencias, estas son de acatamiento obligatorio e inmediato a partir de su firmeza, en virtud de la ejecutividad que es inherente a ellas. Por lo expuesto, de acogerse el reproche de la representante del Estado, debería exigirse su cumplimiento inmediato, lo cual va contra de los intereses de la parte recurrente, e implicaría reformar en su perjuicio el fallo impugnado, en clara contravención de lo dispuesto en el artículo 560 del Código de Trabajo, en relación con el 561 y 565 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en esta materia. Por lo anterior, se debe mantener el plazo, pues de lo contrario se estaría actuando desfavorablemente a los intereses de la única parte recurrente. Por otro lado, en relación al reproche acerca de la oficiosidad con que se deben continuar haciendo los reajustes de la pensión, el artículo 1° de la Ley N° 148, del 23 de agosto de 1943 –Ley de Pensiones de

Hacienda- establece: “Artículo 1°.- Los funcionarios o empleados del Ministerio de Economía y Hacienda y sus diversas dependencias, así como los empleados que cita el artículo 13 de la presente ley, excepto los de la Contraloría General de la República, no regidos por leyes especiales en cuanto a jubilaciones y pensiones, ni amparados por la Ley de Seguro Social, que hayan servido más de treinta años y tengan más de cincuenta años de edad, podrán pedir su jubilación con derecho a pensión conforme a las siguientes normas: a) Los que estuvieren disfrutando una pensión al promulgarse esta ley, se les ajustará en el tanto equivalente a los salarios vigentes en cada categoría; / b) Los que se pensionaren después de la promulgación de esta ley, tendrán derecho a una pensión equivalente al sueldo y su incremento que a esa fecha establezca, para cada categoría, el presupuesto de la institución en que presten sus servicios al momento de jubilarse; / c) La Oficina de Jubilaciones y Pensiones establecerá las equivalencias mencionadas en los apartes a) y b) de este artículo con el asesoramiento de la Dirección General del Servicio Civil.”. A este numeral se le adicionó un inciso ch) mediante la Norma General 49 del artículo 9° de la Ley N° 6542, de 22 de diciembre de 1980, inciso que es el de interés para los efectos del asunto bajo estudio y que indicaba: “Ese beneficio se reajustará de oficio, en el porcentaje equivalente al incremento alcanzado o que llegue a alcanzar la remuneración del cargo respectivo”. (La negrita no pertenece al original) . Este apartado de la norma mencionada fue posteriormente anulado por resolución de la Sala Constitucional N° 2136, de las 14:00 horas del 23 de octubre de 1991, como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que adicionaron dicho inciso; no obstante, en el propio voto citado, se estableció que la declaratoria se hacía sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe, respecto de aquellas personas que, a la fecha de la declaratoria, “estén disfrutando de los beneficios que otorgaban esas normas y de aquellos otros derechos nacidos con anterioridad a la primera publicación a que alude el artículo 90, párrafo primero de la Ley que regula a esta jurisdicción, se hayan o no reclamado, o declarado el reconocimiento o comenzado a percibir el monto de la jubilación.”. De lo anterior se concluye que, al existir una norma especial, como es la transcrita, con base en la cual se reconoció el derecho original

de pensión, su aplicación es prioritaria ante cualquier otra de carácter general, como son las indicadas por la recurrente. Esta Sala considera que tampoco existe violación al principio pro fondo, ni una interpretación contraria a este, al ordenarse la aplicación de oficio de los reajustes futuros de la pensión, por cuanto se está cumpliendo con una norma especial como la indicada, que expresamente así lo dispone. En cuanto a la vulnerabilidad del derecho de la Administración de alegar la prescripción si el peticionario no lo solicita en forma expresa, debe indicarse que la sentencia impugnada solamente está reiterando una obligación que por ley le corresponde cumplir al Estado, de modo que un eventual incumplimiento suyo no exime al administrado de reclamar oportunamente sus derechos. Por lo anterior, no resultan procedentes los agravios en ese sentido.

IV.- EN RELACIÓN CON LA CONDENATORIA EN COSTAS. La representante del Estado muestra inconformidad en cuanto a la condenatoria en costas a su representado, pues considera que este litigó de buena fe, asimismo que se rechazaron algunas pretensiones del actor, al acogerse parcialmente la excepción de prescripción y se actuó siempre en beneficio del fondo de pensiones y de los principios que lo informan. En materia laboral, en lo relativo a costas, es de aplicación supletoria el artículo 221 del Código Procesal Civil, el cual dispone, en principio, que al vencido será a quien se condene en esos gastos, siendo el numeral 222 de ese mismo cuerpo normativo el que establece los casos de exención a dicha condenatoria, es decir, enumera taxativamente las situaciones excepcionales en que se podrá exonerar en costas a la parte perdedora. Concretamente, esta última norma establece en lo conducente: “No obstante lo dicho en el artículo que antecede, el juez podrá eximir al vencido del pago de las costas personales, y aún de las procesales, cuando haya litigado con evidente buena fe, cuando la demanda o contrademanda comprendan pretensiones exageradas, cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la demanda o reconvencción, cuando el fallo admita defensas de importancia invocadas por el vencido, o cuando haya vencimiento recíproco. ...”. De lo anterior se deduce que la regla es la condenatoria y la situación contraria es la excepción, por lo que tales

circunstancias deben inferirse claramente de los autos para poder ser aplicadas. Asimismo, la legislación laboral, específicamente, el artículo 494 del Código de Trabajo estipula: “En ningún caso procederá el afianzamiento de costas, pero la sentencia contendrá expresión de que se condene en costas procesales, o en ambas costas, o que se pronuncia sin especial condenatoria en ellas. /... Por costas procesales se entenderán todos los gastos judiciales de que no puede haber exención, como depósitos para responder a honorarios de perito y otros análogos.”. Por su parte, el numeral 495 ibídem reza: “Aunque haya estipulación en contrario, la sentencia regulará prudencialmente los honorarios que corresponden a los abogados de las partes. Al efecto, los tribunales tomarán en cuenta la labor realizada, la cuantía de la cosa litigada y la posición económica del actor y del demandado. Dichos honorarios no podrán ser menores del quince por ciento ni mayores del veinticinco por ciento del importe líquido de la condenatoria o de la absolución en su caso; si el juicio no fuere susceptible de estimación pecuniaria, los tribunales se sujetarán a lo que su conciencia les dicte. La parte que hubiere litigado sin auxilio de abogado podrá cobrar los honorarios que a este correspondieren, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior. El contrato de cuota litis en materia laboral se regirá por las disposiciones de los artículos 1043 y 1045 del Código de Procedimientos Civiles (sic). Sin embargo, tratándose del trabajador, los honorarios que deba pagar a su abogado no podrán ser superiores en ningún caso al veinticinco por ciento de beneficio económico que adquiera en la sentencia.”. Como se puede observar, en el presente asunto, el Estado resultó perdedor en cuanto a la pretensión principal de la demanda, cual era el reajuste de la pensión, así como los intereses que dichas sumas generen, por ello, el órgano de alzada confirmó la condenatoria en costas. Ante la Sala, la representante estatal indica que al litigarse con evidente buena fe y que solo se concedieran parte de las pretensiones, al haberse acogido parcialmente la excepción de prescripción, son circunstancias que podrían subsumirse en algunos de los supuestos por los que procedería la indemnidad en costas al accionado. No obstante, debe tomarse en consideración que si bien se rechazaron parte de las pretensiones del demandante, al haberse acogido parcialmente la excepción de prescripción,

debe tomarse en cuenta que la parte accionante debió acudir a la vía judicial a reclamar su derecho, por lo que resulta razonable que se le reembolsen los gastos en que debió incurrir. De modo tal que, al no haberse acreditado ninguna circunstancia suficiente para que opere una dispensa en cuanto al pago de ese extremo, resulta procedente mantener la condenatoria a la parte vencida.

V.- En consecuencia, se debe confirmar el fallo impugnado.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

DESPIDO DE FUNCIONARIA MUNICIPAL EN PERÍODO DE PRUEBA. VOTO N° 310-05

De las 9:30 hrs. del 6 de mayo del 2005.

Redacta el Magistrado Vega Robert; y,

CONSIDERANDO:

I.- AGRAVIOS: La actora recurre la sentencia dictada por el Tribunal de Trabajo del I Circuito Judicial de Alajuela y para ello se fundamenta en las siguientes razones: 1º.- indica que el Tribunal no ha tomado en cuenta que laboró para la Municipalidad desde el 2 de diciembre de 2002 al 28 de febrero de 2003 y que fue despedida cuando justo había cumplido el período de prueba a satisfacción de su jefatura inmediata. No obstante el Alcalde Municipal decidió aplicar un despido unilateral y arbitrariamente. 2º.- Si bien el Código Municipal establece un período de prueba para los funcionarios que ingresan a la Municipalidad, para determinar que no se ha superado el período de prueba la Administración debe contar con elementos suficientes que le hayan permitido llegar a esa conclusión y al menos hacerlos del conocimiento del trabajador afectado. En su caso si bien se indica que no ha satisfecho el período de prueba, no se indican las razones que llevaron a la Alcaldía a esa conclusión; lo cual lesiona su derecho fundamental al debido proceso. 3º.- El Código Municipal otorga al Alcalde la

potestad de nombrar, promover y remover al personal, pero dicha potestad no puede ser ejercida sin sujetarse a los principios de razonabilidad y objetividad que constituyen el marco de referencia que el ordenamiento le fija a toda competencia discrecional, para evitar su uso arbitrario. 4º.- Tres días antes de aplicarse su despido por no haber superado el período de prueba su jefatura inmediata rindió un informe técnico evaluando su rendimiento laboral, calificándolo como bastante satisfactorio, lo que permite cuestionar la decisión del Alcalde, quien se ha escudado en la potestad que le otorga el Código Municipal, la cual no es irrestricta sino que debe ser fundamentada para evitar arbitrariedades que lesionen los derechos laborales (folios 70 a73).

II.- ANTECEDENTES: La demanda de la señora ... contra la Municipalidad de Alajuela contiene una pretensión principal y otra subsidiaria. Mediante la primera pretende su reinstalación en el puesto que ocupaba al momento de ser despedida ilegalmente y consecuentemente, la cancelación de los montos correspondientes a los salarios, aguinaldo, vacaciones y salario escolar, dejados de percibir desde el momento en que se aplicó el despido y hasta su reinstalación; intereses sobre las sumas adeudadas y costas. Mediante la segunda pretende se le cancelen los montos correspondientes a prestaciones de ley, producto de haber sido injustamente despedida; a aguinaldo, vacaciones y salario escolar proporcionales al último período laborado; intereses legales sobre las sumas adeudadas y costas (folios 13 a 15). El Alcalde Municipal contestó la demanda negativamente y solicitó que se declarara sin lugar e interpuso las excepciones de falta de derecho y la genérica de "sine actione agit" (folios 25 a 30). El juzgador de primera instancia acogió, parcialmente, las pretensiones de la demandante y condenó, a la Municipalidad, a pagarle ¢22.055,00 por dos días de vacaciones y ¢82.706,25 por dos doceavos de aguinaldo, más sus intereses desde la fecha del despido hasta su efectivo pago y el salario escolar proporcional si le fue rebajado. Rechazando todas las pretensiones principales y el pago de preaviso y cesantía comprendidos dentro de las pretensiones subsidiarias. Resolviendo sin especial condenatoria en costas. Para ello argumentó, en lo de interés, que tenía razón la Municipalidad demandada, toda vez que si la actora fue nombrada como Jefe del

Departamento de Urbanismo, en período de prueba de tres meses, a partir del 2 de diciembre del 2002 y fue despedida el 28 de febrero del año siguiente, no transcurrieron los tres meses que el artículo 133 del Código Municipal exige como período de prueba, pues los plazos se cuentan de fecha a fecha y en este caso fue despedida antes de la fecha en que cumpliría los tres meses de nombramiento, encontrándose entonces al día del despido aún en su período de prueba. Que en igual sentido los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo otorgan derechos al trabajador después de un trabajo continuo no menor de tres meses. Y que, si bien es cierto que el Código Municipal establece un procedimiento de sanciones, en su artículo 150; y que los servidores podrán ser removidos cuando incurran en las causales de despido del artículo 81 del Código de Trabajo y las dispuestas por ese Código; y su artículo 117 establece que quedan protegidos por esa ley todos los trabajadores nombrados con base en el sistema de selección por mérito. No obstante su artículo 133 impone como requisito a los servidores pasar un período de prueba hasta de tres meses de servicio. Por lo que si la actora no había cumplido con su período de prueba, aún no la cubría el fuero de protección del Código Municipal; y por ende no era de aplicación aún en su caso el citado artículo 150. Como aún no había cumplido con todos los requisitos para gozar la protección que impone esa ley y a tenor de los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, se considera que cualquiera de las partes puede poner fin a la relación laboral dentro del lapso de tres meses, sin que exista ninguna obligación indemnizatoria de una parte para la otra (folios 45 a 47). El Ad-quem confirmó el fallo y para ello consideró que si bien fue cesada a partir del 28 de febrero del 2003, cuando prácticamente había laborado los tres meses de prueba pues el despido fue el último día hábil de ese período, eso no la favorece porque los efectos jurídicos del cese dentro del período de prueba que señala el citado artículo 133 son los mismos, independientemente que la ruptura se de al inicio, a mediados o en cualquier momento del período de prueba, siendo irrelevante para esos efectos que en este caso la ruptura se diera casi al final del período. Además, que durante ese período cualquiera de las partes puede ponerle fin a la relación laboral sin responsabilidad y en lo relativo a la Municipalidad sin que tenga que agotar

el procedimiento que si está obligada a cumplir con trabajadores que ya han superado ese período. Por ello estimó que no hubo violación al debido proceso. Razonó que el artículo 17 inciso k) del Código Municipal concede al Alcalde la atribución de nombrar, promover y remover al personal; y por consiguiente la decisión del Alcalde de remover de su cargo a la actora no es un acto arbitrario pues encuentra asidero en las dos normas citadas. Finalmente consideró que no es motivo para considerar abusiva esa decisión el que poco antes de su destitución el rendimiento laboral de la actora fuera calificado en forma satisfactoria por la jefatura inmediata, porque, reiteró, esa trabajadora se hallaba en período de prueba y dentro de ese período el ente patronal tenía la potestad de ponerle fin a la relación laboral a su conveniencia, por las razones que fueran (folios 61 y 62).

