

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: EL FUNCIONARIO PÚBLICO.

Resumen: El presente informe de investigación analiza el tema del funcionario público desde la doctrina, normativa y jurisprudencia, desde el punto de la doctrina se desarrollan los conceptos de Funcionario público, sus tipos, naturaleza jurídica y otros conceptos como funcionario de carrera, de confianza y la determinación de funcionario interino, en el apartado de la normativa se incorpora los artículos atinentes y en la jurisprudencia se analiza el tema a la luz de casos concretos para la realización de una labor determinada.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
a)Concepto y naturaleza jurídica del Funcionario.....	2
b)Concepto de funcionario.....	3
c)Naturaleza jurídica relacional.....	5
d)Funcionario en sentido estricto.....	9
e)La relación entre el funcionario y la administración.....	9
f)Funcionarios y servidores que sirven "cargos de confianza"..	10
g)Distintas clases de funcionarios.....	10
h)Funcionarios de Carrera.....	13
La carrera profesional.....	13
i)Funcionarios regulares e interinos.....	14
2NORMATIVA.....	20
a)Ley General de la Administración Pública.....	20
b)Ley de Carrera Judicial	22
c)Estatuto del Servicio Civil.....	23
3JURISPRUDENCIA.....	27
a)La contratación de funcionarios por una labor determinada por la administración Pública.....	27
b)Sobre el contrato de trabajo y los tipos de funcionario	38

1 DOCTRINA

a) Concepto y naturaleza jurídica del Funcionario

[BIELSA]¹

“Todo estatuto legal de funcionario, empleado u obrero debe considerar la estabilidad, el ascenso, la indemnización y la protección jurisdiccional. En el funcionario y el empleado público ese régimen es de derecho administrativo, y en lo que atañe a la eficiente organización administrativa y sobre el supuesto necesario de la idoneidad del funcionario ello es materia de ciencia de la administración.

La protección jurídica beneficia al funcionario, pero con la organización y reclutamiento de funcionarios idóneos se beneficia a la Administración pública. Es fácil advertir que hay convergencia de directivas, y que el punto de mira es la justicia y la equidad en la administración pública.

Lo que al pronto más llama la atención es que los funcionarios y empleados públicos se encuentren en una situación de desamparo legal, mientras el obrero en la esfera comercial, han logrado en la llamada legislación del trabajo.”

(...)

El funcionario también es hoy en la Administración pública una simple pieza del enorme mecanismo burocrático, pieza inteligente, sin duda, pero que separada del rodaje administrativo, poco vale. Él también es un asalariado, aunque esté situado en cierto plano jerárquico y logre por ello una correlativa diferenciación social. Por otra parte, está sujeto a las contingencias de la inestabilidad, y si no por la presión patronal, lo es ésta por la presión de los partidos políticos o de los comités, que se consideran a veces como patrones de la Administración pública; pues luego de vencedor, todo partido quiere convertir a la Administración pública en su propio negocio, y el comité quiere en esto regular -y alguna vez ha regulado- la acción administrativa.”

b) Concepto de funcionario

[CALDERA DELGADO]²

"El criterio determinante del concepto de funcionario público, en nuestro derecho positivo, es amplio en un doble sentido. En primer lugar, la ley (letra a), del art. 29, del D.F.L. 338, de 1960) comprende no sólo a los agentes públicos que desempeñan funciones directivas y resolutivas, a las cuales están confiadas tareas directivas, de definición de políticas o de líneas de acción administrativa, de planificación, de supervigilancia o de control, de animación, de coordinación y de fomento, sino que, también, a los agentes de ejecución, a aquellos que solamente están encargados de poner en ejecución o de concretar las resoluciones adoptadas en ejercicio de las potestades públicas, esto es a los servidores públicos que no desarrollan directamente funciones de exteriorización de poderes públicos y que simplemente cumplen tareas de preparación material de labores que sólo indirectamente llevan al ejercicio de las citadas potestades.

En segundo término, el concepto de funcionario o de empleado público abarca tanto a los agentes que desempeñan cargos considerados en calidad de "permanentes" en la organización estable de un servicio como igualmente a aquellos que se consultan en calidad de "transitorios" en la organización de un servicio. En el derecho francés el Estatuto General de la Función Pública dice que funcionario es aquel que ha sido titularizado en un grado de la jerarquía en un empleo permanente de los escalafones de un servicio de la Administración Central del Estado o de los servicios descentralizados estatales. El derecho de la función pública chilena, en cambio, recubre a los funcionarios de planta, esto es, a los que desempeñan un cargo permanente dentro de la organización estable de un servicio aunque no sean titulares, esto es propietarios del empleo, sino que también a los interinos, suplentes y subrogantes y a los funcionarios que sirven un empleo o función pública transitoria, como es el caso de los funcionarios a contrata, los cuales, ciertamente, no forman parte de la jerarquía, es decir, no pueden ejercer las potestades propias del poder jerárquico, como las atribuciones de mando, normativa (sólo cuando la ley la ha otorgado expresamente al empleo), la revisora,

la de conflictos y la disciplinaria; los empleados a contrata tampoco pueden subrogar en sus funciones a un titular, interino o suplente. La Contraloría General de la República en dictámenes Nos. 53293/60, 17540/64, 16486/66, 70489/68, 73803/68 y 79767/69 ha manifestado: "que la jurisprudencia, de manera uniforme y reiterada, ha sostenido que mediante la contrata no puede desempeñarse un cargo de Jefatura, puesto que, dada la naturaleza de estos empleos directivos, no es posible suponer que sean de aquellos que se consultan en calidad de transitorios en la organización de un Servicio Público."

