

Referencias de la Procuraduría General de la República sobre dictámenes relacionados con el tema de la función pública^()*

(Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General de la República no son vinculantes para la Sala Segunda en su función jurisdiccional. La Ley Orgánica de la Procuraduría N° 6815, establece en su artículo 2°: "DICTÁMENES: Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública."

C-015-2009: FUNCIONARIOS INTERINOS. PERMISOS Y LICENCIAS CON GOCE DE SALARIO. ARTÍCULO 33 DEL REGLAMENTO AL ESTATUTO DE SERVICIO CIVIL. POSIBILIDAD DE OTORGAMIENTO DE LICENCIAS A FUNCIONARIOS INTERINOS EN CASO DE MATRIMONIO DEL SERVIDOR, FALLECIMIENTO DE CUALQUIERA DE SUS PADRES, HIJOS, HERMANOS O CÓNYUGE, ASISTENCIA A CAPACITACIÓN EN MATERIA SINDICAL. PARÁMETROS PARA SU OTORGAMIENTO. POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

El señor Manuel Araya Incera, Presidente de la Junta Administrativa del Museo Nacional, mediante Oficio No. J.A. 044-2008 del 28 de noviembre del 2008, consulta el criterio técnico jurídico de este Despacho, acerca de: *"la posibilidad de otorgar a funcionarios que se encuentren interinos, cualquiera de los permisos o licencias, de las que se encuentran contempladas en el artículo 33 del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil"* (SIC).

Previo estudio al respecto, la Master Luz Marina Gutiérrez Porras, Procuradora II, concluyó lo siguiente:

"1.- La posibilidad de otorgar a los servidores o funcionarios interinos cualquiera de los permisos o licencias, de las que se encuentran contempladas en el artículo 33 del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil, es de resorte potestativo de la Administración,

tomándose en consideración para ello, todas las condiciones y circunstancias en que se encuentran ocupando el puesto provisionalmente, en aras de la prestación y continuidad del servicio público que allí se presta, según artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública.

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

3.- Es posible otorgar permisos o licencias con goce de salario a los funcionarios o servidores interinos que eventualmente ocupen puestos de dirigentes o son miembros de sindicatos, a fin de que asistan a cursos de capacitación en el campo sindical o similares, según inciso b) del artículo 33 del citado Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Lo anterior con sustento en la doctrina del artículo 60 constitucional (derecho a la sindicalización), y 363 del Código de Trabajo, referida esta norma a la prohibición de 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."* Aunado a otras disposiciones de orden internacional, que en virtud de los artículos 7

(*) Fuente: <http://www.pgr.go.cr/scij>

y 48 de la Constitución Política, integra el Derecho de la Constitución en materia de derechos fundamentales, tales como el Convenio número 87, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho a la Sindicación, (aprobado por Ley 2561 de once de mayo de mil novecientos setenta) y Convenio número 98, relativo a la Protección y Facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la Empresa (aprobado mediante Ley número 5968 de nueve de noviembre de mil novecientos setenta y seis.”

C-016-2009: VACACIONES. PERIODOS ACUMULADOS. TEORIA DEL ESTADO COMO PATRONO ÚNICO. POSIBILIDAD DE QUE UNA DETERMINADA INSTITUCIÓN OTORQUE DISFRUTE VACACIONAL GENERADO EN OTRA. POSIBILIDAD DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA DE LAS VACACIONES NO DISFRUTADAS EN CASO DE TRASLADO DEL FUNCIONARIO. EMPRESAS PÚBLICAS MERCANTILES CREADAS MEDIANTE ARTÍCULO 155 DE LA LEY REGULADORA DEL MERCADO DE VALORES: NATURALEZA JURIDICA.