III.- SOBRE EL DESPIDO EN PERÍODO DE PRUEBA: El período de prueba tiene su justificación en el carácter personalísimo del contrato de trabajo y en la necesidad de que, ambas partes, se aseguren de las aptitudes de la contraparte (BALLESTER PASTOR María Amparo, El período de prueba, Valencia, primera edición, Editorial Tirant lo blanch, 1.995, p. 9). Dicho período consiste en una fase preliminar, común a ambas partes, durante el cual, el trabajador demuestra su aptitud, así como su adaptación a la tarea encomendada, durante el cual, cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación de trabajo, sin responsabilidad alguna. En relación con su finalidad, se ha indicado: "Por la prestación del trabajador durante esta etapa experimental, puede el empresario apreciar en la práctica su capacidad profesional, la adaptación a la tarea que se le asignará, así como descubrir, en la convivencia inmediata y más o menos prolongada, sus cualidades personales de toda índole que se valoren en el trabajo. / Durante esta fase, puede el trabajador comprobar también si le convienen y agradan los servicios que deba desempeñar, a más de valorar las condiciones de compartir más o menos indefinidamente, de consolidarse la relación laboral, su vida profesional con el empresario y con sus compañeros de actividades." (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral. Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., tercera edición, 1.982, pp. 613-614). En el Código de Trabajo no se regula, de

manera expresa, un plazo determinado de tal período denominado de prueba, pero se ha entendido que el mismo resulta ser de tres meses; dado que, antes de dicho período, cualquiera de las partes puede ponerle fin a la relación, sin responsabilidad alguna. El Código Municipal establece en el artículo 133 del Capítulo IV SELECCIÓN DE PERSONAL, del Título V EL PERSONAL MUNICIPAL, textualmente que “Todo servidor municipal ha de pasar satisfactoriamente un período de prueba hasta de tres meses de servicio, contados a partir de la fecha de vigencia del acuerdo de su nombramiento.” Debe entenderse que, aparte de la natural finalidad del período de prueba, en virtud de esta norma se establece que el mismo será necesario para poderle conceder, al servidor municipal, la protección que contempla dicho Código; entre ellas, el derecho a la estabilidad previsto en sus artículos 146 inciso a) y 150, según los cuales, salvo las excepciones contempladas en ese cuerpo normativo, los servidores municipales no pueden ser despedidos de sus puestos a menos que incurran en las causales de despido que prescribe el Código de Trabajo y en el propio Código Municipal y conforme con el procedimiento sancionador señalado en el último artículo citado. En consecuencia, ese período sirve no sólo para que el patrono, en su caso el Alcalde Municipal, valore las cualidades del servidor municipal, sino también para que, este último, decida si el cargo en el que fue nombrado resulta conveniente a sus intereses y, a la vez, realmente idóneo. Pero, por otra parte, según el artículo 133 citado, el período ahí previsto debe ser superado por el trabajador, para que pueda gozar de las normas protectoras contempladas en dicho Código Municipal. Consiguientemente, de ese mismo artículo se desprende -a contrario sensu- que durante dicho período de hasta tres meses de servicio existe libertad de despido. Ahora bien, esa norma dispone también, ciertamente, que ese período de prueba debe ser superado “satisfactoriamente” para que, como se dijo, el servidor municipal pueda gozar de las normas protectoras contempladas en dicho Código Municipal; sin embargo, analizado este cuerpo normativo, en él no se establece que, a fin de determinar si el servidor ha pasado -satisfactoriamente, o no- ese período de prueba, el Alcalde deba basarse, necesariamente, en algún elemento, por ejemplo, un dictamen técnico, menos aún, obligatorio y vinculante; como tampoco,

informarle al servidor afectado respecto de los motivos del despido. En otras palabras, del artículo 133 del Código Municipal se desprende, sin lugar a dudas, la libertad del Alcalde Municipal para poder despedir al servidor, durante el período de prueba; y en particular, cuando considera que no ha pasado satisfactoriamente ese período; sin que, por otro lado, se pueda discutir luego la cuestión sobre la razonabilidad y objetividad de esa consideración, ya que, a diferencia de otros regímenes -p. Ej.: el Estatuto de Servicio Judicial- en el régimen municipal se echa de menos la existencia de una norma que establezca la obligación, en este caso del Alcalde, de fundamentar las causas que justifican la decisión adoptada, vale decir, la obligación de indicar y comunicar los motivos (que no necesariamente deben ser faltas graves) en que la Alcaldía Municipal sustenta su decisión; cuestión ésta que, por lo mismo, queda librada, enteramente, a la conveniencia de la Alcaldía Municipal.

IV.- CASO CONCRETO: En el caso bajo estudio, la propia actora admite que fue nombrada el 2 de diciembre de 2002 y notificada del cese de su nombramiento el viernes 28 de febrero del 2003, mediante la Acción de Personal N° 0325-RH-2003 de igual fecha, esto es, antes de superar el período de prueba, ya que el mismo se cumpliría exactamente el 2 de marzo del 2003 (ver escritos de demanda y oposición a las excepciones, a folios 1 a 5 y 37 a 39). Siendo improcedente, por lo mismo, su alegato de que había cumplido el período de prueba de tres meses. Igualmente admite en su demanda que dicha acción de personal se fundamentó en los artículos 17 inciso K) y 133 del Código Municipal. Dichas normas establecen, en lo de interés, que es al alcalde municipal a quien le corresponde la atribución de remover al personal de la municipalidad; y además, que todo servidor municipal ha de pasar satisfactoriamente un período de prueba hasta de tres meses de servicio, contados a partir de la fecha de vigencia del acuerdo de su nombramiento. Pese a que no consta en autos la Acción de Personal de cese, N° 0325-RH-2003 del 28 de febrero del 2003, ambas partes reconocen su existencia y no cabe sino presumir, razonablemente, que dicha acción fue aprobada por el Alcalde Municipal, del mismo modo que lo fue la Acción de Personal N° 0234-RH-2003, mediante la cual se hizo su nombramiento en

período de prueba la misma, tal y como consta a folio 7. De modo que, estando probado, como en efecto lo está, que el cese de la actora fue dispuesto cuando ella no había superado aún el período de prueba de tres meses; que esa decisión se tomó por el órgano competente, es decir, por el Alcalde Municipal; y que la misma se fundamentó en los artículos 17 inciso K) y 133 del Código Municipal; no cabe sino concluir que no se trata de un acto arbitrario, sino, por el contrario, de una acción de personal ajustada a derecho, no solo por ser un acto motivado, con mención suscita al menos de su fundamento jurídico, sino también por que, como ya se señaló, durante dicho período de prueba, en el régimen municipal existe libertad de despido, ya que la actora no gozaba, todavía, del derecho de estabilidad en el puesto; y por ello el Alcalde podía cesarla, como en efecto lo hizo, discrecionalmente, en período de prueba, en vista de no resultarle satisfactoria dicha relación laboral, tal y como lo admite dicho funcionario, en la contestación de demanda. Sin que debiera recurrir, desde luego, al procedimiento sancionador dispuesto en los artículos 146 inciso a) y 150 y siguientes del Código Municipal; ni tener que sustentar el despido en causal alguna (folios 1 a 5 y 25 a 30). Ahora bien, en nada afecta, a lo considerado, el que tres días antes de aplicarse su despido, el Director de la Dirección Comercial y de Desarrollo de la Municipalidad hubiese enviado nota al Jefe del Departamento de Recursos Humanos, comunicándole, como en efecto le informó, que teniendo en cuenta que el volumen de trabajo del Departamento de Urbanismo era bastante alto, que el recurso humano disponible era insuficiente y que la disponibilidad de recursos materiales y de transporte era inoportuna, la actora había evidenciado honestidad en el ejercicio profesional, motivación en el desempeño de sus funciones, defensa de los intereses de la institución, aceptable atención a los trámites gestionados ante su Unidad y disposición y respeto en la coordinación a nivel institucional; y por ello, que las deficiencias en el funcionamiento de ese Departamento -a cargo de la actora- se debían fundamentalmente a las circunstancias antes indicadas y no a un inadecuado desempeño de ella. No solo por

que no se trata de un acto con efectos propios, por el cual se exprese, por ejemplo, la voluntad final de la Administración, pues es un acto interno, de mero trámite. Amén de que tampoco se trata de un informe técnico, evaluativo del rendimiento laboral de la actora, ni siquiera emanado por un órgano competente, como podría ser el propio Departamento de Recursos Humanos, sino rendido más bien ante éste último, por el Director de la Dirección Comercial y de Desarrollo de la Municipalidad, quien no resulta ser -o al menos no se ha probado que sea- el superior jerarca de la actora; sino que se trata, como en esa nota se indica, de consideraciones generales al respecto, al no existir, a nivel institucional, procedimientos permanentes de evaluación establecidos ni metodología definida para tal efecto (ver folios 8 y 9). Y aunque se tratara de un informe técnico -que no lo es, por lo dicho- ni el artículo 133 del Código Municipal, así como ninguna otra de sus normas establecen, en lo de interés, que el Alcalde estuviera obligado a basarse en un previo dictamen técnico, menos aún, con carácter obligatorio y vinculante, a los efectos de considerar si la actora había pasado o no satisfactoriamente el período de prueba; como tampoco, a informarle de los motivos al respecto. Lo cual impide, desde luego, el pronunciamiento respecto de la acusada falta de razonabilidad y objetividad en torno a la decisión de cese de la actora, en período de prueba, tomada por el Alcalde Municipal de la Municipalidad de Alajuela; en vista de que, como se dijo, en el Código Municipal se echa de menos la existencia de una norma que, para casos como el presente, establezca expresamente la obligación de fundamentación y comunicación por el Alcalde de las causas justificativas de su decisión.

V.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con lo expuesto, resulta procedente confirmar la sentencia impugnada.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

CÓMPUTO DE HORAS EXTRA ES DIARIO. NO ACUMULATIVO SEMANAL. VOTO N° 2004-000597

De las 9:20 hrs. del 21 de julio de 2004.

I.- ANTECEDENTES: En el escrito inicial de demanda, la actora manifestó que había comenzado a laborar el 3 de agosto de 1.998, como recepcionista, con un horario de seis de la mañana a seis de la tarde, de lunes a viernes. Señaló que durante la relación laboral no le fueron canceladas las horas extra y los días feriados y que las vacaciones le fueron calculadas con base en un salario que no le correspondía. Con base en esos hechos reclamó el pago de tres mil cien horas extra hasta la presentación de la demanda, los días feriados, el reajuste en las vacaciones, aguinaldos, el fondo de ahorro laboral previsto en la Ley de Protección al Trabajador, el preaviso, los daños y perjuicios, intereses y ambas costas (folios 3-4). Más adelante, antes de que quedara trabada la litis, desistió del cobro de los días feriados y del preaviso, al tiempo que amplió su pretensión para reclamar la totalidad de horas extra, inclusive las que se produjeran hasta la fecha en que se dictara la sentencia (ver folios 7, 9, 11 y 65). La parte accionada aceptó el horario de trabajo apuntado por la actora y señaló que ésta laboraba en jornada acumulativa semanal; razón por la cual, sólo trabajaba doce horas extra por semana, las cuales le eran debidamente canceladas; pues el salario pagado incluía el mínimo legal y el exceso debía imputarse al pago del tiempo extraordinario. Se opusieron, entonces, las excepciones de falta de derecho, pago, prescripción y la genérica sine actione agit (folios 19-23). La juzgadora de primera instancia denegó el pago de las horas extra, al considerar que no habían sido acreditadas por la actora y, únicamente, ordenó el reajuste de aguinaldo y vacaciones, junto con los intereses, al tiempo que resolvió sin especial condena en costas (folios 96-113). Lo resuelto fue apelado por la accionante y el Tribunal de Puntarenas revocó lo fallado. En su lugar, condenó a la empresa demandada a pagar lo correspondiente por veinte horas extra semanales y ordenó el reajuste en los aguinaldos, las vacaciones y el fondo de ahorro laboral. Le impuso, además, el pago de los intereses y el de ambas costas (folios 126-144).

II.- LOS AGRAVIOS DEL RECORRENTE: Ante la Sala, el apoderado especial judicial de la empresa demandada muestra disconformidad con lo resuelto por el órgano de alzada. Señala que el Tribunal interpretó inadecuadamente lo indicado en la contestación de la demanda; por cuanto lo que sí debe quedar claro de ese escrito, es lo establecido en el artículo 136 del Código de Trabajo, en cuanto señala que la jornada ordinaria no podrá ser mayor de ocho horas en el día, seis en la noche y cuarenta y ocho por semana. Señala que la actora laboraba en jornada continua acumulativa, como ahí se indicó, por lo que sólo trabajaba de lunes a viernes, ante lo cual, considera improcedente la decisión del Tribunal de concederle veinte horas extra por semana y sostiene que tal decisión violenta el contrato realidad que mediaba entre las partes. Argumenta que las doce horas extra laboradas por semana, sí le eran debidamente canceladas a la actora, en el tanto en que el exceso sobre el mínimo legal debía imputarse al pago del tiempo extraordinario y agrega que dicho exceso no fue rebajado al momento de calcular lo adeudado por tiempo extra. Alega, entonces, una inadecuada valoración de los elementos probatorios por parte de los integrantes del órgano de alzada. Además, señala que no se tuvieron en cuenta los días de Semana Santa, en los cuales no pueden computarse horas extra y algunos feriados como el 25 de julio, 12 de octubre en algunos casos, y en otros el 11 de abril. Asimismo, manifiesta que no se tomaron en cuenta las incapacidades de tres y cuatro días concedidas a la accionante, períodos durante los cuales tampoco pueden computarse horas extraordinarias. Con base en estos argumentos pretende la revocatoria de lo fallado (folios 172-175).