No todas las personas que ejercen funciones o que colaboran en las tareas de la Administración del Estado tienen la calidad jurídica de empleado público o funcionario. Hay algunos de ellos, como los Ministros de Estado, por ejemplo, en que el vínculo con el Estado es de indiscutible índole pública y las funciones que les están asignadas conllevan el ejercicio de potestades de poder público, tanto políticas como administrativas, y no obstante que detentan un poder jerárquico sobre los servicios que dependen de sus respectivas Secretarías y un poder de supervigilancia sobre el sector público personificado, debido al carácter preeminente político de sus cargos, el E.A. los excluye de la denominación de funcionario; por este motivo el inciso 2º, letra b), art. 2º, del D.F.L. 338 de 1960 expresa: "Los Ministros de Estado no quedan comprendidos en esta denominación, y no les serán aplicables las disposiciones del presente Estatuto, salvo aquellos preceptos en los cuales se les ha incluido expresamente."

Están también excluidos de la citada denominación –de empleado o funcionario público– los agentes que se desempeñan en la Administración en virtud de una contratación a honorarios. La exclusión está justificada plenamente en consideración a que el personal sólo puede ser contratado sobre la base de honorarios "cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales del Servicio" (inciso 1º, art. 8º del E.A.) Sin embargo, y sin que la norma señalada haya dejado de constituir la regla general, el art. 13 del D.L. N° 1.608, de 1976, autoriza la contratación sobre la base de honorarios de cierto número de profesionales, técnicos o expertos para la Junta de Gobierno y por cada Ministerio, para realizar labores permanentes y habituales del servicio o institución a que sean asignados. El inciso final del art. 89 del E.A. prescribe: "En ningún caso podrá entenderse que es un empleo a contrata el servicio que una persona preste a la Administración mediante el pago de un honorario, ni que ésta tiene la calidad de empleado regido por este Estatuto."

¿Cuál será el motivo que indujo al E.A. a incluir dentro del concepto de empleado público o funcionario al personal a contrata?

Esta interrogante puede plantearse desde el momento en que, lógicamente, debió haberse reservado dicha calidad para el personal que ha sido titularizado en un empleo de planta, esto es, en un cargo o función pública consultada en "calidad de permanente en la organización estable de un servicio." Dicho personal se integra en la organización jerárquica y, consecuentemente, está habilitado para ejercer en plenitud las funciones públicas inherentes al cargo que desempeña. Esta consideración hace dudar de la conveniencia de haber dado la calidad de funcionario al personal que desempeña un cargo consultado en calidad de transitorio en la organización de un servicio, cargos que pueden considerarse aun "en forma global", y cuya transitoriedad hace que dichos empleos duren "como máximo sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirven expirarán automáticamente en sus funciones en esa fecha, a menos que hubiere sido propuesta la prórroga con 30 días de anticipación" (arts. 4º y 69 del E.A.). La causa de la duración máxima fijada a los cargos a contrata se explica por la vigencia del Presupuesto General de la Nación y de los Presupuestos de los entes personificados, los cuales coinciden con el año calendario, N° 49, art. 44 de la C.P.E.; el art. 12 del D.L. N9 1.263, "Orgánico de Administración Financiera del Estado", dice: "El ejercicio presupuestario coincidirá con el año calendario"; el art. 52, del D.L. N9 1.289, "Orgánica de Municipalidades", indica: "El sistema presupuestario municipal se regirá por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado."

La explicación más probable del motivo que pueda haber decidido al E.A. para la consideración de los agentes a contrata como funcionarios se encuentra en el deseo de la Administración de poder ejercer la potestad disciplinaria sobre este personal transitorio, y asimilado a un grado sólo para los efectos del sueldo y demás remuneraciones, puesto que sin darles la calidad de funcionarios no habría podido ejercer a su respecto la citada potestad ya que no les habría afectado la responsabilidad administrativa."

c) Naturaleza jurídica relacional

[BACACORZO]³

Los tratadistas no están de acuerdo para tipificar la relación esía-do-trabajador. 7 De esta diversidad de criterios teóricos nace la objetivación de sistemas jurídicos contrapuestos, que esquematizamos así:

- Privatista: mandato, locación de servicios Coló uí facías), com-pra-venta, arriendo, sociedad, adhesión.
- Ecléctico: contrato laboral sui generís.
- Publicista: estatista, estatutario.