El señor Manuel Araya Incera, Presidente de la Junta Administrativa del Museo Nacional, mediante Oficio No. J.A. 047-2008 del 01 de diciembre del 2008, a través del cual y mediante Acuerdo Número A-12-1032 emitido por la Junta Administrativa de esa institución, consulta el criterio técnico jurídico de este Despacho, acerca de lo siguiente: “1) *Cuando estamos frente a la renuncia de un funcionario del Museo Nacional, con el objeto de prestar sus servicios a otro ente estatal, o por encontrarse prestándolos al amparo de una licencia concedida al efecto: - Que sucede con las vacaciones que aún no ha disfrutado el funcionario?, inclusive tomando en cuenta por diferentes razones pueden existir varios periodos acumulados; pueden ser canceladas con dinero o deben ser trasladadas al nuevo ente Estatal?* 2) *En el mismo cuadro fáctico anterior, cuando el nuevo Ente Estatal contratante es una Sociedad Anónima, de las creadas por medio del artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, el tratamiento es el mismo, o existe en materia laboral alguna excepción a ese tratamiento como ente Estatal? Se debe aplicar el concepto de Estado como Patrono Único?*”.

Previo estudio al respecto, la Master Luz Marina Gutiérrez Porras, Procuradora II, concluyó lo siguiente:

“1.- En virtud de la Teoría del Estado como Patrono Único, es claro sostener, que cualquier institución o entidad pública para la cual labora un servidor, ya sea bajo un permiso sin goce de salario o un traslado sin solución de continuidad, se le debe reconocer las vacaciones a que tiene derecho por disposición constitucional y legal, aún aquellas que por diferentes razones no ha podido disfrutarlas en la anterior institución. Asimismo, le correspondería a la dependencia receptora el pago de labores por cualquier causa, tal y como claramente se apuntó en el Dictamen C-229-2002, de 05 de setiembre del 2002.

2.- Según el mencionado Dictamen C-229-2002, es criterio de este Órgano Asesor que por consideraciones, fundamentalmente, de orden presupuestario, puede la institución para la cual el servidor presta el servicio, ponderar la posibilidad razonable, previo traslado a laborar a otra dependencia del Estado, de sufragar el importe económico correspondiente, por concepto de vacaciones no disfrutadas al momento de su renuncia al puesto. Con mayor razón si la entidad receptora se trata del carácter sui géneris, que establece el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores (Ley Número 7732, de 17 de diciembre de 1997).”

C-41-2009: EJECUCIÓN DEL ACTO DE DESPIDO. CAUSALES DE SUSPENSIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA. DEBER DE EJECUTAR EL ACTO DE DESPIDO UNA VEZ AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA. CONCURSOS INTERNOS. PARTICIPACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS.

La Auditora Municipal de la Municipalidad de la Unión, solicita nuestro criterio en torno a las siguientes interrogantes:

“1. *¿Cuál es el fundamento jurídico, si existe, para proceder de la forma que se ha venido procediendo en cuanto a no llenar en forma definitiva las plazas vacantes por encontrarse las mismas afectas a los posibles resultados de un proceso judicial laboral. Lo anterior pese a que administrativamente se concluyó un debido proceso para proceder con los despidos? Referirse a la relación de la situación actual con el*

concepto de autonomía municipal consagrado en el Código Municipal.

2. Siendo que los interinos en plazas vacantes con más de un año de nombramiento adquieren, según la jurisprudencia los mismos derechos de los servidores en propiedad, ¿podrían los mismos participar de concursos interinos?

3. Existe alguna diferencia en cuanto a los derechos adquiridos de un funcionario interino para participar en un concurso interno de una plaza vacante, cuando el interinazgo se deriva de la suplencia por un tiempo definido por disfrute de vacaciones del propietario, una incapacidad o una licencia con o sin goce de salario, de aquel interino que está ocupando una plaza vacante en la organización municipal por el tiempo (indefinido) en que esta última se adjudique en propiedad.”

Mediante pronunciamiento C-41-2009 del 16 de febrero del 2009, Grettel Rodríguez Fernández, Procuradora Adjunta da respuesta a la consulta formulada concluyendo lo siguiente:

1. Una vez adoptada la decisión del despido por parte del Alcalde Municipal, la misma resulta ejecutable, en virtud del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, aún cuando la decisión del Alcalde Municipal haya sido impugnada ante el Concejo Municipal.

2. En casos excepcionales, el acto final de despido acordado por el Alcalde Municipal, puede ser suspendido cuando la ejecución de los actos administrativos pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación, según lo establecido en el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública.