III.- SOBRE LA JORNADA EXTRAORDINARIA:

En el Capítulo referido a los derechos y garantías sociales de los trabajadores, el constituyente reguló lo relacionado con las jornadas de trabajo. En el artículo 58 se estableció que la jornada ordinaria de trabajo diurno, no podría exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Los límites de la nocturna se fijaron en seis horas diarias y treinta y seis semanales; estableciéndose, también, que el trabajo realizado fuera de esos límites, debe ser remunerado

con un cincuenta por ciento más de los salarios estipulados; salvo casos de excepción muy calificados. Las regulaciones constitucionales fueron desarrolladas en el Título Tercero del Código de Trabajo, Capítulo Segundo, estableciéndose los rangos horarios que comprenden las jornadas diurna y nocturna. Se reiteraron los límites fijados constitucionalmente y se previó una jornada mixta, la cual no podrá exceder de siete horas. Asimismo, se estableció que, salvo casos graves de excepción, la jornada ordinaria, sumada a la extraordinaria, no podría exceder de las doce horas diarias. En el artículo 141 se establece la expresa prohibición de laborar tiempo extraordinario, en los trabajos que, por su naturaleza, sean peligrosos o insalubres. Por otra parte, varias normas contemplan excepciones a los límites establecidos. El segundo párrafo del artículo 136 establece la posibilidad de fijar una jornada diurna de hasta diez horas; y, mixta, hasta de ocho, siempre que el trabajo semanal no exceda de aquellas cuarenta y ocho horas máximas, cuando se trate de trabajos que no sean insalubres o peligrosos. El numeral 143, de manera más concreta e imperativa, señala: “Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media.” En el caso que se analiza, en el escrito inicial de demanda, la actora señaló que su jornada era de seis de la mañana a seis de la tarde; sea, doce horas diarias. En la contestación, el representante de la sociedad accionada aceptó el horario señalado, pero estableció que se trataba de una jornada acumulativa semanal, por cuanto sólo trabajaba de lunes a viernes; razón por la cual, a su juicio, el exceso sobre las cuarenta y ocho horas semanales, era sólo de doce horas, las que ya habían sido debidamente canceladas; dado que el exceso sobre el mínimo legal

correspondía al pago de horas extra. En el recurso se muestra disconformidad en cuanto las horas extra se establecieron en veinte por semana y el recurrente sostiene que se violentó el contrato realidad, pues se laboraba en jornada acumulativa y por ende sólo doce horas extra semanales. Tal argumentación no puede ser acogida, por cuanto el cómputo de las horas debe realizarse en forma diaria, como ya lo ha expuesto esta Sala en otras oportunidades y lo señaló el Ad-quem. En efecto, en la sentencia número 336, de las 9:50 horas del 31 de marzo del 2.000, también a cargo de este redactor, se indicó: “Las horas extraordinarias deben computarse por día: “Como la jornada está sujeta a un límite diario y a otro semanal, se configura la hora extra de trabajo desde que se sobrepasa el límite diario, aunque no se alcance el semanal” (ALBUQUERQUE DE CASTRO (Rafael F.), “Jornada y descansos remunerados en la República Dominicana”, en Jornada de trabajo y descansos remunerados (perspectiva iberoamericana), Editorial Porrúa S.A., México, 1993, p.237).” (En igual sentido, puede consultarse la sentencia número 632, de las 10:00 horas del 31 de octubre del 2.003). El cómputo semanal en la forma pretendida por el recurrente no resulta jurídicamente posible, aunque sí con la variación que luego se apuntará. Los límites en las jornadas de trabajo se establecieron como un logro fundamental de los trabajadores, para evitar los abusos y las largas y extenuantes jornadas que en otras épocas eran obligados a trabajar. La limitación de la jornada diaria es de ocho horas y a partir de ahí han de computarse las horas extra, cuando la jornada sea diurna, salvo que se haya extendido hasta diez horas, también en forma ordinaria. El límite de la jornada semanal, establecido en cuarenta y ocho horas, está previsto no para calcular a partir de ella la jornada extraordinaria, como lo pretende el recurrente; pues de lo contrario la limitación diaria no tendría sentido alguno. El sentido de la norma es fijar ese límite semanal, para procurar que el trabajo no supere ese tope en aquellos casos cuando diariamente se hayan tenido que laborar horas extra; o bien, cuando haya mediado la posibilidad de extender la jornada ordinaria diaria hasta diez horas, según lo previsto en el segundo párrafo del artículo 136 del Código de Trabajo. En el caso bajo análisis, la parte demandada ha sostenido que la actora laboraba en una jornada acumulativa semanal. Esta posición

debe entenderse en el sentido de que la actora trabajaba sólo de lunes a viernes; razón por la cual, la jornada semanal de cuarenta y ocho horas debe redistribuirse en los cinco días de la semana, pues el sexto día tampoco se laboraba. Esto conlleva a que la jornada ordinaria de ocho horas pueda verse aumentada hasta aquel tope semanal. Así, si en los autos no quedó acreditado que se hubiera contratado una jornada ordinaria disminuida, resulta válido que las horas laborales correspondientes al sexto día de la semana, puedan ser redistribuidas en los cinco días laborales. De esa manera, la jornada ordinaria se eleva de ocho horas diurnas a nueve horas con treinta y seis minutos diarios; por cuanto, durante cada uno de los cinco días laborales, ha de laborarse 1,6666666 horas más, en forma ordinaria, lo que representa un total de noventa y seis minutos diarios –una hora y treinta y seis minutos-. Las consideraciones del Tribunal al respecto fueron acertadas, pero se omitió valorar la situación de la jornada acumulativa, de carácter excepcional, que en el caso aplica, en el tanto en que la trabajadora sólo laboraba de lunes a viernes; compactándose, entonces, la jornada de cuarenta y ocho horas en cinco días. Así, si trabajaba doce horas diarias, sólo el exceso sobre nueve horas y treinta y seis minutos diarios es lo que puede computarse como tiempo extraordinario; sea, dos horas y veinticuatro minutos por día.

IV.- EN CUANTO AL PAGO DE LA JORNADA EXTRAORDINARIA: El fallo no puede ser modificado en cuanto el recurrente pretende que el exceso sobre el mínimo legal pagado a la actora, sea imputado al cobro de horas extra que ésta hace. Las consideraciones del órgano de alzada son acertadas, en cuanto se tuvo por acreditado que el salario pagado, realmente, no incluía lo correspondiente por horas extra. Aunque dos testigos manifestaron que se pagaba el mínimo legal y el exceso se imputaba a horas extra (ver declaraciones de ... y ..., folios 67 y 69), está claro que el supuesto exceso, que en algunos períodos no existió, tal y como lo estableció el Ad-quem, no alcanzaba para pagar ni una ínfima parte de lo que correspondía por tiempo extraordinario; razón por la cual, en forma acertada, se resolvió que el pago efectuado no comprendía el pago del tiempo extra. Luego, en la mayoría de meses lo pagado resultó ser una suma igual a la que correspondía por regulación oficial; sea, se pagaba el

mínimo legal; en algunos casos lo pagado fue inferior a dicho mínimo; y, en otras oportunidades, fue algo mayor. Sin embargo, como bien lo apuntaron los juzgadores de la segunda instancia, no resulta posible determinar qué cantidad correspondía al salario ordinario y cual al extraordinario. En efecto, en las constancias de pago, visibles a folios del 38 al 57, no puede determinarse qué parte del salario correspondía al pago del tiempo extraordinario. En consecuencia, no se desprende que los juzgadores del Tribunal hayan incurrido en la indebida valoración de los elementos probatorios, acusada por el recurrente en cuanto a este aspecto.

V.- SOBRE LA OMISIÓN DE COMPUTAR DÍAS FERIADOS Y PERÍODOS DE INCAPACIDAD:

Manifiesta el recurrente que no se tomaron en cuenta los días feriados de la Semana Santa y otros como el 11 de abril, 25 de julio y 12 de octubre, a los efectos de no computar las horas extra durante esas fechas. El artículo 148 del Código de Trabajo, antes de que fuera reformado mediante la Ley N° 7.619, del 18 de julio de 1.996, publicada en La Gaceta N° 152, del 12 de agosto de 1.996, señalaba lo siguiente: “Salvo lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 153 para el efecto de su pago, únicamente se entenderán como días feriados, el 1° de enero, Jueves y Viernes Santos, el 1° de mayo, el 15 de setiembre y el 25 de diciembre a menos que el patrono hubiere convenido en pagar otros a los trabajadores. Dicho pago se hará de acuerdo con el salario ordinario si el trabajador ganare por unidad de tiempo, y de acuerdo con el salario medio que éste hubiere devengado durante la semana inmediata anterior al descanso, si el trabajo se realizare a destajo o por piezas.” Después de la citada reforma, dicho numeral, en lo que interesa, establece: “Se considerarán días feriados y por lo tanto de pago obligatorio los siguientes: el 1° de enero, el 11 de abril, el Jueves y Viernes Santos, el 1 de mayo, el 25 de julio, el 15 de agosto, el 15 de setiembre y el 25 de diciembre. Los días 2 de agosto y 12 de octubre también se considerarán días feriados pero su pago no será obligatorio./...” En el artículo 149 del citado Código, por su parte, se establece lo siguiente: “Queda absolutamente prohibido a los patronos ocupar a sus trabajadores durante los días feriados; y el que lo hiciere sufrirá la multa de ley y deberá indemnizarlos en la forma que determina el

párrafo segundo del artículo 152.” El segundo párrafo de este último numeral, impone la obligación de satisfacer a los trabajadores el doble del salario que ordinariamente le sea pagado. Corresponde analizar el fallo del Tribunal, para determinar si computó dentro de las horas extra, alguno de esos días feriados. Así, en 1.998, el 2 de agosto fue domingo y el 15 de agosto sábado, el 15 de setiembre, el 12 de octubre y el 25 de diciembre fueron excluidos. En 1.999, se excluyó el 1° de enero, el 11 de abril fue domingo, por lo que no se computó, el Jueves y Viernes Santos no fueron tomados en cuenta, el 1° de mayo fue sábado, el 25 de julio fue domingo; el 2 de agosto no fue excluido, el 15 de agosto fue domingo, el 15 de setiembre y el 12 de octubre sí fueron excluidos y el 25 de diciembre fue sábado. En el 2.000, se excluyeron el 1° de enero, el 1° de mayo, el 15 de agosto, el 15 de setiembre, el 12 de octubre y el 25 de diciembre. Deben excluirse también el Jueves y el Viernes Santos; el 11 de abril, el 25 de julio y el 2 de agosto, fechas que el Ad-quem sí tomó en cuenta a la hora de realizar los cálculos correspondientes. La relación concluyó el 15 de diciembre del 2.001. Durante este año, en la sentencia impugnada se excluyeron el 1° de enero, el 1° de mayo, el 15 de agosto y el 12 de octubre. Faltó excluir el 11 de abril, el Jueves y el Viernes Santos, el 25 de julio y el 2 de agosto, porque el 15 de setiembre fue sábado. En cuanto a este aspecto, se tiene que lleva razón el recurrente, pues el órgano de alzada no tomó en cuenta todos los feriados que correspondieron a días entre lunes y viernes; dado que en esas oportunidades la actora no pudo laborar tiempo extraordinario. Por otra parte, en cuanto a dos supuestos períodos de incapacidad, debe indicarse que en los autos no consta prueba fehaciente que permita tener por acreditado algún período concreto, durante el cual la accionante hubiera estado incapacitada.

VI.- EL CÁLCULO DEL TIEMPO EXTRAORDINARIO:

Dado que el salario de la accionante en la mayoría de los meses fue igual al mínimo legal; y dado que en algunos supuestos fue algo superior y en otras ocasiones inferior, resulta procedente realizar los cálculos con base en los salarios que por decreto fueron fijados para cada período. Así, primero se indicará el valor del tiempo extraordinario en cada período, para luego determinar la cantidad de horas

extra laboradas y las sumas que por dicha labor, no remunerada, se adeudan. a) Sobre el valor de la jornada extraordinaria: De conformidad con la fijación hecha por el órgano de alzada, en la categoría de trabajador semicalificado, del grupo Genéricos, lo que no fue impugnado por la parte demandada, se tiene que los salarios mínimos que debieron pagarse durante los períodos laborados por la actora fueron los siguientes: Segundo semestre de 1.998: se estableció en ¢64.555,00 mensuales, por lo que el valor de la hora ordinaria fue de ¢268,97 y el de la extraordinaria de ¢403,46. Asimismo, y dado que el tiempo laborado sobre la jornada ordinaria también habrá de contarse en minutos, cabe señalar que durante este período el valor del minuto en jornada extra fue de ¢6,72. (Decreto N° 27.109-MTSS, publicado en el Alcance N° 28 a La Gaceta N° 115, del 16 de junio de 1.998). Primer semestre de 1.999: Por el Decreto N° 27.461-MTSS, publicado en el Alcance N° 86-A a La Gaceta N° 232, del 30 de noviembre de 1.998, se fijó en ¢ 68.751,00 por mes, por lo que el valor de la hora extra ascendía a ¢429,69 y el minuto a ¢7,16. Segundo semestre de 1.999: El salario ordinario se estableció en ¢71.900,00, según lo establecido en el Decreto N° 27.949, publicado en La Gaceta N° 124, del 28 de junio de 1.999, por lo que el valor de la hora y el minuto laborados en tiempo extraordinario fue de ¢449,37 y ¢7,48, respectivamente. Primer semestre del 2.000: El salario ordinario se fijó en ¢75.624,00, por lo que la hora extra ascendió a ¢472,65 y el minuto a ¢7,87 (ver Decreto N° 28.316-MTSS, publicado en La Gaceta N° 243, del 15 de diciembre de 1.999). Segundo semestre del 2.000: El salario ordinario ascendió a ¢79.534,00, según la fijación hecha mediante Decreto N° 28.717-MTSS, publicado en el Alcance N° 42, a La Gaceta N° 117, del 19 de junio del 2.000, por lo que el valor de la hora extra fue de ¢ 497,08 y el minuto de ¢8,28. Primer semestre del 2.001: Por el Decreto N° 29.150-MTSS, publicado en La Gaceta N° 240, del 14 de diciembre del 2.000, el salario ordinario se estableció en la suma de ¢83.614,00, por lo que la hora extraordinaria se valoró en ¢ 522,58 y el minuto en ¢8,70. Segundo semestre del 2.001: Por último, el salario mínimo durante este período fue de ¢90.061,00 y la hora extraordinaria ascendió entonces a ¢562,88 y el minuto a ¢9,38 (ver Decreto N° 29.633-MTSS, publicado en el Alcance N° 53, a La Gaceta N° 131, del 9 de julio del