Sin embargo, vienen dominando aquellos que sostienen –premisa esclarecedora– que en el planteamiento del problema se ha venido confundiendo instituciones de orden político con las de esencia administrativa, enfatizándose en el Estado del pasado sin tomar conciencia de la evolución histórica del Derecho administrativo que –aunque lenta y asistemática– venía diferenciándose del Derecho Civil y dando una faz distinta al Estado. Clásica es la expresión de que se gobernaba mucho y se administraba poco, en referencia tipificante al orden de cosas anterior al Estado moderno.

Entre los grandes tratadistas del presente, parécenos que Fioríni, de la Escuela argentina y Entrena Cuesta de la española, han profundizado notablemente en estos temas, siguiendo los postulados de conocidos teóricos como Hauriou, Jéze y Duguit, de la francesa. Fuerte es también la influencia de juristas rusos como Luniev, Lazariév, fíomanov y Salischeva.

Las clases inscritas en el privatismo ya no son objeto de análisis, porque han sido descartadas todas ellas, aunque todavía queda algún elemento olvidado de contenido interesante. Lo fundamental es que todas ellas "igualan" la personalidad pública con la privada, olvidando aspectos esenciales como el de autoridad y jerarquía. Su aparición histórica se explica por la necesidad de garantizar a las personas físicas contra los excesos del absolutismo, noción que luego veremos.

En cambio, las ecJécíicas pretenden pasar como modalidad publicista, al estimar que la relación jurídica es contractual de Derecho Público. Su principal exponente es el profesor Rafael Bielsa, gran teórico de la Escuela argentina. Su enunciado se sintetiza, en que una parte –el Estado– oferta expresamente un cargo (recientemente creado o vacante) que es aceptado libremente por el candidato a ocuparlo. Hay pues, según este teórico, lo consensual como atributo de todo contrato. "De ahí, que cuando el Estado nombra el empleado, es necesario, para que la vinculación jurídica exista, que éste acepte la designación. Es pues, un

contrato de adhesión".⁸ Bielsa incurre en el error de las posturas privatistas –que él critica– de conceder equiparidad a los extremos de la relación, lo que él mismo arguye para rechazar teorías de Derecho privado.

En síntesis, el eclecticismo relacional es privatismo, aunque con el señuelo o, tal vez con el sano intento, de encontrar materia pública de sustentación, pues presienten otras razones, aunque sin captarlas.

Quedan por analizar las instituciones publicistas, que no son unívocas, desde luego. Bajo esta generalidad encontramos dos posiciones perfectamente definidas por su esencia jurídica y hasta por su sentido permanente, de eventualidad o emergencia.

Esta es la primera que aparece históricamente. De naturaleza política, imperaba en el Estado absoluto, que pretendía que el trabajador "se encontraba en un mero estado de sumisión en relación con la administración pública, la que lo designaba por un acto de poder, revocable en cualquier momento".¹⁰ Nosotros agregaremos –aprehendiendo la concepción de vida de entonces– que ese acto divino, por el cual el designado –aun para tareas pesadas o letales– por lo común se consideraba agraciado teocráticamente. Jurídicamente, es una teoría unilateral absoluta. Unilateralmente impuesta; unilateralmente, sólo derechos para el Estado y, como consecuencia, sólo deberes para el trabajador, como reconoce Bielsa.

Nadie, en el momento actual, la defiende con el contenido expuesto, pero subsiste dentro de un orden lógico-jurídico, que tendrá sin embargo que depurarse y sobre todo humanizarse. Ahora se la conoce –jurídicamente, esto es, reglada– como carga pública. En virtud de ella se justifican, por ejemplo, los impuestos y ciertas prestaciones personales absolutamente fugaces o temporarias. Entre nosotros, son la participación en actividades electorales, sanitarias, censales, etc.; como

también los servicios civil de graduados (D.L. 19326, Arts. 332-338) y el militar (D.L. 10967, Art. 39). Su sola enunciación nos hace comprender su presencia justificatoria en la actividad del Estado moderno, pues careciendo de permanencia la contribución personal no puede significar abuso ni exceso de poder ni la vejación de la personalidad humana como unidad sico-social, salvo el caso de algunos impuestos.

Finalmente, en situaciones de emergencia nacional (guerra internacional o civil, epidemias, plagas, inundaciones, terremotos, sequías, lluvias torrenciales, ciclones, etc.) el

Estado podrá hacer uso de su *imperium* y utilizar el instituto de la carga pública.

Teoría estatutaria. Segunda y última especie de las inscritas en el Derecho Público.

"La vieja doctrina consideraba el nombramiento como acto exclusivo de autoridad –teoría estatista, como se ha visto–, y esto ha sido superado ante la vigencia de normas positivas que regulan la designación, las obligaciones, deberes, garantías del agente y el ejercicio de la potestad disciplinaria".¹²

Entonces, la estatutaria, legal o reglamentaria –como la denomina cabalmente el profesor Entrena Cuesta, de la Universidad de Barcelona–, es aquella en que la condición del trabajador está predeterminada por el Estado, sin que pueda existir la menor posibilidad de negociar sus aspectos integrativos. O sea, que dicha condición no es personal o subjetiva, sino por el contrario general y objetiva, como elemento de un complejo normativo en plena vigencia.