3. Una vez resuelto el recurso de apelación por parte del Concejo Municipal y agotada la vía administrativa, el acto de despido debe ser ejecutado, pues no existe una norma jurídica que autorice a la Municipalidad respectiva para mantener en suspenso la decisión de despido, con la excepción hecha de los casos en que exista una resolución jurisdiccional que en sede judicial haya decidido la suspensión del acto administrativo de despido.

4. Por medio de un concurso interno no es posible que un funcionario interino acceda a una plaza en propiedad, toda vez que no se ha demostrado aún la idoneidad en el puesto, afirmación que resulta acorde con la posición jurisprudencial sostenida por este Órgano Técnico Consultivo sobre este tema.

C-058-2009: RÉGIMEN DE DISPONIBILIDAD DE LA LEY GENERAL DE POLICÍA. PAGO DE HORAS EXTRAORDINARIAS ES INCOMPATIBLE CON EL RÉGIMEN DE DISPONIBILIDAD. DISPONIBILIDAD ES INHERENTE AL PUESTO DE SERVIDOR POLICIAL.

La Señora Ministra de Justicia nos consulta sobre los siguientes aspectos:

“El personal de que seguridad se encuentra bajo el régimen de disponibilidad laboral, y que se desempeñan en horarios de 7x7, 5x2, 3x2 y 2x3, ¿Puede ser llamado a prestar servicio luego de su jornada laboral para realizar actividades preventivas en su Centro Penitenciario, esto dentro de su semana de trabajo?

-De acuerdo a lo anterior, y al ampararse esta figura dentro del régimen estatutario policial y no bajo el régimen de servicio civil ¿tendría derecho el personal de seguridad al pago de horas extras, adicionalmente al pago del sobresueldo por concepto de disponibilidad?

-En caso del personal de seguridad que no recibe el sobresueldo por concepto de disponibilidad, y que luego de su jornada laboral es llamado a efectuar labores preventivas o de emergencia, ¿Debe cancelársele el rubro por concepto de horas extras?

-De conformidad con la Ley General de Policía, se establece en el artículo 90 que una vez que el funcionario se incorpora al Estatuto Policial, tiene derecho a sobresueldo fijo y permanente de un 25% sobre el salario base por concepto de disponibilidad laboral sin sujeción a horario, según las necesidades y la libre disposición requeridas por el Superior Jerárquico. De acuerdo a lo expuesto, ¿Puede eventualmente un funcionario renunciar a ese derecho?”

Mediante pronunciamiento C-58-2009 del 23 de febrero del 2003, Grettel Rodríguez Fernández, Procuradora

Adjunta, da respuesta a la consulta, concluyendo lo siguiente:

1. Los artículos 76 inciso c) y 90 inciso d) de la Ley General de Policía, crean un sistema de disponibilidad que resulta inherente al puesto de policía.

2. El régimen de disponibilidad policial, por lo tanto, no tiene naturaleza contractual, sino que constituye una obligación para los funcionarios policiales.

3. En virtud de la naturaleza del régimen de disponibilidad, dicho régimen no puede ser renunciado por el funcionario policial.

4. En razón de que la disponibilidad es una obligación que deben cumplir todos los funcionarios policiales, es claro que también el incentivo por disponibilidad es un beneficio que debe ser reconocido a todos los funcionarios policiales.

5. La disponibilidad constituye a su vez, un sistema de remuneración del tiempo extraordinario, de conformidad con las excepciones establecidas por el artículo 58 constitucional, y por lo tanto, el pago de la disponibilidad policial resulta incompatible con el pago de horas extraordinarias contemplado por el Código de Trabajo.

6. Se aclara el dictamen C-414-2005 en el sentido de que los dictámenes C-144-98 del 23 de julio de 1998, C-046-2003 del 19 de febrero del 2003 y OJ-070-2009 del 05 de mayo del 2003, deben reconsiderarse únicamente para considerar a la disponibilidad como una condición inherente al puesto y no con naturaleza contractual, de conformidad con lo expuesto en el pronunciamiento C-414-2005. De igual manera, se reconsidera en el punto indicado, el dictamen C-035-2006 del 06 de febrero del 2006 para considerar a la disponibilidad del régimen policial como una condición inherente al puesto.