2.001). b) Sobre la cantidad de horas extra trabajadas por la actora y lo adeudado por tiempo extraordinario: Año 1.998: En agosto, la actora laboró a partir del día 3, por lo que trabajó un total de 21 días, sin que resulte necesario excluir el día 15, pues fue sábado. En setiembre, también laboró 21 días, y se excluyó el día 15 de setiembre, que fue martes. En octubre laboró 21 días, excluyéndose también el 12, que fue lunes. En noviembre laboró 21 días y en diciembre 22, cantidad de la que se ha excluido el día 25 de diciembre que fue viernes. Año 1.999: Excluyéndose el día 1° de enero, en ese mes laboró 20 días, al igual que en el mes siguiente. En marzo laboró 23 días. En abril laboró 20 días, excluyéndose únicamente el Jueves y el Viernes Santos, pues el día 11 fue domingo. En mayo laboró 21 días y no se tomó en cuenta el día 1° porque fue sábado. En junio y julio laboró 22 días, cada mes. En agosto y setiembre laboró 21 días cada mes y se excluyeron los días 2 de agosto y 15 de setiembre. El 15 de agosto no se computó porque fue domingo. En octubre se excluyó el día 12, que fue martes, y trabajó entonces 20 días. En noviembre laboró 22 y en diciembre 23, sin tomarse en cuenta el día 25, que fue sábado. Año 2.000: Laboró 21 días los meses enero, febrero, agosto y octubre. En estos dos últimos meses se excluyeron los días 2 y 15 de agosto, que fueron miércoles y el 12 de octubre que fue jueves. En marzo laboró 23 días; en abril 17, pues se excluyeron el 11, que fue martes y el Jueves y el Viernes Santos; en mayo, junio y noviembre trabajó 22 días en cada mes. En julio, setiembre y diciembre trabajó 20 días cada mes, excluyéndose del primero el día 25, que fue martes; del segundo el día 15, que fue viernes; y el 25 de diciembre, que fue lunes. Año 2.001: En enero laboró 22 días, excluyéndose el primer día que fue lunes. En febrero laboró 20 días, en marzo 22 días; en abril 18 días y se excluyeron el 11, que fue miércoles y el Jueves y el Viernes Santos. En mayo, se computan 22 días, sin incluir el 1° de mayo, que fue martes; en junio, julio y agosto trabajó 21 días cada mes; excluyéndose en julio el día 25, que fue miércoles y en agosto los días 2 y 15, que fueron jueves y miércoles, respectivamente. En setiembre trabajó 20, y no se tomó en cuenta el día 15, que fue sábado. En octubre laboró 22 días, excluyéndose el día 12, que fue viernes. En noviembre trabajó 22 días; y, por último, en diciembre sólo trabajó 10 días, pues hizo efectiva su

renuncia a partir del día 15 (ver folio 63). Ahora, también deben tomarse en cuenta los períodos en que la accionante disfrutó de vacaciones, durante los cuales tampoco laboró tiempo extraordinario. Así, de conformidad con la documental que consta del folio 60 al 62, se tiene que a la actora se le cancelaron las vacaciones los días 1° de setiembre de 1.999; 31 de agosto del 2.000 y 30 de agosto del 2.001. Con base en esas fechas puede concluirse que la actora disfrutó sus vacaciones en las dos semanas inmediatas anteriores al pago. Así, en 1.999, debe restarse al mes de agosto diez días y quedan sólo once, donde efectivamente laboró horas extra. En el 2.000, también deben restarse diez días, por lo que quedan once laborables. Por último, en el 2.001, también deben restarse diez días, por lo que efectivamente sólo trabajó once. c) Cálculos: Para realizar los cálculos que a la actora le corresponden por tiempo extraordinario, resulta conveniente convertir el tiempo laborado a minutos, para trabajar con una sola unidad. Así las cosas, si la accionante laboraba 12 horas diarias, se tiene que trabajaba un total de 720 minutos diarios (12 x 60). Ahora, si 9 horas y 36 minutos correspondían a la jornada ordinaria, esto corresponde a 576 minutos. Sólo 2 horas y 24 minutos correspondía a jornada extraordinaria, lo que representa 144 minutos diarios. Ahora bien, en 1.998, de agosto a noviembre laboró 21 días y en diciembre 22. En los meses que laboró 21 días, significa que trabajó 50 horas extra por mes más 24 minutos (21 días x 144 minutos extra diarios = 3.024 minutos / 60 = 50,4 horas = 50 horas y 24 minutos). El mes que laboró 22 días, trabajó un total de 52 horas extra y 48 minutos (22 x 144 = 3.168 / 60 = 52,8 = 52 horas, 48 minutos). Durante los primeros cuatro meses señalados debió percibir, por jornada extraordinaria $\text{¢}20.334,28$ (50 horas extra x $\text{¢}403,46 = \text{¢}20.173,00 + 24 \text{ minutos} \times \text{¢}6,72 = 161,28$). Y en diciembre debió percibir $\text{¢}21.302,48$ (52 x $\text{¢}403,46 = \text{¢}20.979,92 + 48 \text{ minutos} \times \text{¢}6,72 = 322,56$). En total, durante este semestre debió percibir por jornada extraordinaria, la cantidad de $\text{¢}102.639,60$. En 1.999: En enero, febrero y abril laboró 20 días en cada mes, lo que da un total de 48 horas extra mensuales (20 x 144 = 2.880 / 60 = 48). Si el valor de la hora extra era de $\text{¢}429,69$, debió percibir, entonces, la suma de $\text{¢}20.625,12$, cada mes. En marzo laboró 23 días, sea 55 horas y 12 minutos en jornada extraordinaria (23 x

144 = 3.312 / 60 = 55,2 = 55 horas y 12 minutos). Por ese tiempo extra le correspondían ¢23.632,95 (55 x ¢ 429,69) más ¢85,92 (12 minutos x ¢7,16), para un total de ¢23.718,87. En mayo trabajó 21 días, sea 50 horas extra y 24 minutos, como antes se apuntó. El valor de este tiempo es de ¢21.656,34 (50 horas x ¢ 429,69 + 24 minutos x ¢ 7,16). En junio trabajó 22 días, sea 52 horas extra y 48 minutos, cuyo valor ascendía a ¢22.687,56 (52 horas x ¢429,69 = ¢22.343,88 + 48 minutos x ¢7,16 = 343,68). En julio y noviembre también trabajó 22 días, lo que significa 52 horas y 48 minutos extra por mes, lo que alcanza un valor de ¢23.726,28 en cada mes, pues el valor de la hora y del minuto extraordinarios ascendió a ¢449,37 y ¢7,48 (52 horas x ¢449,37 = ¢23.367,24 + 48 minutos x ¢7,48 = ¢359,04). En agosto trabajó 11 días, lo que implica que laboró 26 horas y 24 minutos en jornada extraordinaria (11 días x 144 minutos extra diarios). Si el valor de la hora extra fue de ¢ 449,37 y de ¢ 7,48 el minuto, se adeudan ¢ 11.863,14. En setiembre laboró 21 días, sea 50 horas y 24 minutos, cuyo valor es de ¢22.648,02, según el procedimiento explicado. En octubre laboró 20 días; sea 48 horas mensuales, que tienen un valor de ¢21.569,76 (48 horas x ¢ 449,37). En diciembre trabajó 23 días, lo que corresponde a 55 horas y 12 minutos. Si el valor de la hora extra era de ¢449,37 y del minuto de ¢7,48, lo adeudado es de ¢24.805,11). En total, durante este año 1.999, por jornada extraordinaria se adeuda un total de ¢258.276,72. Año 2.000: En enero y febrero laboró 21 días, que dan como resultado 50 horas y 24 minutos extra. Si el valor del tiempo extraordinario ascendió a ¢472,65 la hora y a ¢7,87 el minuto, se le adeudan ¢23.821,38 en cada mes. En marzo laboró 23 días, sea 55 horas y 12 minutos, para un total de ¢26.090,19. En abril trabajó 17 días, que representan 40 horas y 48 minutos en tiempo extraordinario (17 x 144 = 2.448 / 60 = 40,8 horas = 40 horas y 48 minutos). El valor de la jornada extraordinaria fue de ¢19.283,76. En mayo y junio laboró 22 días, sea 52 horas y 48 minutos, cuyo valor asciende a ¢24.955,56, en cada mes. En el segundo semestre el valor del tiempo extraordinario se fijó en ¢497,08 la hora y en ¢8,28 el minuto. En julio, setiembre y diciembre trabajó 20 días cada mes, sea 48 horas, cuyo valor asciende entonces a ¢23.859,84. En agosto laboró solamente 11 días, sea 26 horas y 24 minutos extraordinarios, lo que alcanza un valor de ¢13.139,36.

En octubre laboró 21 días, sea 50 horas y 24 minutos, cuyo valor es de ¢25.052,72. Por último, en noviembre, trabajó 22 días, para un total de 52 horas y 48 minutos en jornada extraordinaria, que alcanzan un valor de ¢ 26.245,60. Durante el 2.000, debe cancelársele, por jornada extraordinaria, la cantidad de ¢278.945,03. Año 2.001: En enero, marzo y mayo, laboró 22 días, sea 52 horas y 48 minutos extra cada mes. El valor de la hora extra ascendió a ¢522,58 y el minuto a ¢8,70, por lo que durante estos meses debieron pagársele ¢27.591,76 por jornada extraordinaria. En febrero laboró 20 días, sea 48 horas extra al mes, que representan ¢25.083,84. En abril trabajó 18 días, lo que da como resultado 43 horas extra y 12 minutos (18 días x 144 minutos = 2.592 / 60 = 43,2 horas = 43 horas y 12 minutos), que se valoran en ¢22.575,34. En junio trabajó 21 días, sea 50 horas y 24 minutos en jornada extraordinaria, que asciende a ¢ 26.337,80. En julio trabajó 21 días, sea 50 horas y 24 minutos extra durante el mes, cuyo valor es de ¢28.369,12. En agosto sólo laboró 11 días efectivos, pues los restantes disfrutó de vacaciones, para un total de 26 horas y 24 minutos de jornada extraordinaria, que tienen un valor de ¢14.860,00. En setiembre laboró 20 días y el tiempo extraordinario durante dicho período fue de 48 horas, que debieron pagarse con la suma de ¢27.018,24. En octubre laboró 22 días, sea 52 horas y 48 minutos extra, valorados en ¢29.720,00. Por último, en diciembre sólo laboró diez días y un total de 24 horas extra (10 días x 144 minutos extra = 1.440 / 60 = 24 horas), cuyo valor es de ¢13.509,12. En total, durante este año, el salario extraordinario debió ser de ¢299.968,74. El total, por jornada extraordinaria no pagada es de ¢939.830,09.

VII.- REAJUSTES EN LOS AGUINALDOS, EL FONDO DE AHORRO LABORAL Y LAS VACACIONES:

La variación en el monto concedido por horas extra exige modificar los reajustes en los montos de vacaciones, aguinaldos y el fondo de capitalización laboral. a) Aguinaldos: De agosto a noviembre de 1.998, por horas extra no canceladas le correspondían ¢81.337,12 y un doceavo de dicha suma asciende a ¢6.778,09. De diciembre de 1.998 a noviembre de 1.999, debió percibir un total de ¢254.773,82 por jornada extraordinaria y un doceavo de esa suma es ¢21.231,15. De diciembre de 1.999 a noviembre del