Hay entonces también unilateralidad, mas sólo en su puesta en vigencia legal, pero bilateralidad en cuanto se interactúan derechos y obligaciones preestablecidas para ambas partes (Estado-trabajador) y que no podrían violar el Estado o el individuo a su servicio, sin incurrir en responsabilidad. De modo, pues, que el Estado regla así –mediante norma objetiva positiva– su autolimitación y competencia, por cuya observancia debe velar el trabajador por sí o agremiado y el propio ministerio fiscal.

Complementariamente, debemos reconocer la realidad existente, pues el Estado asigna funciones y retribuciones en consideración a la naturaleza, nivel y responsabilidades del cargo en forma abstracta y no evaluando aptitudes subjetivas, pues todavía se desconoce al presunto trabajador.

De modo que, como dice Fraga y reitera Entrena Cuesta, el acto administrativo de nombramiento no puede tener carácter de aceptación de un contrato, sino que será un acto condición por el que el agrado ingresa a la situación con sólo expresar su conformidad, sea expresa o tácita asumiendo la función".

d) Funcionario en sentido estricto

[MATAMOROS CARVAJAL]⁴

“Desde un punto de vista restringido, funcionario público y empleado público es toda persona que: realice o contribuya a que se realicen funciones esenciales y específicas propias de la Administración Pública, considerada ésta en sentido substancial, material u objetivo. Por tanto, en el concepto de funcionario o empleado públicos quedan incluidas todas las personas que contribuyan a que se realicen funciones “administrativas”, propiamente dichas, por cualquiera de los tres órganos esenciales del Estado”.

Según esa posición, se restringe el concepto de funcionario público desde un punto de vista del órgano en el cual se presta el servicio, de manera que sólo cabe designar como tal a quien labora para el Estado, entendido como Poder ejecutivo, Legislativo y Judicial, dejando fuera a los servidores del resto del Sector Público. A pesar de que se refiere al ejercicio de funciones administrativas, ni siquiera alcanza a la Administración Pública entendida en los términos del artículo 1 inciso 4, de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de nuestro país.”

e) La relación entre el funcionario y la administración

[MURILLO ARIAS]⁵

“Existe “relación de empleo”, por otra parte, entre un servidor y la administración, cuando se dan los tres elementos clásicos de toda relación de trabajo: prestación personal de un servicio, subordinación, y salario. Esa relación es privada cuando es contractual, y se rige en tal caso normalmente por el Código de Trabajo. Es pública en cambio cuando es “estatutaria”, situación en que rige la correspondiente ley especial.

Conforme al art. 112.1 de la Ley N°6227, “El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos”. Con ello se produce una generalización del régimen de empleo en el Sector público es de naturaleza administrativa, o sea pública.

Podría cuestionarse la conveniencia de esta “publicación”. Baste

pensar, por ejemplo, que los colegios profesionales (y hasta las asociaciones de desarrollo comunal, entes públicos también), se regirán en adelante por el Derecho administrativo, en vez de por el Código de Trabajo, medida cuya bondad deja muchas dudas."

f) Funcionarios y servidores que sirven "cargos de confianza".

[CASCANTE CASTILLO]⁶

"De conformidad con lo establecido en el artículo 140, inciso 1), en concordancia con los numerales 191 y 192 de la Constitución Política, son funcionarios y servidores que ejercen cargos de confianza, los contemplados en los numerales 3, inciso c), 4,5 incisos a), b) c) y j) y 6 del Estatuto de Servicio Civil.

Es evidente que, en tesis de principio, todos los servidores, empleados o funcionarios públicos deben gozar de la "confianza" de sus superiores; pues, en caso contrario, no se contratarían sus servicios, no permanecerían en sus puestos, o al menos la permanencia en sus cargos se haría muy difícil. Pero no es a ese tipo de confianza al que se hace referencia aquí.

Si se observa con algún detenimiento, puede llegarse a la conclusión de que existen dos tipos de empleados o servidores de confianza: unos que podrían denominarse de "confianza política", o mejor dicho, con "identificación política" con el Gobierno de turno (principalmente Poder Ejecutivo), quienes generalmente ocupan cargos o puestos de alto nivel en las instituciones y órganos públicos; y otros que ocupan puestos que aunque no necesariamente requieren "confianza política", a esos cargos se les ha de denominar así en virtud de la jerarquía, o bien de su cercanía a las personas que encarnan los órganos públicos, es decir a los "funcionarios públicos".

g) Distintas clases de funcionarios

[CANASI]⁷

"a) Electivos, designados por elección popular: presidente de la Nación, vicepresidente de la Nación, senadores y diputados nacionales; gobernadores, vicegobernadores, senadores y diputados provinciales; intendentes (con algunas excepciones) y concejales municipales.