C-060-2009: CONCEPTO DE SALARIO ESCOLAR- NO ES PROCEDENTE LA APLICACIÓN DE ESE RUBRO EN LOS SUBSIDIOS OTORGADOS POR ENFERMEDAD O PARA ATENDER PACIENTES EN ESTADO TERMINAL:

Mediante Oficio 015-09, de 04 de febrero del 2009, don Edgar Carvajal González, Auditor de la Municipalidad de Siquirres consulta a este Despacho, “acerca de

la procedencia legal de reconocer en el cálculo del salario escolar, la parte proporcional al salario que recibe un trabajador cuando es incapacitado por la Caja Costarricense del Seguro Social por períodos prolongados, y específicamente verter criterio sobre el reconocimiento del salario escolar a aquellos funcionarios que se incapacitan para atender pacientes en estado terminal.”

Previo estudio al respecto, Luz Marina Gutiérrez Porras, Procuradora del Área de la Función Pública, mediante el Dictamen C-060-2009, de 25 de febrero del 2009, emite las siguientes conclusiones:

“1.- En virtud del Decreto Número 23907-H de 21 de diciembre de 1994, que es modificación del Decreto No. 23495-MTSS de 19 de julio de 1994 , no es dable jurídicamente aplicar el salario escolar en el cálculo de los subsidios patronales y de la Caja Costarricense del Seguro Social, percibidos por un trabajador, servidor o funcionario público, durante el tiempo en que se encontrare incapacitado por enfermedad, toda vez que “...el salario escolar, consiste en un ajuste adicional, para los servidores activos, al aumento de salarios por costo vida otorgado a partir del 1 de julio de 1994 y será un porcentaje del salario nominal de dichos servidores, para que sea pagado en forma acumulativa, en el mes de enero de cada año. ”

2.- En el mismo sentido expuesto, al estar suspendidos los efectos de una relación de servicio entre un trabajador, servidor o funcionario y la Administración Pública, generados por el disfrute de una licencia para el cuidado y atención de un familiar o cualquier otra persona cercana, según Ley No. 7756 de 25 de febrero de 1998 y sus reformas, no se percibe durante ese tiempo propiamente salarios, al tenor de lo que prescribe el artículo 162 del Código de Trabajo, sino subsidios a la luz de la precitada legislación; y por ende, no se encuentran sujetos a las cargas sociales correspondientes, ni en lo que respecta a la aplicación del porcentaje del salario nominal que devengan los servidores activos para que sea pagado en forma acumulativa como salario escolar, en el mes de enero de cada año, tal y como claramente lo establece el mencionado Decreto Número 23907-H de 21 de diciembre de 1994.”

C-061-2009: POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PARA OTORGAR PERMISOS CON GOCE DE SALARIOS. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:

Mediante Oficio AI-62 de 02 de febrero del 2009 de febrero del 2009, la Auditora Interna de la Junta de Protección Social de San José consulta sobre lo siguiente:

“Consulta en virtud de que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones ordena a las instituciones del Estado reinstalar a funcionarios cesados sin responsabilidad patronal hasta tanto se resuelva en sentencia el recurso de amparo interpuesto, si es procedente que las instituciones brinden licencias con goce de salario a los funcionarios en la situación antes indicada, debido a que en algunas ocasiones tienen bajo su responsabilidad el control y administración de valores o la toma de decisiones a nivel institucional, lo que conlleva riesgos que eventualmente podrían tener consecuencias en las finanzas públicas.

Lo anterior, aplicando actos discrecionales que establece la Ley General de la Administración Pública.”

Previo estudio al respecto, Luz Marina Gutiérrez Porras, Procuradora del Área de la Función Pública mediante el Dictamen C-061-2009, de 02 de marzo del 2009, concluye que al tenor del artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y doctrina atinente, no es procedente otorgar una licencia o permiso con goce de salarios sin justificación jurídica alguna, a aquellos funcionarios que habiendo planteado un recurso de amparo, la Sala Constitucional ha ordenado a la Administración su reinstalación al cargo previo al dictado de la sentencia. Lo anterior por no existir sustento jurídico ni razonable alguno que así lo autorice.