2.000, debió percibir por jornada extraordinaria la cantidad de ¢279.890,30 y un doceavo corresponde a ¢23.324,19. De diciembre del 2.000 a noviembre del 2.001, por jornada extraordinaria le correspondían ¢310.319,46 y un doceavo asciende a ¢25.859,95. En diciembre del 2.001 le debieron pagar ¢13.509,12 por jornada extraordinaria y un doceavo corresponde a ¢1.125,76. En total, por reajuste de aguinaldos, debe ordenarse el pago de ¢78.319,14. b) Fondo de ahorro laboral: La Ley de Protección al Trabajador, N° 7.983, publicada en el Alcance N° 11 a La Gaceta N° 35, del 18 de febrero del 2.000, establece la creación de un fondo de capitalización laboral, que está constituido por las contribuciones de los empleadores y los rendimientos surgidos de las inversiones, una vez que se deduzca la comisión que devengan los administradores (artículo 49), con el fin de crear un ahorro laboral y para establecer una contribución al régimen de pensiones complementarias (artículo 2), que sólo puede ser administrado por las entidades autorizadas, según lo previsto en el artículo 30 de la ley. Este fondo de capitalización laboral surge de la obligación de todo empleador –público o privado- de aportar un tres por ciento del salario mensual de cada trabajador y deberá pagarlo mientras dure la relación, sin límite de años. De ese aporte, las entidades autorizadas deben trasladar anualmente –o antes, en el supuesto de que la relación de trabajo concluya con antelación a ese período-, un cincuenta por ciento, para crear el régimen obligatorio de pensiones complementarias (artículo 3). En el caso que se analiza, está claro que la empresa demandada no aportó el tres por ciento exigido en la ley, respecto del salario por jornada extraordinaria que dejó de cancelar. El régimen previsto en la Ley de Protección al Trabajador, comenzó a operar el día 1° de marzo del 2.001, por lo que el Tribunal concedió a la demandante un tres por ciento sobre lo que ésta debió devengar por horas extra. A partir de la citada fecha y hasta la conclusión de la relación de trabajo, la actora debió percibir, por horas extra, un total de ¢247.293,14. El tres por ciento de dicha suma corresponde a ¢7.418,79. Sólo el 0,5% de esa suma corresponde al fondo de ahorro laboral previsto en la ley, y el otro cincuenta por ciento, corresponde al fondo de pensiones complementarias. Por consiguiente, sólo la suma de ¢3.709,39 ha de entregársele a la actora y otra suma igual deberá ser remitida por la accionada

al Sistema Centralizado de Recaudación, de la Caja Costarricense de Seguro Social. c) Vacaciones: El artículo 157 del Código de Trabajo establece que para calcular el salario que el trabajador debe recibir durante sus vacaciones, se tomará el promedio de las remuneraciones ordinarias y extraordinarias devengadas por él durante la última semana o el tiempo mayor que determine el Reglamento, si el beneficiario prestare sus servicios en una explotación agrícola o ganadera; o durante las últimas cincuenta semanas si trabajare en una empresa comercial, industrial o de cualquiera otra índole. Los respectivos términos se contarán, en ambos casos, a partir del momento en que el trabajador adquiriera su derecho al descanso. Ahora, de conformidad con el artículo 153 del mismo Código, el derecho mínimo de vacaciones corresponde a dos semanas por cada cincuenta laboradas en forma continua, al servicio de un mismo empleador. La accionante comenzó a laborar el 3 de agosto de 1.998, por lo que su derecho a vacaciones surgió a la semana número cincuenta y el derecho lo adquirió en las últimas dos semanas de julio de 1.999, en las dos últimas semanas de julio del 2.000 y en las dos últimas semanas de julio del 2.001. Luego, también tiene derecho a las vacaciones proporcionales, a partir de agosto y hasta diciembre del 2.001. Para realizar el cálculo, según la normativa citada, deben tomarse en cuenta el promedio de las remuneraciones ordinarias y extraordinarias que devengó durante las cincuenta semanas anteriores al momento de adquirir el derecho. Así, para el primer período de vacaciones, debió tomarse en cuenta el promedio de la remuneración extraordinaria que no le fue cancelada a la actora. De agosto de 1.998 a la primera quincena de julio de 1.999, que corresponde a cincuenta semanas, la accionante debió percibir un total de ¢243.536,75; sea, un promedio semanal de salario extraordinario de ¢4.870,73, por lo que se le adeudan ¢9.741,47 por las dos semanas de vacaciones a las que tenía derecho. De agosto de 1.999 a la primera quincena de julio del 2.000, período de cincuenta semanas, a la accionante debieron pagarle ¢258.560,84 por jornada extraordinaria, lo que da un promedio semanal de ¢5.171,21, por lo que debe pagarse una diferencia de ¢10.342,43. De agosto del 2.000 a la primera quincena de julio del 2.001, debieron pagarle, por jornada extraordinaria, la suma de ¢277.033,13, sea

un promedio salarial semanal de ¢5.540,66, por lo que debe ordenarse el reajuste de ¢11.081,32. Del período que va de agosto a diciembre del 2.001, le corresponde un día de salario por cada mes trabajado, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 153 del Código de Trabajo. En agosto, percibió por jornada extraordinaria ¢14.860,00 correspondientes a la primera quincena del mes, lo que corresponde entonces a un promedio diario de ¢990,66. Entonces, el reajuste por vacaciones debe ordenarse por esa suma. En setiembre, el salario extraordinario fue de ¢27.018,24, por lo que el promedio diario asciende a ¢900,60, suma por la cual debe ordenarse el reajuste. En octubre percibió ¢29.720,00 lo que da como resultado un promedio salarial diario, por jornada extraordinaria, de ¢990,66. En noviembre, el salario extraordinario debió ser de ¢29.720,00, por lo que se le adeuda una suma igual a la anterior de ¢990,66. Por último, en diciembre sólo trabajó la primera quincena, por lo que le corresponde solamente el cincuenta por ciento de la unidad que le correspondía. Así, si el salario que por jornada extraordinaria debió pagársele ascendía a ¢13.509,12, el promedio diario es de ¢900,60 y el cincuenta por ciento, que es lo que debe pagársele por reajuste de vacaciones, pues sólo trabajó medio mes, corresponde a ¢450,30. En total, por reajuste de vacaciones le corresponden ¢35.488,10.

VIII.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con lo expuesto, el recurso procede acogerlo parcialmente, en los términos apuntados; y, en consecuencia, el fallo debe modificarse únicamente en cuanto a los montos concedidos. Así, por jornada extraordinaria no cancelada a la actora, debe ordenarse el pago de novecientos treinta y nueve mil ochocientos treinta colones con nueve céntimos (¢939.830.09). Por reajuste de aguinaldos, lo adeudado es de setenta y ocho mil trescientos diecinueve colones, con catorce céntimos (¢78.319,14). Por fondo de ahorro laboral, debe ordenarse un pago a favor de la actora por la suma de tres mil setecientos nueve colones, con treinta y nueve céntimos (¢3.709,39) y ha de ordenarse el pago de otra suma igual para la conformación del fondo de pensiones obligatorio complementario, por lo que dicha suma deberá ser remitida por la demandada al Sistema Centralizado de Recaudación, de la Caja Costarricense de Seguro Social. Por último, por reajuste

de vacaciones, ha de imponerse el pago de treinta y cinco mil cuatrocientos ochenta y ocho colones con diez céntimos (¢35.488,10). En todo lo demás, el fallo debe ser confirmado.

POR TANTO:

Se modifica la sentencia recurrida, únicamente, en cuanto a los montos concedidos, los que deberán pagarse de la siguiente manera: Por horas extra: novecientos treinta y nueve mil ochocientos treinta colones con nueve céntimos (¢939.830.09). Por reajuste de aguinaldos, la cantidad de setenta y ocho mil trescientos diecinueve colones, con catorce céntimos (¢78.319,14). Por reajuste al fondo de ahorro laboral, se condena a la accionada a pagar a la actora la suma de tres mil setecientos nueve colones, con treinta y nueve céntimos (¢3.709,39) y queda obligada a remitir al Sistema Centralizado de Recaudación, de la Caja Costarricense de Seguro Social, una cantidad igual, para lo que se ordena comunicar esta sentencia a dicha entidad. Y, por reajuste de vacaciones, debe pagar la suma de treinta y cinco mil cuatrocientos ochenta y ocho colones con diez céntimos (¢35.488,10). En todo lo demás, se confirma el fallo impugnado.

INDEMNIZACIÓN A MADRE DEL MENOR.

VOTO N° 2004-000574

De las 9:30 hrs. del 14 de julio de 2004.

I.- ANTECEDENTES: El 23 de agosto del 2.000, la señora ... demandó al señor ...; para que, en sentencia, se le obligara a cancelarle lo correspondiente por alimentos que dejó de pagar a favor del hijo en común, desde la fecha de nacimiento del niño y hasta el mes de febrero de 1.999; pues a partir del mes siguiente, fue condenado a pagar alimentos a favor de su hijo. Para ello, señaló que había conocido al demandado a inicios de la década de los ochenta, con quien mantuvo una relación sentimental en la que procrearon a su hijo ... Según lo indicó, desde el momento en que el accionado supo de su embarazo se fue y nunca se responsabilizó de su obligación paternal. En enero de 1.997, cuando logró localizar al accionado, al remitirle éste una tarjeta con un compañero de trabajo, para que reanudaran su

relación, pudo saber su paradero y entonces procedió a entablar la demanda correspondiente, para comprobar la paternidad de aquél respecto de su hijo, proceso que concluyó con sentencia favorable a sus pretensiones. Una vez firme el fallo reclamó los alimentos para su hijo; fijándosele una cuota alimentaria por treinta y cinco mil colones mensuales. Con base en los artículos 627 y siguientes del Código Civil, señaló que el demandado le adeudaba la suma de dos millones ochocientos cincuenta y cinco mil colones, más los intereses sobre esa suma. Solicitó también, que en el supuesto de que mediara oposición, se condenara al accionado a pagarle ambas costas (folios 32-35). Por resolución de las 15:22 horas del 31 de agosto del 2.000, el Juzgado Segundo Civil de San José, negó dar curso a la demanda; señalándole que carecía de legitimación activa, en el tanto en que el accionado no tenía, respecto de ella, obligación alguna (folio 36). Por lo resuelto, el apoderado de la demandante señaló que la demanda debía entenderse planteada en representación del hijo menor de edad (ver folio 38). Ante esa manifestación se revocó aquella resolución y se dio curso a la demanda; indicándose que era promovida por la señora ... en representación de su hijo ... (folio 39). El accionado contestó negativamente y opuso las excepciones de incompetencia en razón de la materia (que fue acogida mediante resolución interlocutoria, ver folio 55), prescripción, caducidad, falta de derecho, falta de legitimación, falta de interés y la genérica sine actione agit. Señaló que él no tuvo conocimiento del embarazo de la demandante y menos del nacimiento del niño; razón por la cual resultaba imposible que se hiciera responsable de él. Solicitó, entonces, que se declarara sin lugar la demanda, imponiéndole a la actora el pago de ambas costas (folios 48-49). El juzgador de primera instancia acogió la demanda y obligó al accionado a re-embolsar a la actora los gastos de alimentación del hijo, pero solamente a partir del 23 de agosto de 1.997 y hasta la fecha de presentación de la demanda, sin perjuicio de lo que hubiere pagado ya a partir del establecimiento de la cuota alimentaria. Asimismo, lo condenó a pagar los intereses legales a partir de la firmeza del fallo y ambas costas. En forma parcial, acogió la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada, con base en el artículo 869 del Código Civil (folios 99-104). Ambas partes apelaron la resolución del A-

quo (folios 107-108 y 109-110). En alzada, el asunto fue conocido por el Tribunal de Familia, órgano que revocó lo resuelto en primera instancia, declaró sin lugar la demanda y resolvió sin especial condena en costas (folios 137-157).

II.- LOS AGRAVIOS DE LA RECURRENTE: Ante la Sala, la actora muestra disconformidad con la sentencia de segunda instancia. Señala que los integrantes del órgano de alzada omitieron señalar las pruebas con base en las cuales tuvieron por probados los hechos, con lo que violentaron el inciso 3, acápite ch), del artículo 155 del Código Procesal Civil. Considera que la conclusión apuntada, en el sentido de que el accionado no tuvo conocimiento oportuno del embarazo y del posterior nacimiento del niño, carece de sustento; por cuanto las pruebas que constan en los autos acreditan lo contrario. Indica, también, que en el caso concreto, el accionado no acreditó su posición procesal y que, en cualquier caso, debe cumplir la obligación que no afrontó durante años. Acusa la violación del artículo 330 del Código Procesal Civil, en cuanto no se tuvo por acreditado, con las pruebas aportadas, el conocimiento que el accionado tenía respecto de la existencia del niño. Señala que, sobre este tema, hubiera resultado importante traer a los autos el proceso de investigación de paternidad que en su momento se tramitó, mas el Ad-quem no lo admitió. Con base en esos argumentos, pretende la revocatoria de lo resuelto y que se declare la demanda con lugar. (folios 181-190).

III.- CUESTIONES PREVIAS: Analizado el caso bajo estudio, la Sala entiende que la demanda fue entablada por la actora, para que se obligara al padre de su hijo, a resarcirle los gastos en que ella tuvo que incurrir por la manutención de este último, en la parte en que a aquél le correspondía. Por eso, se considera improcedente la prevención que se le hiciera por resolución de las 15:22 horas del 31 de agosto del 2.000, en el sentido de que se archivaría la demanda, en el tanto en que no estaba legitimada para incoar el proceso. Luego, también se estima improcedente la resolución del Tribunal de Familia, de las 11:30 horas del 4 de julio del 2.003, en cuanto previno al hijo de las partes, para que ratificara la pretensión de su madre (ver folios 129 y 130). Pese a ello, a juicio de esta Sala, el juzgador de primera instancia entendió correctamente la petición

de la parte actora. En efecto, en la sentencia, de manera concreta se señaló: “La pretensión de este proceso ordinario interpuesto por la señora ... es para que el demandado ... le pague a ella el monto de los alimentos que dejó de percibir y que ella debió cubrir por los primeros quince años de vida de su hijo y que nunca el demandado reconoció, comprendidos desde el nacimiento hasta que ella pudo interponer, luego del juicio de paternidad, el proceso de alimentos.” (folio 101). De lo anterior se extrae, sin lugar a dudas, que el juzgador de primera instancia resolvió el asunto en atención a la concreta pretensión de la demandante, cual era que se le resarciera la parte de los alimentos que el demandado debió concederle a su hijo y que ella asumió hasta que judicialmente pudo fijársele una cuota alimentaria. Y cualquier duda se despejaría si se tiene en cuenta lo dicho por ese juzgador, al señalar: “Por supuesto que, al ser alimentos atrasados, lo que se trata más que de pago de alimentos, es de reembolso de los mismos, ya que la actora debió correr con los mismos cuando la responsabilidad debía ser, al menos, compartida, por lo que la legitimación suya está presente a pesar de la mayoría (sic), al día de hoy, del joven hijo de las partes, por lo que la falta de legitimación aducida no es procedente al ser la madre, no el hijo, el legitimado para pedir ese reembolso...” (folio 102. La negrita no está en el original).