b) Designados por nombramiento de autoridad competente, en forma directa por el poder ejecutivo, o con acuerdo del Senado. (En el primer caso tenemos a los funcionarios y empleados mencionados en el art. 86, inc. 10, de la Constitución nacional, al decir "y por sí solo nombra y remueve los ministros del despacho, los oficiales de sus secretarías, los agentes consulares y demás empleados de la administración, cuyo nombramiento no está reglado de otra manera por esta Constitución". A ellos deben agregarse los secretarios de Estado, subsecretarios de ministerios o secretarías de Estado, los comandantes en jefe, contemplados en las leyes orgánicas de ministerios y secretarías de Estado números 16.956 y 17.271, de competencias para secretarías de Estado y comandantes en jefe, a su vez reformadas por las 18.416 y 18.417, actual orgánica de ministerios, y 18.713, que deroga los arts. 1, 2, 7, 9 y 13.

c) También son designados por nombramiento del poder ejecutivo nacional, pero con acuerdo del Senado de la Nación, los mencionados en el comienzo del art. 86, inc. 10, de la Constitución nacional, cuando dice: "Nombra y remueve a los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios (debe incluirse también a los embajadores), con acuerdo del Senado". Lo mismo en el inc. 5, respecto de los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores. Por el inc. 16 provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores del ejército y armada (es decir, a partir del grado de coronel o de capitán de navío) lo mismo en la aeronáutica militar. Pero por sí solo el P.E. nombra en el campo de batalla. En consecuencia, todos los grados inferiores a los indicados los nombra sin acuerdo del Senado de la Nación.

d) En cuanto a los obispos para iglesias catedrales, según el inc. 8, el poder ejecutivo ejerce los derechos del patronato en la presentación de ellos, a propuesta en terna por el Senado. Pero esta forma de designación aparece modificada por la ley 17.032, del 23/11/63, que aprueba el acuerdo del gobierno argentino con la Santa Sede del mismo año, por el cual pasa a ésta la jurisdicción respecto a dicho patronato.

e) En cuanto a los funcionarios de entidades autárquicas nacionales, son designados conforme a lo dispuesto por las

respectivas leyes orgánicas, lo mismo que los empleados, aun cuando respecto de esta designación sería jurídicamente un cercenamiento a la potestad del poder ejecutivo nacional, como lo había destacado el art. 123 de la anterior ley 12.961, orgánica de contabilidad y organización de la Contaduría General de la Nación, del año 1968, en su art. 123, que reivindicaba para el presidente de la Nación esa atribución que surge del art. 86, inc. 10, de la Constitución nacional. Es indudable que una norma constitucional no puede modificarse por ley del Congreso, como son todas las leyes que crean entidades autárquicas, sino por otra norma constitucional.

f) Según la entidad pública de que forman parte, los funcionarios y empleados públicos se dividen en nacionales, provinciales y municipales, y en cuanto a los de las entidades autárquicas, su denominación coincide con la de las respectivas entidades con base territorial a que pertenecen ellas. Así, los agentes de Obras Sanitarias de la Nación, Universidad Nacional de Buenos Aires, Banco Hipotecario Nacional Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Banco de la Nación Argentina, Ferrocarriles Nacionales, etc., son funcionarios o empleados nacionales, y así también respectivamente los provinciales y municipales, aunque para estos últimos, como ya vimos, rige delegación legal legislativa.

g) También se suele clasificar a los funcionarios y empleados como de autoridad y de gestión o meros agentes, según su competencia y extensión de sus atribuciones. Así, entre los primeros tenemos aquellos con facultad de decidir, mandar o hacer cumplir sus órdenes: v.gr., presidente de la Nación, gobernadores provinciales, intendentes, jefes de policía, y entre los segundos, los empleados o meros agentes, que según el sentido etimológico del vocablo "agere", son los auxiliares dependientes de los anteriores que hacen cumplir sus órdenes. Pero la expresión "agentes públicos" es el género en sentido amplio, y "autoridades" es la especie.

h) Según la estabilidad en la función y empleo públicos, los funcionarios se dividen en "amovibles" e "inamovibles". Los primeros estarían comprendidos entre los que el poder ejecutivo nombra y remueve por sí mismo, pero hoy tal estabilidad se halla protegida por el art. 14 bis de la Constitución nacional, y por la serie de estatutos de los funcionarios y empleados públicos, que comienzan con el 6666/57, y que introducen, como veremos, un régimen de estabilidad protectora de los derechos al empleo, a la carrera y a no ser removidos si (no por causas justificadas. Por ello, la ley 17.343, sobre prescindibilidad, es a nuestro juicio inconstitucional, según lo hemos tratado en el estudio corriente en "Selecciones Municipales", n° 3, de agosto de 1969, ps. 41 a

51, con el título de Racionalización administrativa.