C-102-2009: DESEMPEÑO SIMULTÁNEO DE CARGOS PÚBLICOS. DOCENCIA. APLICACIÓN A LOS FUNCIONARIOS INTERINOS. OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON LA JORNADA LABORAL. TELETRABAJO. APLICACIÓN A LOS FUNCIONARIOS INTERINOS.

La Ministra de Vivienda y Asentamientos Humanos solicita nuestro criterio en torno a las siguientes interrogantes:

“¿Puede la Administración conceder licencia a un funcionario interino para el ejercicio de la docencia en instituciones de educación superior en los términos del artículo 39 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, cuando dicha norma no hace referencia a tales servidores y se refiere únicamente a los funcionarios regulares?

¿Puede la Administración aplicar normativa supletoria que regule el ejercicio de la docencia para autorizar a servidores en general, tanto interinos como regulares a ejercer la docencia en instituciones de educación superior, en virtud de guardar silencio el numeral 39 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil en relación con aquellos funcionarios no regulares?

Y de existir normativa de emisión posterior a la disposición estatutaria, siendo incluso de carácter especial en relación con la probidad en el ejercicio de la función pública. En el supuesto anterior: ¿Cuál sería la normativa aplicable para que la Administración conceda licencia a un servidor interino para ejercer la docencia en instituciones de educación superior?

¿Aún en el entendido de que existiera alguna disposición supletoria aplicable, puede la Administración discriminar priorizando entre el servidor propietario y el interino a fin de conceder licencia para el ejercicio de la docencia en instituciones de educación superior?

[...En relación con el teletrabajo] Puede la Administración hacer uso de dicha modalidad en lo que a la jornada de trabajo se refiere, en caso de proceder la autorización para el ejercicio de la docencia en instituciones de educación superior a un servidor interino”.

Mediante pronunciamiento C-102-2009 del 15 de abril del 2009, Grettel Rodríguez Fernández, Procuradora Adjunta, da respuesta a la consulta formulada, llegando a las siguientes conclusiones:

1. La nota característica de los funcionarios interinos es la provisionalidad en el puesto, característica a partir de la cual es posible establecer diferenciaciones

entre los funcionarios interinos y en propiedad, en orden al otorgamiento de ciertos beneficios.

2. La Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito señala la posibilidad de que un servidor de una institución de educación superior pueda ocupar simultáneamente otro puesto en la Administración Pública, señalando claramente ese cuerpo normativo que el carácter provisional de la relación de empleo de un funcionario, no resulta relevante a efectos de establecer la aplicación de sus normas.

3. En razón de lo expuesto, un funcionario interino puede beneficiarse de la excepción establecida en el párrafo anterior, pero deberá cumplir con la totalidad de la jornada de trabajo.

4. El artículo 39 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil fue parcialmente derogado por la promulgación del artículo 29 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, por lo que a partir de la promulgación de la última norma, debe considerarse que el trabajador que desempeñe dos cargos simultáneamente en aplicación de las excepciones contenidas en el artículo 17 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, deberá cumplir con la totalidad de la jornada laboral.

5. La modalidad de teletrabajo puede ser aplicada a los funcionarios interinos, en razón de que los fines del instituto y los requisitos exigidos para la incorporación de los funcionarios, no tienen relación con el carácter permanente o temporal del funcionario.

6. El teletrabajo y el ejercicio simultáneo de cargos públicos habilitada por el artículo 17 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, no resultan figuras incompatibles como regla de principio, por lo que un trabajador que se encuentre en los casos de excepción del artículo 17 y que a su vez esté sujeto al teletrabajo; estaría obligado a cumplir con los objetivos propuestos en el teletrabajo sin que el ejercicio de la docencia le justifique para reducir su productividad.

C-112-2009: IFAM. MECANISMO DE REAJUSTE SALARIAL. DEROGACIÓN. EFECTOS DE SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA.