IV.- EN RELACIÓN CON EL PLANTEAMIENTO HECHO POR EL TRIBUNAL: Antes de resolver sobre el fondo del asunto y de conformidad con lo expuesto en el considerando anterior, se estima necesario realizar algunas apreciaciones en relación con las argumentaciones utilizadas por los integrantes del órgano de alzada, que sirvieron de base para denegar las pretensiones de la accionante. La forma en que el A-quo resolvió, en el sentido de que lo pretendido era el resarcimiento de la madre, por la obligación que debió asumir sola; cuando, por ley, la responsabilidad respecto de su hijo era compartida con el padre, tal y como correctamente estaba planteada la pretensión, fue omitida por el órgano de alzada y procedió a resolver el reclamo, en el entendido de que se trataba de los alimentos dejados de conceder hasta el momento en que le fijaron judicialmente una cuota alimentaria, cobrados por el hijo al padre. En aplicación de la normativa y de la doctrina de la responsabilidad

extracontractual (artículo 1.045 del Código Civil), concluyó que este último no podía ser condenado a pagar aquellos alimentos; por cuanto, en los autos, no mediaba prueba de que hubiera procedido con dolo o culpa, según los supuestos previstos en aquella norma. Con independencia de que se comparta o no esa tesis jurídica, que asimila el vínculo jurídico filial entre padre e hijo a uno de naturaleza extracontractual; lo cierto es que, como se indicó en el considerando anterior, la Sala estima que el marco del litigio fue el que claramente dejó definido el juzgador de primera instancia y que, en realidad, es el que responde a la causa petendi y a las pretensiones de la parte actora. Y así también lo entendió el accionado, lo que se constata al leer el reclamo número tres de su recurso de apelación, en cuanto ahí indicó: “... No queda la menor duda que el objeto de la litis es el cobro de los supuestos gastos debidos por el demandado a la actora por las erogaciones realizadas por ésta en la manutención de su hijo común, todo ello por el período de quince años transcurrido entre 6 de octubre de 1993 (sic) y el mes de febrero del año 1999.” (ver folio 109 vuelto. Los destacados son del redactor). Por consiguiente, y a la luz de lo expuesto, procede realizar el análisis del caso, a los efectos de determinar si el padre demandado está o no en la obligación de resarcir a la demandante los gastos por ella cobrados.

V.- SOBRELAOBLIGACIÓNDEPAGARALIMENTOS: La paternidad y la maternidad son hechos naturales y sociales de gran trascendencia, que hacen surgir para los progenitores una serie de obligaciones –materiales y morales- en relación con los o las hijas que procreen. Muchas de esas obligaciones están debidamente regladas. El artículo 64 del Código de Familia establece las prestaciones que conlleva pagar alimentos y en ese sentido señala: “Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros...” Y en el inciso 2) del artículo 169, señala que tanto el padre como la madre están en la obligación de proveer alimentos a sus hijos (as) menores o incapaces. En el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7.739, del 6 de enero de 1.998, publicada en La Gaceta N° 26, del 6 de febrero siguiente, se introdujeron una serie de normas que vienen a fortalecer aquellas obligaciones contenidas expresamente en el primer

código citado. Así, de manera general, en el artículo 29 se establece el derecho del niño o de la niña a gozar de un desarrollo integral, señalándose que “El padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años.” En el artículo 37 de ese mismo cuerpo de normas, se remite al Código de Familia y a las leyes conexas –Ley de Pensiones Alimentarias–, en cuanto a la materia alimentaria, al tiempo que amplía el concepto de alimentos, en el sentido que ahí se indica, al señalarle lo siguiente:

Artículo 37°- Derecho a la prestación alimentaria. El derecho a percibir alimentos se garantiza en los términos previstos en el Código de Familia y las leyes conexas.

Extraordinariamente, la prestación alimentaria comprenderá, además, el pago de lo siguiente:

- a) Gastos extraordinarios por concepto de educación, derivados directamente del estudio o la instrucción del beneficiario.
- b) Gastos médicos extraordinarios, de necesidad notoria y urgente.
- c) Sepelio del beneficiario.
- d) Cobro del subsidio prenatal y de lactancia.
- e) Gastos por terapia o atención especializada, en casos de abuso sexual o violencia doméstica.

Luego, en ese mismo código se prevén una serie de normas que, sin duda alguna, vienen a desarrollar normativa de mayor rango; en especial, la contenida en la Constitución Política y en la Declaración de los Derechos del Niño, vigente desde el 20 de noviembre de 1.959. La protección de las personas menores de edad constituye, entonces, un pilar fundamental del Estado, según se desprende de las normas 51, 53, 55 y 71 de la Carta Magna. En efecto, la primera norma citada señala que “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente

tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.” Tal y como se dispone en el artículo 53 constitucional, “los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él.” Por consiguiente, en el caso bajo análisis, está clara la obligación que el accionado tenía respecto de su hijo. Se trata, sin duda, de una obligación compartida entre ambos progenitores, tal y como se señala en el inciso segundo del artículo 169 del Código de Familia.

VI.- LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA AMPARA EL RECLAMO DE LA ACTORA:

Como se indicó, la obligación de brindar alimentos a los hijos o a las hijas, en el sentido amplio del término, constituye una obligación compartida entre el padre y la madre, según se desprende de la citada disposición legal. La responsabilidad por la pro - creación de un hijo, es entonces una de naturaleza compartida entre ambos progenitores, tanto en lo moral, como en lo material. Los artículos 96 y 172 del Código de Familia hacen referencia al cobro de alimentos en forma retroactiva. El primero señalaba que “Cuando el Tribunal acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre a reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses que han seguido al nacimiento”; y, actualmente, con posterioridad a la reforma introducida por la Ley de Paternidad Responsable, N° 8.101, vigente desde el 27 de abril del 2.001, dicho plazo se aumentó hasta doce meses después del nacimiento. El segundo numeral, por su parte, establece que “No pueden cobrarse alimentos pasados, más que por doce meses anteriores a la demanda, y esos en caso de que el alimentario haya tenido que contraer deudas para vivir. Todo sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 96.” El primer numeral refiere una situación de reembolso de gastos de un progenitor respecto del otro. La segunda norma establece una relación entre alimentario y alimentante. La primera, que es la que en realidad al caso interesa, no excluye la posibilidad de exigir responsabilidad, un cónyuge al otro, con base en la aplicación plena del ordenamiento jurídico y la redacción de la norma lo que pretende es facilitar dicho cobro, por lo menos por el período ahí señalado, pero nunca excluir la posibilidad de plantear el reclamo, por otra vía procesal, cuando

éste encuentra amparo en el orden legal, tal y como más adelante se explicará. Véase que, en esta materia, la tendencia del legislador ha sido la de proveer mayor tutela al necesitado. Así, por ejemplo, aunque se trata de la relación entre alimentante y alimentario, la reforma introducida al numeral 167 del Código de Familia muestra esa evolución en el pensamiento del legislador y también de la doctrina. Dicha norma, antes de la reforma introducida por la ley N° 7.654, del 19 de diciembre de 1.996, señalaba: “El derecho a pedir alimentos no puede renunciarse, ni transmitirse de modo alguno. No es compensable la deuda de alimentos presentes”. Con posterioridad a la modificación, en la actualidad, en lo que interesa, establece: “El derecho a los alimentos no podrá renunciarse ni transmitirse de modo alguno. La obligación alimentaria es imprescriptible, personalísima e incompensable. /...” Se desprende, entonces, la intención de proveer al ejercicio de estas acciones, normas más garantistas y no limitadoras del ejercicio del derecho. Así, la Sala estima procedente la aplicación de los artículos 1.043 y 1.044 del Código Civil, que conforman el Capítulo V, “De los cuasicontratos”, del Título I (Contratos y Cuasicontratos), del Libro IV de dicho cuerpo normativo. La primera norma citada establece: “Los hechos lícitos y voluntarios producen también, sin necesidad de convención, derechos y obligaciones civiles, en cuanto aprovechan o perjudican a terceras personas.” El numeral 1.044 citado indica: “A esta clase de obligaciones pertenecen, entre otras, la gestión de negocios, la administración de una cosa en común, la tutela voluntaria y el pago indebido.” (La negrita y el subrayado son del redactor). Como se ve, esta última norma no excluye la aplicación de otras figuras jurídicas, consideradas como cuasicontratos. La doctrina, por su parte, incluye dentro de este ámbito al enriquecimiento sin causa. Respecto de esta teoría, Messineo explica lo siguiente: “ Otro caso de obligación legal está constituido por el enriquecimiento sin causa... Se comprenden en la figura del enriquecimiento sin causa ..., los casos en que alguien convierta en beneficio propio un bien ajeno, o se beneficie de alguna actividad ajena (la denominada versión útil o in rem versio) con daño ajeno, sin que exista una razón que justifique el provecho o el beneficio: en otras palabras, sin que exista una relación jurídica, ya constituida, que haga de causa que legitime el provecho, o el beneficio, del

enriquecido... / En dicha fórmula, ... entran, también, los casos de enriquecimiento sin la voluntad de otra persona (empobrecido), la falta de voluntad del empobrecido se resuelve en una figura de falta de causa./ La acción de enriquecimiento sin causa, tiende a restablecer el equilibrio entre los dos patrimonios, o sea, a eliminar el indebido enriquecimiento, mediante la demanda de una indemnización. / Varios son los presupuestos de la acción de que tratamos. Hace falta: a) ... el enriquecimiento efectivo de un sujeto, o sea, que el patrimonio de él reciba incremento ..., y se considera enriquecimiento también el ahorro de un gasto, o el haber evitado, con propio sacrificio patrimonial, a otro, una pérdida... b) que, a tal incremento para el enriquecido, corresponda una disminución en el patrimonio de otro sujeto (empobrecido)... c) ... una relación de correspondencia entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; y, además, un nexo de causalidad entre la disminución patrimonial, sufrida por un sujeto, y la ventaja patrimonial del otro; ... d) es necesario que el enriquecimiento-empobrecimiento ocurra sin causa... Ausencia de causa significa que no existe una relación patrimonial ... que justifique el enriquecimiento-empobrecimiento.../ El efecto del enriquecimiento sin causa es el nacimiento de la obligación de indemnización; por parte del enriquecido, a favor del empobrecido... Finalmente, debe observarse que la indemnización ha de ajustarse a la entidad del enriquecimiento y no puede sobrepasarla...” (MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1.955, pp. 465-466). (Sobre el tema, también pueden consultarse BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, México D.F., Editorial Mexicana, 1.997, pp. 808-818 y PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Derecho Civil, México D.F., Editorial Mexicana, 1.997, pp. 812-813). En el caso concreto, está claro que la actora se vio compelida a asumir totalmente la obligación que derivó de la concepción y posterior nacimiento de su hijo. Consecuentemente, y dejando de lado lo que al campo de la formación integral se refiere, ella tuvo que asumir, por sus propios medios, la manutención del niño. El accionado, quien por ley debió compartir dicha obligación, no lo hizo sino hasta cuando judicialmente fue declarada su paternidad y se le fijó luego el deber de cancelar una cuota alimentaria. Con base en lo expuesto, se concluye que la actora está legitimada

para demandar del accionado la indemnización de los gastos que a él le correspondían en forma proporcional y que ella debió asumir en su totalidad; pues, sin duda, el accionado se vio beneficiado y el patrimonio de la actora empobrecido, sin causa alguna que justificara tal situación.

VII.- LA INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA:

Por otra parte, se estima acertado el reclamo del recurrente, en cuanto acusa una indebida valoración de los elementos probatorios que constan en los autos, aunque la referencia que hace del artículo 330 del Código Civil no resulta apropiada; por cuanto, en materia de familia, se cuenta con una norma especial que establece que "... los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración." En el caso concreto, se evacuaron las declaraciones de ... (folio 90) y de ... (folio 91). Los integrantes del órgano de alzada restaron validez a sus deposiciones, en cuanto ellas expusieron que el accionado se había ido para Limón y no regresó, pese al conocimiento que tenía del embarazo; por cuanto consideraron que tal apreciación sólo les constaba por el dicho de la actora. No obstante, dichas declaraciones, analizadas a la luz de la experiencia se estiman verdaderas; por cuanto, no en pocas ocasiones, sucede que el hombre, al saber de que la mujer con quien ha mantenido relaciones ha quedado embarazada, evade su responsabilidad. Pero, además de ello, entre la documental aportada por la demandante junto con el escrito inicial, está la sentencia de esta Sala, número 44, de las 14:40 horas del 24 de febrero de 1.999, donde consta la transcripción del testimonio del señor ..., que sirvió para sustentar la declaratoria de paternidad ahí establecida y de la que se desprende claramente que el accionado sí conocía de la existencia de su hijo. En lo que interesa, dicho testigo había señalado: "De pronto se acercó un señor alto, delgado, de anteojos; me preguntó que si yo trabajaba en la Dos Pinos, y que si yo, por casualidad, conocía a Yo le contesté que sí, que estábamos en la misma planta; entonces, me dice: "Es que ella y yo tenemos un hijo." Me pidió que si yo podía hacerle el favor, que él viajaba mucho

a Limón, que él trabajaba en bienes raíces; que cómo hacía él para comunicarse con ella; para llegar a un arreglo, que si yo podía hacerle el favor de entregarle una tarjetita..." (Ver folio 26). En consecuencia, aún con la aplicación de la figura jurídica de la responsabilidad civil extracontractual que hicieron los integrantes del órgano de alzada, la petición de la actora debió haberse concedido; pues, el elemento que se echó de menos, cual era el conocimiento del demandado, sí existió, según se desprende de la prueba reseñada.