Todos estos cargos de la administración pública están Protegidos por los recursos jurisdiccionales contenciosoadministrativos a que se refieren los estatutos mencionados, así como también, en su caso, por la acción de amparo, establecida por la ley 16.986. De manera que todo agente confirmado en su cargo, conforme a los estatutos respectivos, queda protegido en su estabilidad o permanencia mientras dure su conducta y dedicación al cargo. Es, además de un justo ejecutivo derecho, una forma de terminar de una vez con el caciquismo político, que como muy bien decía el diputado Lowell en Inglaterra, fue la causa que tuvo retrasada a la administración pública inglesa durante más de cien años.

Los funcionarios "inamovibles" tienen la permanencia desde el período de su designación, ya sea constitucional o legal, siendo algunos de ellos de duración sin plazo determinado, como los magistrados judiciales, que duran en sus funciones según su buena conducta, pudiendo ser removidos por causas determinadas, o por medio del juicio político ante el Senado de la Nación, o "jury" de enjuiciamiento. Hay funcionarios para cuya designación se requiere el acuerdo del Senado de la Nación, pero para su remoción basta la sola decisión del poder ejecutivo nacional; tal el caso de los embajadores, conforme a la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema nacional, aunque hayan sido anteriormente funcionarios de carrera diplomática, amparados por el respectiva escalafón, como ha ocurrido con el caso "Traverso", entre otros, pues se los considera funcionarios dependientes directos del poder ejecutivo."

h) Funcionarios de Carrera

La carrera profesional

[MATAMOROS CARVAJAL]⁸

"La carrera profesional consiste en un incentivo económico que se otorga a los profesionales de la Institución, con base en sus grados académicos, experiencia profesional, publicaciones, cursos de formación recibidos y los servicios que haya prestado como

instructor en actividades de entrenamiento que desarrolle la Contraloría, así como el grado de responsabilidad que tenga en el cumplimiento de funciones de fiscalización superior constitucional.

Esta compensación también se limita a quienes tienen un grado académico profesional y ocupan un puesto que no tiene como requisito el ser profesional para desempeñarlo

Los objetivos básicos que se persiguen con esta compensación son:

a) Reconocer por medio de un estímulo económico, la superación académica y laboral de los funcionarios de nivel profesional, a fin de que puedan ofrecer un mejor servicio a la Administración Pública.

b) Coadyuvar en el reclutamiento y retención en el desempeño de la función pública de los funcionarios de nivel profesional mejor calificados en cada área de actividad.

Tales elementos junto con el salario base vienen a definir el contenido del salario del funcionario público en nuestro país, donde las compensaciones económicas adicionales se determinan normalmente como porcentajes del salario base."

i) Funcionarios regulares e interinos

[CÓRDOBA ORTEGA]⁹

"Se entiende que es funcionario regular aquel que ha cumplido con los requisitos establecidos en la Constitución Política y en la normativa administrativa para su respectivo nombramiento, derivando de él su idoneidad comprobada y consecuentemente su estabilidad laboral, así como otra serie de derechos y obligaciones en los cuales está inmerso al incorporarse a la función pública.

En términos generales, el funcionario interino es aquel que ocupa un cargo en forma temporal, debido a que su titular se encuentra en una situación permitida por el ordenamiento jurídico para

dispensar sus servicios durante un plazo determinado; por ejemplo, cuando goza de una licencia para estudio, trabajo u otros requerimientos, por enfermedad y otros.

Sobre esta materia, la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil, indica: «Para empezar, diremos que nuestra legislación estatutaria distingue entre dos tipos de servidores: los regulares y los interinos. El servidor regular (de iure o de carrera) se caracteriza por la forma de ingresar a la función pública, en donde debe primero satisfacer los pasos legales señalados por el artículo 20 y 30 del Estatuto del Servicio Civil, por lo que el artículo 3 inciso h), del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil lo define como: (...)el trabajador nombrado de acuerdo con las disposiciones del Estatuto de Servicio Civil y que ha cumplido con el período de prueba(...).»

En el mismo sentido, este pronunciamiento de la Dirección General de Servicio Civil, define el concepto de servidor interino: «(...)es aquel que posee una designación temporal mientras se nombra a un titular o en el tanto dura la ausencia de un titular del cargo. Efectivamente en la legislación costarricense se contrata servidores interinos en dos situaciones: 1- Cuando existe una plaza vacante mientras se realiza el respectivo concurso para llenarla (interino en plaza vacante), según las previsiones del artículo 26 párrafo segundo del Estatuto de Servicio Civil y el numeral 12 de su Reglamento. 2- Cuando se reemplaza a un servidor regular por motivo de licencia, enfermedad, riesgo profesional u otra causa de suspensión de la relación de servicio (interino sustituto), en cuyo caso la duración del contrato queda ligado a la causa de la sustitución (cfr. Artículo 10 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Así pues, tenemos que los nombramientos interinos son la excepción y no la regla, pudiendo efectuarse en casos bien delimitados y precisos. »

De igual forma, la Sala Constitucional ha establecido una vasta jurisprudencia en materia de interinatos. Señala que este tipo de servidores no gozan del derecho de inamovilidad del cargo que tienen los funcionarios regulares, pero sí se les reconoce el derecho a la estabilidad laboral, según el artículo 192 de la Carta Magna. Al respecto, la Sala indica: «Los empleados públicos adscritos al Régimen de Servicio Civil gozan de lo que la doctrina Constitucional ha dado en llamar estabilidad propia, lo que implica que la separación de este personal además de ser procedente únicamente por las causas expresamente previstas, debe hacerse por el procedimiento que al efecto dispone el Estatuto de Servicio Civil y su correspondiente reglamento(...).»