El señor Auditor Interno del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal nos consulta si “¿En cumplimiento

de la Resolución N ° 2007-00222 de las 9:35 horas del 13 de abril de 2007, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, debe el IFAM continuar pagando a los veintiséis funcionarios que indica dicha resolución Judicial, reajustes salariales de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del artículo 59 del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio del IFAM, aunque dicha disposición fue derogada a partir del 27 de junio de 2007; o en su defecto, a partir de esa fecha deben aplicarse únicamente los reajustes salariales generales que se aplican a los demás funcionarios del IFAM”.

Esta Procuraduría, en su dictamen C-112-2009, del 24 de abril de 2009, suscrito por Julio César Mesén Montoya, Procurador de Hacienda, dictaminó que después de la vigencia del acuerdo de la Junta Directiva del IFAM que decidió derogar el inciso b) del artículo 59 del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de ese Instituto, no existe obligación de reajustar los salarios base de los servidores del IFAM (incluyendo a quienes figuraron como actores en el proceso que culminó con la sentencia n.° 2007-00222 dictada por la Sala Segunda a las 9:35 horas del 13 de abril de 1997) utilizando el sistema previsto en la disposición derogada.

C-165-2009: PERMISOS O LICENCIAS CON GOCE O SINGOCE DE SALARIO. FACULTAD DISCRECIONAL DEL JERARCA PERO CON APEGO AL BLOQUE DE LEGALIDAD. DESEMPEÑO DE OTRO CARGO EN UN ORGANISMO INTERNACIONAL.

El Auditor Interno de la Defensoría de los Habitantes indica que en el año 2004 el jerarca de esa institución autorizó a un funcionario para asumir *ad honorem* el cargo de Relator Especial de las Naciones Unidas, sobre lo cual nos plantea concretamente las siguientes consultas:

a) ¿No se requiere de la anuencia expresa y escrita de la Defensoría para prorrogar este tipo de mandatos o es suficiente con el recibo de una simple comunicación del Organismo Internacional en el que indica que el nombramiento se ha prorrogado de manera unilateral? ¿No constituye la prórroga en sí misma un “nuevo mandato”?

b) *En caso de requerirse de esta anuencia, ¿no se necesario un Acuerdo o Resolución del Despacho de la Defensoría, debidamente fundamentado, sobre la conveniencia institucional de dicha renovación (administración eficaz y eficiente de fondos públicos), en el tanto se le siga pagando al Relator el salario correspondiente, durante las semanas o días que se encuentra fuera del país, en el cumplimiento de sus funciones?*

c) *Allá en el año 2010, cuando venza su nombramiento por seis años, ¿eventualmente podría prorrogarse el mismo, por vía de excepción igualmente de oficio por parte del Organismo Internacional, sin que la Defensoría deba pronunciarse previamente al respecto?*

d) *En el presente cuadro fáctico, donde el funcionario consultor ocupa dos cargos a la vez ante el Organismo Internacional, además del Director de un área de la Defensoría, sin remuneración salarial pero sí con el reconocimiento de viáticos, ¿no estaríamos en presencia de una violación al ordenamiento jurídico interno, en lo concerniente al pago del plus salarial de prohibición o un eventual conflicto de intereses?*

Mediante dictamen N° **C-165-2009 del 11 de junio del 2009** suscrito por Andrea Calderón Gassmann, Procuradora Adjunta, evacuamos la consulta de mérito. Luego de hacer referencia a los permisos o licencias en la función pública, se dio respuesta a cada una de las interrogantes planteadas, y se arribó a las siguientes conclusiones:

1.- Si bien la concesión de permisos o licencias dentro de la relación de servicio público es discrecional para la Administración, se trata de una potestad que debe ser ejercida de conformidad con los parámetros que el ordenamiento jurídico establece, en respeto del Principio de Legalidad.

2.- El permiso o licencia se puede otorgar siempre que se configure alguna de las causales establecidas en las normas que regulan la materia, normas que se encuentran sanamente concebidas justamente con la finalidad de evitar que se produzcan abusos o arbitrariedades por parte de los jerarcas a quienes les corresponde ejercer tal potestad.