VIII.- SOBRE LA PRESCRIPCIÓN:

La parte demandada opuso la excepción de prescripción. Sin lugar a dudas, se está en presencia de la figura de la prescripción negativa; y, en ese sentido, el artículo 865 del Código Civil, señala que "Por la prescripción negativa se pierde un derecho. Para ello basta el transcurso del tiempo." Al caso concreto, se estima que debe aplicársele la disposición del artículo 868 del Código Civil, que prevé un plazo de diez años; pues la situación no enmarca en alguno de los supuestos de prescripción especial que se prevén en las normas siguientes. Luego, está claro que la accionante no gestionó el resarcimiento pretendido, sino hasta el 23 de agosto del año 2.000, cuando planteó su demanda. El artículo 876 del Código Civil señala que "Toda prescripción se interrumpe civilmente: / 1° Por el reconocimiento tácito o expreso que el poseedor o deudor haga a favor del dueño o acreedor de la propiedad o derecho que trata de prescribirse; y / 2° Por el emplazamiento judicial, embargo o secuestro notificado al poseedor o deudor." En el numeral 879 siguiente se indica que "La prescripción negativa se interrumpe también por cualquier gestión judicial o extrajudicial, para el cobro de la deuda y cumplimiento de la obligación." Por su parte, el artículo 296 del Código Procesal Civil, en lo que interesa, dispone: "Los efectos del emplazamiento son materiales y procesales, y se producen a partir de la fecha de notificación de aquél. / Son efectos materiales los siguientes: / a) Interrumpir la prescripción. / ..." En el caso concreto, de conformidad con la aplicación que de esas normas se hace, no fue sino con la notificación del emplazamiento que el accionado tuvo entonces conocimiento de la gestión cobratoria planteada por la accionante; sea el 28 de marzo del 2.001 (ver constancia al folio 47 vuelto). Por consiguiente, el derecho se retrotrae al 28 de marzo

de 1.991. Todos los alimentos que la actora tuvo que pagar de esa fecha y hacia atrás hasta el nacimiento del hijo, no pueden ser efectivamente concedidos a la demandante, pues operó la prescripción negativa, en su perjuicio. Por otra parte, la actora señaló que a partir de marzo de 1.999, por resolución judicial, el accionado asumió su obligación alimentaria respecto del niño. Consecuentemente, a partir de esa fecha y hasta el 28 de marzo del 2.001, el demandado sí asumió su obligación, en forma proporcional; razón por la cual, durante este período, la actora no tuvo que cubrir la parte de alimentos que aquél le correspondía y que es lo que constituye la base de su reclamo. Está claro, entonces, que lo adeudado va desde el 28 de marzo de 1.991 y hasta febrero de 1.999, inclusive.

IX.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con lo expuesto, se estima que el fallo impugnado debe revocarse. En su lugar, procede acoger parcialmente la excepción de prescripción y declarar la procedencia de la demanda, también en forma parcial. Así, las cosas, debe condenarse al accionado a indemnizar a la demandada, la proporción de los gastos que ésta tuvo que cubrir para la manutención del hijo y que le correspondía cancelarlos a él, los cuales pueden establecerse en el cincuenta por ciento del total de gastos de manutención del hijo; pues, al ser la obligación conjunta, cada uno debió asumir su parte, correspondientes al período comprendido entre el 28 de marzo de 1.991 y hasta el 28 de febrero de 1.999. La fijación deberá hacerse en la etapa de ejecución del fallo, mediante un perito, sin que la suma que se fije pueda superar los tres millones de colones, en que se estimó la demanda. Como se indicó, procede acoger la excepción de prescripción, respecto de los gastos cuyo resarcimiento se pretende, desde la fecha del nacimiento del niño –6 de octubre de 1.983- hasta el 27 de marzo de 1.991. En cuanto a los intereses, de conformidad con los artículos 651 y 1.163 del Código Civil, procede la condenatoria reclamada por la demandante. Partiendo del supuesto de que al accionado le correspondía pagar una cuota alimentaria mensual, como se le obligó a partir de marzo de 1.999, ha de establecerse que los réditos habrán de pagarse conforme fueron surgiendo las obligaciones a la vida jurídica y según el porcentaje que en cada momento

pagara el Banco Nacional de Costa Rica por los certificados de depósito a seis meses plazo. Procede, también, condenar a la parte vencida al pago de ambas costas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 221 del Código Procesal Civil. Las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación, falta de interés y la genérica sine actione agit –comprensiva de las tres anteriores-, deben ser denegadas; por cuanto está claro que a la actora le asiste derecho a exigir la indemnización pretendida; lo reclamó respecto de la persona obligada a indemnizarla, al haber asumido ella el cumplimiento de una obligación que el accionado deliberadamente no cumplió y porque media interés para ejercer su reclamo.

POR TANTO:

Se revoca la sentencia recurrida. Se acoge parcialmente la excepción de prescripción y se declara prescrito el derecho de la actora respecto del resarcimiento reclamado, entre el seis de octubre de mil novecientos ochenta y tres y el veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno. Se deniegan las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación, falta de interés y la genérica sine actione agit. Se acoge la demanda y se condena al accionado a pagarle a la actora los gastos que a éste le correspondía pagarle al hijo en común y que ella asumió, desde el veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y uno y hasta el veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, fecha en que aquél asumió su obligación, los cuales se establecen en el cincuenta por ciento del total de gastos de manutención del hijo. La fijación correspondiente se realizará en la etapa de ejecución del fallo, con la asistencia de un perito; pero el monto a resarcir no podrá superar la suma de tres millones de colones. Se le condena también al pago de los intereses legales, que correrán a partir del momento en que cada obligación fue naciendo a la vida jurídica, según el porcentaje que en cada momento el Banco Nacional de Costa Rica pagaba por los certificados de depósito a seis meses plazo. Se condena al accionado a pagar ambas costas.

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

CONSIDERANDO:

I.- La actora formuló recurso de casación, en el que en concreto reclamó la violación del artículo 155, inciso 3º, acápite ch) del Código Procesal Civil, en cuanto se tuvo por no demostrado que el demandado conociera de su embarazo, y de que ... era su hijo, a pesar de que había prueba testimonial en contrario, lo que la dejó en total indefensión. Además, acusa violación del artículo 330 del Código Procesal Civil, porque no se tuvo por acreditado, con las pruebas aportadas, el conocimiento que el accionado tenía respecto de la existencia del niño, y no acceder a la prueba para mejor resolver, que sería tener a la vista el expediente de Investigación de Paternidad. Con base en esos argumentos, pretende se acoja el recurso, se case el fallo recurrido, y se declare con lugar la demanda (folios 181 a 190).

II.- El suscrito disiente del criterio de mayoría, por cuanto estima que los argumentos esgrimidos son oficiosos y no fueron alegados por la recurrente. En concreto, lo relativo a la teoría del enriquecimiento sin causa y de los cuasicontratos. No es procedente considerarlos en esta instancia, sin alterar el necesario equilibrio procesal entre las partes. Al respecto, esta Sala, en Voto N°13, de las 9:50 horas del 21 de enero de 2004, consideró lo siguiente: "... V.- ... Ya se ha indicado que el recurso ante la Sala de Casación, en materia laboral, no conlleva las mismas características del técnico recurso de casación. Sin embargo, para que sea atendido, debe cumplir los requisitos mínimos que contempla el artículo 557 del Código de Trabajo, con base en el cual, la parte recurrente, debe indicar las razones claras y precisas que ameritan la procedencia del recurso. La parte que se siente agraviada debe entonces explicar, ante la Sala, los motivos por los cuales, a su juicio, el fallo impugnado debe ser acogido; por lo cual, no es válido que se limite a enunciar los motivos de agravio; sino que tal y como imperativamente lo exige la norma, debe dar las razones por las cuales la sentencia amerita ser revocada, o, en su caso, modificada...". En sentido similar, se pronunció en Voto N° 204, de las 14:10 horas del 30 de abril de 2003: "... II.- ... En el escrito correspondiente se limitó a indicar que no se había cumplido con lo

dispuesto en la normativa reglamentaria, sin especificar a qué se refería (folios 79-80). Se trata entonces, de aspectos nuevos, o sea, introducidos al debate de manera tardía, por lo que, al tenor de lo previsto en el numeral 608 del Código Procesal Civil, aplicable en esta materia en virtud de lo dispuesto por el 452 del de Trabajo, no es jurídicamente posible entrar ahora a considerarlos sin alterar los términos de la litis en franco perjuicio de los legítimos y fundamentales derechos de su contraparte...". Si la doctrina de la Sala ha sido la de reducir su competencia al examen de los agravios deducidos en el escrito del recurso, no hay razón para apartarse de ese principio y ocuparse ahora de cuestiones extrañas al recurso. En rigor, el voto de mayoría incurre en incongruencia al separarse del verdadero debate planteado por las partes, con merma del derecho a la tutela judicial efectiva. Por estas razones, me aparto del voto de mayoría, revoco el fallo recurrido y confirmo la sentencia del Juzgado.

POR TANTO:

Revoco el fallo recurrido y confirmo la sentencia del Juzgado.

CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD. DAÑO MORAL VOTO N° 2003-00089

De las 9:10 hrs. del 28 de febrero de 2003.

Redacta el Magistrado Aguirre Gómez; y,

CONSIDERANDO:

I.- El presente proceso versa sobre la validez de las cláusulas tercera y cuarta de un acuerdo de confidencialidad, suscrito entre las partes con motivo de la relación laboral que medió entre ellas. El demandante laboró para Laboratorios Griffith de Centroamérica S. A. hasta el 31 de marzo de 1996, en virtud de un finiquito con pago de prestaciones laborales. Antes de esa fecha, el 19 de enero de ese mismo año, las partes habían suscrito el expresado acuerdo, del cual interesa destacar las cláusulas segunda a cuarta, que dicen:

“SEGUNDA: EL EMPLEADO reconoce que para el desempeño de sus obligaciones y responsabilidades ha adquirido o podrá adquirir y ha tenido o podrá tener acceso a secretos industriales o comerciales cuyo contenido o información es por su naturaleza confidencial y de gran valor para GRIFFITH y sus accionistas, tales como los proyectos de investigación y desarrollo de productos y sus fórmulas, invenciones, patentes, diseños, descubrimientos, ingeniería, tecnología, procesos, procesos de producción, métodos de manufactura, análisis químicos, especificaciones, listas de clientes y proveedores, así como información relativa a costos y precios de productos y servicios de GRIFFITH, e información confidencial de los clientes de GRIFFITH relacionada entre otras cosas con fórmulas, procesos, precios, mercadotecnia, ingeniería, métodos de manufactura y planeación estratégica. Por lo tanto el EMPLEADO se compromete a no revelar en ningún tiempo y bajo ninguna circunstancia dicha información confidencial, incluso después que sus obligaciones y responsabilidades como EMPLEADO hayan cesado definitivamente salvo cuando dicha información haya sido hecha pública por GRIFFITH.

TERCERA: EL EMPLEADO se obliga a que durante el desempeño de sus obligaciones y responsabilidades como empleado de GRIFFITH y hasta dos años después de que dichas obligaciones y responsabilidades hayan cesado definitivamente, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia podrá involucrarse, ya sea directa o indirectamente, por su propia cuenta o como empleado de otra empresa, en actividades similares a las desempeñadas por GRIFFITH. En caso de que el EMPLEADO incumpliese con la obligación a que se refiere la presente cláusula, se considerará que el EMPLEADO está utilizando información confidencial de GRIFFITH en dichas actividades.

CUARTA: En Caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas por el EMPLEADO en los términos de las cláusulas anteriores, el EMPLEADO quedará sujeto a la responsabilidad civil por daños y perjuicios que cause

a GRIFFITH y a las sanciones penales a que se haga acreedor”.

II.- En concreto, el demandante pretendió la “resolución judicial” de las cláusulas III y IV y su “nulidad”, con el pago de los daños y perjuicios causados, en los términos que se indican en la demanda y el Tribunal de instancia la acogió en el sentido de la nulidad, pues eso es lo que se desprende del contexto de la demanda, en el tanto lo que se indica como causa de pedir son vicios del acto y no el incumplimiento de cláusula alguna.-

III.- Recurso de la parte demandada. En primer término esta parte protesta en el recurso el criterio del Tribunal de que los contratos de confidencialidad, son contrarios al ordenamiento jurídico, por cuanto conlleva la renuncia de derechos irrenunciables y de esta manera, cualquier acuerdo mediante el cual una persona se comprometa a no competir con otra durante la vigencia de una relación laboral y, sobre todo, una vez que ésta ha terminado, viola los artículos 74 y 56 de la Constitución Política, lo cual constituye un vicio de nulidad. La crítica es aceptable en términos generales, pues los pactos de confidencialidad o de no concurrencia o competencia entre trabajadores y empleadores, con efectos posteriores a la terminación del contrato de trabajo, no son contrarios al ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, pues a través de ellos se busca prevenir una actividad socialmente reprochable y jurídicamente ilícita, como es la concurrencia desleal, a través del aprovechamiento de conocimientos o de información adquiridos durante la extinta relación. Así las cosas, de ninguna manera puede decirse que las organizaciones empresariales no pueden protegerse de una actividad en ese sentido, a través de contratos en los que se pacte el compromiso del trabajador de no laborar posteriormente a la finalización de su contrato, para sí o para otro empresario, en actividades similares a las que venía realizando. Mas, como este tipo de cláusulas puede resultar chocante con otro principio importante, como lo es el de la libertad de trabajo, es razonable el criterio de algunos de los doctrinistas citados en el fallo del Tribunal (Alfredo Montoya Melgar (Derecho de Trabajo) y Ernesto Krotoschin (Tratado Práctico de Derecho de Trabajo), de que su validez sólo puede tolerarse si se pacta por un plazo razonable

y si al mismo tiempo se satisface al trabajador una compensación económica adecuada. En el caso concreto, el pacto se limitó a dos años, lo cual es razonable, pero no se estipuló ninguna compensación económica, lo cual debe tenerse como el resultado de una imposición de la empleadora, pues no es normal que un trabajador acepte, en el momento de ser cesado, abstenerse de laborar sin recibir ninguna prestación a cambio, precisamente, en la actividad que mejor conoce y donde puede tener posibilidades de continuar como trabajador activo. Esta omisión, siguiendo la doctrina clásica, constituye falta de causa de la obligación, pues de esa manera el compromiso que adquirió el actor, -que como se dijo afectaba su libertad de trabajo-, quedó sin fundamento o razón de ser, lo cual constituye un vicio de esa obligación, pues “No es posible, en el campo del derecho, que la persona se obligue, o esté obligada, sin que exista un fundamento racional y justo que haya producido el vínculo obligatorio” (Alberto Brenes Córdoba. Obligaciones y Contratos, N° 35). Ese vicio afecta la validez del contrato a la luz de lo que dispone el artículo 627, inciso 3, en armonía con el 835, inciso 1°, ambos del Código Civil y vicia el contrato con nulidad absoluta. Ese razonamiento, de origen puramente civil, resulta aplicable en la especie de conformidad con el numeral 15 del Código de Trabajo. Por consiguiente, el agravio invocado por la parte demandada deviene en intrascendente, porque de todas maneras la nulidad acordada por el Tribunal ha de mantenerse en atención a lo antes dicho.-