En este sentido, la Sala ha reiterado que la permanencia en el

puesto no significa la obtención de la propiedad de éste, pues el funcionario deberá comprobar su idoneidad mediante una serie de pruebas establecidas en el Estatuto y ejecutadas por la Dirección General del Servicio Civil. Para que se le otorgue la propiedad a un funcionario, deberá participar en un concurso en el que haya amplia participación de todos aquellos que cumplen los requisitos, con el fin de que en igualdad de condiciones se escoja al más idóneo para ocupar el cargo, cumpliendo así con la normativa existente en esta materia.

El tema de los interinos y su nombramiento temporal en un puesto ha sido uno de los puntos de mayor trascendencia que ha abordado la Sala en el nivel del ordenamiento jurídico administrativo, pues durante mucho tiempo la Administración Pública ha hecho nombramientos por lapsos definidos o indefinidos para sustituir temporalmente a su titular por diversas razones (incapacidades, permisos, etc). A pesar de ello, la Sala reiteradamente ha señalado que el transcurso del tiempo no constituye un derecho adquirido en favor del servidor. Al respecto, afirma: «La circunstancia de que al recurrente se le hubiese nombrado interinamente y por un determinado plazo, para desempeñar el cargo que le interesa, no tiene la virtud de constituir derecho adquirido alguno a su favor que obligue a la administración a nombrarlo en propiedad en esa plaza, toda vez que el derecho a ocupar un cargo público no se adquiere con el simple transcurso del tiempo o por haber ocupado otras similares por cierto período, sino por tener la idoneidad comprobada para desempeñarlo conforme a lo dispuesto por el artículo 192 Constitucional. De tal modo que, a lo más que tiene derecho el recurrente, es a que se le tome en cuenta para participar, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, en los concursos convocados para llenar la plaza que le interesa, claro está, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para ello y cuente con la condición de elegible -situación que no aclara ni reclama con el recurso.»

Pese a lo anterior, la Administración Pública intempestivamente no podría sustituir un interino por otro, pues violaría los derechos del primero. Obligatoriamente deberá acudir a un procedimiento de concurso para que se dé la sustitución o el nombramiento definitivo. Sobre este punto, la Sala ha indicado lo siguiente: «Sin embargo, cabe advertir que la Administración recurrida que el recurrente sólo podrá ser separado de su cargo, como se explicó, cuando medie concurso legalmente convocado para nombrar en propiedad a su sustituto y con observancia de la legislación aplicable, pues prescindir de sus servicios para sustituirlo por otro interino, implica una fragante violación a su estabilidad laboral consagrada en el artículo 192 constitucional(...).»

Así, el servidor interino sólo tiene derecho a que se le tome en cuenta para participar en los concursos convocados para llenar la plaza, siempre que cumpla con los requerimientos exigidos y obtenga la condición de elegible. Todo deberá efectuarse dentro del marco legal y reglamentario que rige la materia.

En el Voto No. 6671-94 de las 11:21 horas del 11 de noviembre de 1994, la Sala indica lo siguiente respecto del plazo de duración de los interinos en los puestos: «la prolongación indefinida de interinatos por parte de la Administración constituye una actuación de mala fe por parte de ésta, mediante la cual por omisión de la propia Administración y sin que medie ninguna responsabilidad atribuible al servidor, se le causa a este último en su condición de trabajador del Estado una situación de indefensión y atropello a su derecho fundamental al empleo.»

Régimen jurídico aplicable

La teoría general de la función pública distingue entre el empleo en el ámbito público y el empleo público propiamente. El régimen de empleo en el sector público puede ser de naturaleza pública o privada (entes descentralizados, por ejemplo), y existirá un régimen de empleo público cuando la normativa que es aplicable sea únicamente de naturaleza pública. Además, existirá un régimen de empleo privado o contractual en el sector público cuando la normativa aplicable sea privada. Aspecto fundamental en esta materia es que la naturaleza pública del ente determinará el régimen jurídico de empleo que se dará, salvo dos excepciones: en el caso de los entes públicos no estatales y cuando la ley así lo diga.

Las características propias del régimen de empleo público son: indisponibilidad de las partes del término de la relación e imposibilidad de convenir entre sí los servidores y el Estado las condiciones de ésta.

Sobre la interpretación que le ha dado la Sala Constitucional al concepto de empleado público y a la naturaleza de su régimen, el Dr. Murillo señala: « (...) la Sala concluye que no hay duda de que se prescribió un régimen de empleo distinto del laboral privado. Este régimen, por tradición del sistema en el que usualmente nos informamos, y por las características propias del sector público, solo podía ser público, de naturaleza administrativa(...) lo que interesa es el principio de régimen ius publicístico, plasmable en uno so/o o en varios "estatutos» y vigente incluso aunque no exista (todavía, para algunos casos) -estatuto- alguno.»