3.- La hipótesis consultada -es decir, la concesión de licencia con la finalidad de ejercer un puesto en un organismo internacional- constituye un supuesto expresamente previsto y regulado en el artículo 38 del Estatuto Autónomo de Servicios de la Defensoría. En consecuencia, si a un funcionario se le ofrece la posibilidad de desempeñar un cargo en un organismo internacional, podría solicitar un permiso para tales efectos, el cual tendría necesariamente que otorgarse sin goce de salario, tratándose de una oportunidad de carácter personal para el funcionario, y no del ejercicio de funciones que puedan considerarse parte de las responsabilidades o competencias del cargo público que ostenta.

4.- El que a un funcionario se le otorgue una licencia o “permiso” con goce de salario para ir a desempeñar un cargo en la ONU sin separarse de su plaza regular constituye un acto carente de sustento.

5.- Un permiso con goce de salario otorgado para ausentarse del cargo cuantas veces resulte necesario para atender obligaciones de un puesto ajeno a las funciones institucionales, implica, además, una desnaturalización del instituto de los permisos o licencias que puede otorgar la institución, pues no reviste la vocación de continuidad que caracteriza a este tipo de licencias concedidas con fundamento en los reglamentos o estatutos autónomos de servicios de las diferentes administraciones.

6.- La concesión de una licencia a un funcionario para retirarse del cargo a fin de ir a ocupar un puesto en un organismo de carácter internacional o en otra institución constituye una decisión exclusiva y unilateral de la Administración, que se encuentra dentro de sus potestades discrecionales. Es decir, tal decisión recae en la propia institución, y no en el organismo en el cual el funcionario pretenda ir a ocupar un cargo.

7.- La hipótesis analizada puede significar una violación al régimen de prohibición, en caso de que la plaza que ocupa el funcionario en la Defensoría estuviera cubierta por ese régimen, y de que el cargo en el organismo internacional lleve aparejado el ejercicio de la profesión liberal respecto de la cual el régimen cubre al funcionario. Sin embargo, el hecho de que

la jerarquía hubiera autorizado de modo expreso la situación tendría que ser valorado con sumo cuidado en el marco de un posible caso concreto.

8.- La posibilidad de que se produzca además un conflicto de intereses estaría referida al caso de que las actividades que realiza el funcionario en el organismo internacional resultaran contrarias a los intereses o actividades de la Defensoría, o a los asuntos que ésta atiende; o que se desarrollaran prevaleciéndose indebidamente de las potestades y de la posición que le confiere el cargo público que ocupa; situación que aunque en principio no parece visualizarse, constituyen aspectos que, en cualquier caso, siempre deben ser correctamente vigilados por la Administración.

C-332-2009: SOCIEDADES ANÓNIMAS DEL ICE. NATURALEZA DE LA RELACIÓN DE EMPLEO. POSIBILIDAD DE TRASLADAR A LOS EMPLEADOS DESDE EL ICE A UNA SOCIEDAD ANÓNIMA DEL ICE. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ESTADO PATRONO UNICO. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 586 DEL CÓDIGO DE TRABAJO.

El Gerente General del Instituto Costarricense de Electricidad solicita el criterio de este Órgano Superior Técnico Consultivo en relación con la naturaleza jurídica de la relación de los empleados del Instituto Costarricense de Electricidad que sean trasladados a laborar a las empresas creadas por el ICE de conformidad con la autorización realizada por el artículo 5 de la Ley N. 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Empresas Públicas del Sector Telecomunicaciones. Específicamente se requiere de nuestro criterio en relación con las siguientes interrogantes:

“1. Si efectivamente los empleados de dichas sociedades son considerados como funcionarios públicos, por la naturaleza jurídica del ente que las crea, ya que aunque el ICE tenga participación accionaria mayoritaria o como único socio, la empresa creada sería de una naturaleza jurídica diferenciada del ICE.

2. Si es factible a la Institución el traslado de sus funcionarios, en aras del respeto de los derechos

adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas de sus funcionarios, cuál sería el procedimiento a seguir?