IV.- También protesta la parte demandada la forma en que el Tribunal fijó el salario del actor en once mil seiscientos noventa y un dólares, que es, según se afirma en el fallo, el promedio resultante de las liquidaciones hechas por sus labores en Costa Rica y Panamá, según las cuales en Costa Rica devengaba cuatro mil quinientos noventa y seis dólares y en Panamá tres mil quinientos cuarenta y siete dólares ochenta y cinco centavos. Para dicha parte recurrente ese promedio es menor, para lo cual basta una simple operación aritmética. Además, acusa un mal proceder del Tribunal, debido a que la única demandada en el proceso es Laboratorios Griffith de Centroamérica S. A. y no existe en todo en el expediente ninguna prueba que demuestre que la empresa panameña para la cual

trabajó el actor conforme una unidad económica con la demandada, de tal manera que no existe razón para calcular el promedio mensual tomando en cuenta los montos pagados al actor por una entidad ajena a la mencionada sociedad y aún aceptando la tesis del Tribunal, el promedio fijado está errado en tres mil quinientos cuarenta y siete dólares con setenta y seis centavos; errores de hecho y de derecho que ameritan acoger el presente recurso en esos aspectos.-

V.- El Tribunal procedió correctamente al incluir, para efectos de establecer el promedio salarial del actor, tanto los salarios pagados a nombre de la demandada, como las remuneraciones que se pagaron a nombre de Griffith Panamá S.A., pues, en la realidad, se trata de una misma organización empresarial que opera bajo una misma denominación (GRIFFITH). En el mismo contrato de confidencialidad a que se refiere proceso y que se hizo firmar al actor está escrito en un formulario de “GRIFFITH LABORATORIES”, que es una denominación general de la empresa, con el mismo logotipo y en ese documento se habla de que el demandante estuvo a negocios, operaciones y actividades comerciales de “GRIFFITH”, escrito así en términos también generales. Y toda la demás documentación que obra en el expediente revela la misma situación; particularmente son dignas de destacar la carta que le dirigió desde Illinois, Estados Unidos, Dean L. Griffith, del Centro de Griffith en esa ciudad (documento de folio 5); otra carta que le envió Jorge Doehner el 28 de diciembre de 1994 (folio 6), en su carácter de Presidente del Grupo Latinoamericano de “Laboratories Griffith”, en la cual se habla de una clasificación del rendimiento laboral del actor; y en general los documentos de sus prestaciones laborales, confeccionados por Peat Marwick and Company (folios 20 y siguientes), en la cual se involucran las operaciones de los dos países (Costa Rica y Panamá). Sin duda, entonces, se trata de una misma organización empresarial, con operaciones transnacionales, de modo que la demandada, al conformar una unidad con ella, ha sido correctamente tenida como responsable de la obligación surgida con motivo de la nulidad del mencionado pacto de confidencialidad (sobre los grupos de interés económico pueden consultarse los votos de esta Sala números 390, de las 15:00 horas, del 10 de diciembre de 1999; 207, de las 10:11 horas,

del 11 de febrero del 2000; 680, de las 10:00 horas, del 7 de julio del 2000; y, 14, de las 10:10 horas, del 25 de enero del 2002).-

VI.- La sentencia impugnada adicionó al hecho probado identificado con la letra “F”, lo siguiente: “Esa liquidación total comprende las liquidaciones hechas por las labores en Costa Rica y Panamá, estableciendo un salario promedio mensual en Costa Rica de cuatro mil quinientos noventa y seis dólares y en Panamá de tres mil quinientos cuarenta y siete dólares con ochenta y cinco centavos, para un promedio total mensual de once mil seiscientos noventa y un dólares, con sesenta y un centavos de dólar”. Lo anterior fue retomado en el punto “b”, del Considerando VI; lo que, evidentemente, responde a un error aritmético, tal y como se señala en el recurso; pues, al sumarse esos rubros nos arroja un total de \$8143.85. Además, revisado minuciosamente el expediente, no existe prueba, con base en la cual se pueda concluir que el promedio salarial fue el apuntado por el fallo.-

VII.- El tema de si los tribunales de trabajo tienen competencia para conocer del extremo relativo al daño moral, no es atendible en esta etapa del proceso, pues el mismo es de naturaleza formal y como tal no es de fondo, sino de forma (doctrina del artículo 559 del Código de Trabajo). En todo caso, lo que ha dicho la mayoría de la Sala en varias oportunidades, es que en materia de despido, en un sistema de indemnizaciones tasadas como el nuestro, no es posible conceder separada y adicionalmente a la tarifa ya contemplada en la ley, indemnización por daño moral, porque la tasa comprende en general toda indemnización (véase, entre otras, el Voto de esta Sala número 110, de las 10:00 horas, del 17 de abril de 1996). El caso de autos es diferente, pues de lo que se ha tratado en este proceso es de la nulidad de un convenio y del pago de los daños y perjuicios derivados, como ya se dijo, de esa invalidez; caso en el cual, la estimación de la pretensión es fuente de responsabilidad por daños y perjuicios, a los efectos de restañar los derechos lesionados; y en tal supuesto, si la conducta ilegítima constituye un acto invasor de la esfera moral, es procedente también, además de las restituciones propias del campo material, la reparación del interés moral (artículos 41 de la Constitución Política y 844 del

Código Civil). Como sucede en términos generales en el campo del derecho indemnizatorio, en torno al daño moral, se pueden plantear dos cuestiones: una en torno a la existencia del daño; y otra, en relación con su extensión, o sea el monto. El Tribunal al determinar que se había ocasionado un daño de este tipo fijó la indemnización en el tanto de cuatro meses de salario, cuantificados en cuarenta y seis mil setecientos setenta y seis dólares con cuarenta y cuatro centavos, atendiendo a que el acto ilegítimo de la parte demandada lesionó su derecho extrapatrimonial, al limitarlo en las posibilidades de obtener un trabajo le provocó sufrimiento. En el recurso no se cuestiona el aspecto de la extensión del daño –con la salvedad del promedio salarial utilizado para calcular los derechos reconocidos-, sino, únicamente la existencia, en el sentido de que no hay ninguna prueba en los autos que demuestre el daño moral reclamado, de manera que no es posible acceder a su petición. Este tema no fue planteado en el recurso de alzada ante el Tribunal Superior, pues los agravios de la parte demandada ante este Órgano se limitaron a objetar la competencia de los tribunales laborales. Esa falencia es suficiente para que la Sala no pueda entrar a conocer sobre la protesta relacionada con la prueba (existencia) del daño moral, de acuerdo con el artículo 608 del Código Procesal Civil, aplicable al sub lite de conformidad con el numeral 452 del Código de Trabajo. De toda suerte, debe señalarse, conforme a la doctrina más generalizada, y en lo que se refiere al daño moral subjetivo, que es el otorgado en autos, que este no requiere, necesariamente, de una prueba directa por cuanto se da en el ámbito de la intimidad personal, en la psiquis, en el alma o contorno de los sentimientos, pues el menoscabo existe “in re ipsa”. En otro orden de ideas, la demandada viene alegando en el recurso que los extremos adicionales que se incluyeron en la liquidación del actor de noventa y un mil novecientos veinte dólares por compensación adicional, nueve mil doscientos setenta y nueve dólares con cuarenta y nueve centavos por bonificación y los veinte mil seiscientos treinta y seis dólares con diez centavos por gratificación fueron pagados como contraprestación a la obligación que el actor había asumido en el contrato de confidencialidad, agravio que tampoco es de recibo en esta instancia rogada, según las normas antes indicadas, por cuanto, no solo no fue alegado así al

contestar la demanda, sino que tampoco fue planteado en el recurso de alzada ante el Tribunal Superior, conforme ya se reseñó, por lo que tal cuestión no podía ser objeto del recurso.-

VIII.- Recurso de la parte actora. Esta parte muestra inconformidad sólo en cuanto se concedió por daño material una proporción igual a seis meses de salario; no obstante haberse tenido por demostrado que al accionante se le impidió acceder a las fuentes de trabajo por dos años. En consecuencia, se pide revocar el fallo en dicho aspecto; para, en su lugar, condenar a la demandada a pagar por dicho concepto veinticuatro meses de salario a razón de \$11 691.61 cada uno, para un total de \$280 598.64. También se pide condenarla a pagar las costas del recurso y fijar los honorarios profesionales en un 20% del total de los honorarios del proceso. La sentencia impugnada fijó prudencialmente la indemnización en seis meses, al estimar que "... no se puede fijar en el salario completo durante la vigencia de la restricción, porque el trabajador podrá laborar, aunque no en el trabajo que él libremente quiera tener, sino en el que las posibilidades reducidas por el compromiso le permita, lo que lógicamente le puede generar menores ingresos, pero no le elimina la posibilidad de contar con algún ingreso ...". El artículo 844 del Código Civil, establece que la declaratoria en sentencia de una nulidad absoluta -como es el caso en examen por falta de causa de la contratación- da derecho a las partes para ser restituidas en el mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa, en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas. En este asunto, dada la naturaleza de la obligación impuesta al actor sin retribución alguna, a saber, una obligación de no hacer y la imposibilidad de tornar las cosas a su punto de arranque, la restitución al demandante por la vía de los daños y perjuicios, debe consistir, necesariamente, en la contraprestación que debió fijarse en la contratación a su favor (omisión en el contrato que provocó la lesión a los derechos del actor), la que, por razones obvias ha de estimarse prudencialmente. De acuerdo a los principios de razonabilidad y de equidad, en modo alguno puede consistir en los salarios correspondientes a dos años, como se pretende en el recurso, porque, tal y como se

expresa en el fallo impugnado, en realidad, el trabajador, sí pudo relacionarse laboralmente en áreas distintas a la especificada en la contratación que interesa. Tomando en consideración que el demandante se relacionó con la demandada por un tiempo prolongado -por más de veinte años- en el sector alimenticio; (de 1973 a marzo de 1996), fecha esta última para la cual ostentaba los cargos de Presidente de Griffith Panamá y Laboratorio Griffith de Centroamérica S.A, en Costa Rica; llevan a la Sala a considerar que sus mejores posibilidades de empleo, estaban en esta área y, por consiguiente, una obligación como la impuesta, como se dijo, sin retribución alguna, le causó una lesión patrimonial importante. En ese orden de ideas, la prudencia indica que el daño material no puede circunscribirse a seis meses de salarios como lo dispusieron los señores jueces sentenciadores. Mas, tampoco, como se mencionó, pueden otorgarse, los veinticuatro meses a que alude el recurrente, porque, se repite, aún con dicha limitación, él podía prestar servicios en otras áreas. Así las cosas, es justo elevar la indemnización por dicho concepto durante todo el tiempo de la limitación que se le impuso, pero reducido el importe a un cincuenta por ciento del ingreso que percibía durante la vigencia de la relación laboral.-

IX.- En materia de trabajo existe tercera instancia rogada y no recurso de casación. Existen normas especiales, contenidas en el Código de Trabajo (artículos 494 y 495) que regulan lo concerniente a las costas del proceso, tanto procesales como personales; las cuales cobijan la labor profesional durante todas las etapas del proceso. Por eso, el segundo punto planteado por la parte actora, en el que se pretende la imposición de costas por el recurso, independientes de las del resto del proceso, no es procedente porque no existe ninguna disposición legal, aparte de aquellas, que lo autorice.-

X.- Como corolario de lo que viene expuesto, la sentencia impugnada debe revocarse, en cuanto fijó un promedio salarial de once mil seiscientos noventa y un dólares, con sesenta y un centavos y calculó con base en éste, las sumas a pagar por daño material y daño moral; así como al otorgar por daño material solamente seis meses de salarios. En su lugar, debe establecerse que dicho promedio fue de ocho mil ciento

cuarenta y tres dólares con ochenta y cinco centavos y, en consecuencia, ordenar cancelar por daño material, un total correspondiente al cincuenta por ciento del ingreso que pudo haber percibido durante el período que se comprometió a no trabajar, o sea la suma de noventa y siete mil setecientos veintiséis dólares con veinte centavos y por daño moral treinta y dos mil quinientos setenta y cinco dólares con cuarenta centavos. En lo demás, se debe confirmar.-

POR TANTO

Se revoca la sentencia recurrida en cuanto fijó un promedio salarial de once mil seiscientos noventa y un

dólares, con sesenta y un centavos y calculó con base en éste, las sumas a pagar por daño material y daño moral. También se modifica el fallo en cuanto otorgó por daño material solamente seis meses de salarios. En su lugar, se establece que dicho promedio fue de ocho mil ciento cuarenta y tres dólares con ochenta y cinco centavos y que por este último extremo debe reconocerse el cincuenta por ciento del ingreso que pudo haber percibido durante el período que se comprometió a no trabajar, o sea la suma de noventa y siete mil setecientos veintiséis dólares con veinte centavos y por daño moral treinta y dos mil quinientos setenta y cinco dólares con cuarenta centavos. En lo demás, se confirma.