3 Sería posible que la Institución liquide los derechos laborales de dichos funcionarios y proceda a contratarlos en dichas sociedades anónimas. Manteniendo en éstas su condición de funcionarios públicos y así no afectar sus derechos de seguridad social y laborales dispuestos por normas especiales.

4. Bajo qué régimen laboral, se regirían las contrataciones de nuevo personal, que al efecto realicen dichas sociedades.”

Mediante pronunciamiento C-332-2009 del 2 de diciembre del 2009, Grettel Rodríguez Fernández, Procuradora Adjunta, da respuesta a la consulta planteada, concluyendo lo siguiente:

1. El Instituto Costarricense de Electricidad es una empresa pública del Estado, por lo que sus trabajadores están sometidos a un régimen de empleo mixto.

2. Las sociedades anónimas del ICE creadas de conformidad con lo establecido por el artículo 5 de la Ley de Fortalecimiento, y Modernización de las Empresas Públicas del Sector Telecomunicaciones, son sociedades instrumentales, que participan de la naturaleza pública de la institución autónoma. En razón de ello, el régimen de empleo existente en las empresas del ICE será un régimen de empleo mixto.

3. Tanto los trabajadores del ICE propiamente dicho como de sus empresas, son trabajadores del Estado, por lo que les resulta de aplicación la teoría del Estado como patrono único.

4. En aplicación de la teoría del Estado como patrono único, el traslado de un funcionario del ICE propiamente dicho a una de sus empresas, podría implicar el reconocimiento de ciertos beneficios laborales a efectos de dar continuidad a la relación de empleo.

5. No obstante lo dispuesto en el punto anterior, es claro que la definición de cuáles beneficios laborales podrían ser reconocidos en la nueva relación laboral,

depende de las regulaciones laborales existentes en uno y otro ente público, de forma que sólo podría ser reconocidos aquellos beneficios que sean otorgados por la sociedad anónima a la que se traslada el funcionario.

6. La aplicación de la teoría del Estado como patrono único, hace que resulte de aplicación a los trabajadores del ICE y sus empresas, la prohibición contenida en el artículo 586 del Código de Trabajo, por lo que al trasladarse un trabajador del ICE a una de sus empresas, deberá devolver los dineros que haya recibo por concepto de auxilio de cesantía.

C-339-2009: CONTRATACIONES POR SERVICIO ESPECIALES A PLAZO FIJO O POR OBRA DETERMINADA. RELACIONES DE SERVIDORES DEL ESTADO REGULADAS POR EL DERECHO LABORAL PRIVADO. PAGO DE DERECHOS VACACIONALES AL PERSONAL CONTRATADO POR SERVICIOS ESPECIALES EN BASE A LO QUE ESTABLECE EL ARTICULO 153 DEL CÓDIGO DE TRABAJO.

Mediante Oficio DE-1115-09 del 23 de octubre del 2009, el señor Dionisio Miranda Rodriguez Director Ejecutivo del Instituto de Fomento Y Asesoría Municipal

consulta a este Despacho, “acerca de la procedencia de reconocer a un grupo de empleados contratados por Servicios Especiales, el derecho vacacional en proporción al que disfruta el resto del personal del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal”.

Previo estudio al respecto, Luz Marina Gutiérrez Porras, Procuradora del Área de la Función Pública, mediante el Dictamen C-339-2009, del 08 de diciembre del 2009, emite las siguientes conclusiones:

“1.- Este despacho concluye en términos generales, que de conformidad con los artículos 26 y 27 del Código de Trabajo, e inciso b) del artículo 4 del reglamento Autónomo de Organización de Servicio del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM), ciertamente, el personal que pueda ser contratado bajo la partida presupuestaria de Servicios Especiales, para el cumplimiento de tareas netamente ocasionales y excepcionales, es decir que no se refieren **al giro normal de la actividad de la institución y que no sobrepasen el plazo de un año, o el de la prórroga debidamente pactado**, se encuentran regidos por el Código de Trabajo y en consecuencia, el derecho vacacional que les asistiría, es el establecido en el artículo 153 del Código de Trabajo.