En este punto se está de acuerdo con la interpretación de los votos de la Sala que realiza el Dr. Murillo, pues el Sector Público debe estar inmerso en un régimen ius publicístico, pero ello no es obstáculo para aplicar una serie de principios generales que se derivan del derecho fundamental al trabajo, los cuales deben ser extendidos al funcionario público, ya que constituyen derechos intrínsecos que obligatoriamente son respetados por su origen y naturaleza, independientemente del régimen jurídico laboral aplicable.

Respecto de este mismo punto, después de realizar un estudio sobre algunas de las resoluciones de la Sala Constitucional de los años 1992, 1993 y 1994, se considera que se mantiene una relación directa entre el derecho administrativo y el derecho laboral en cuanto a los principios generales que los rigen. Al respecto, el Tribunal Constitucional costarricense manifiesta: «(...)la intención del constituyente fue la de crear un régimen laboral administrativo, pues de la lectura de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente se distingue, con claridad, la figura del empleado público del privado; también ha reconocido, que lo dispuesto en 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. Dicho régimen de empleo público implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no sólo distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a éstos(...) las relaciones laborales existentes entre el Estado y sus servidores deben concebirse como un todo, regulado por principios, disposiciones y políticas generales, sin distinción, salvo las excepciones expresamente contempladas por la ley, respecto de los centros funcionales de los que dependen aquellos servidores.»

En esta materia, la doctrina del derecho administrativo distingue dos teorías predominantes que asimilan las relaciones entre el Estado y sus servidores: una de naturaleza laboral y la otra conformadora del derecho administrativo. En relación con el primer criterio, Martínez Morales afirma: «La posición que engloba a estas teorías es la más aceptada; en términos generales, sostiene el carácter de laboral de la relación existente entre el Estado y sus trabajadores, en virtud de observarse en ella las características típicas de dirección, dependencia y salario propias del derecho del trabajo.» Respecto del segundo criterio, el mismo autor señala: «Esta posición tiene su origen en el hecho de que la relación del Estado y los servidores públicos surge con motivo de un acto administrativo, como es el nombramiento, consistente éste en la expresión unilateral de la potestad

soberana de aquel, con objeto de asignar una función pública a /apersona que considera idónea para su desempeño.»

Finalmente, en relación con el régimen de empleo en las instituciones autónomas, el Dr. Hernández Valle analiza una resolución de la Sala Constitucional costarricense, e indica: «El artículo de la Constitución consagra un régimen estatutario para los servidores públicos. Por definición, un régimen estatutario se rige por el Derecho Administrativo, lo que impide, consecuentemente, que se puedan negociar convenciones colectivas, que se produzcan conflictos económico-sociales que sean resueltos mediante laudos por los tribunales de trabajo, etc. El contenido de la relación estatutaria, a diferencia del Derecho Laboral, es simultáneamente un máximo y un mínimo, por lo que los derechos y las obligaciones de los servidores cobijados por él son, única y exclusivamente, los contemplados en el respectivo Estatuto, sin que puedan aumentarse mediante acuerdos particulares o colectivos. La duda en cuanto a si dicho régimen es aplicable o no a las instituciones autónomas, quedó despejada con una reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional.» Esta jurisprudencia establece: «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 en la Asamblea Nacional Constituyente y recoge incipientemente la Ley General de la Administración Pública. Este régimen de empleo 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 contrapuestas a éstos» (Voto 1696 del 23/8/92).»

2 **NORMATIVA**

a) Ley General de la Administración Pública

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹⁰

CAPÍTULO PRIMERO

De los Servidores Públicos en General

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.

Artículo 112.-

1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.

2. Las relaciones de servicios 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.

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 administrativa, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.

4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos.

Artículo 113.-

1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.

Artículo 114.-

1. El servidor público será un servidor de los administrados, en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña; cada administrado deberá ser considerado en el caso individual como representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar.

2. Sin perjuicio de lo que otras leyes establezcan para el servidor, considérase, en especial, irregular desempeño de su función todo acto, hecho u omisión que por su culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados.

b) Ley de Carrera Judicial

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹¹

Artículo 66.- Habrá una carrera dentro del Poder Judicial, denominada "Carrera Judicial", con el propósito de lograr la idoneidad y el perfeccionamiento en la administración de justicia.

La carrera judicial tendrá como finalidad regular, por medio de concurso de antecedentes y de oposición, el ingreso, los traslados y los ascensos de los funcionarios que administren justicia, con excepción de los Magistrados, desde los cargos de menor rango hasta los de más alta jerarquía dentro del Poder Judicial.

Serán funcionarios de carrera aquellos que se incorporen a ella de acuerdo con lo dispuesto, al efecto, en este Capítulo. Los demás, designados en propiedad por el plazo señalado en la ley, serán funcionarios de servicio.

Artículo 67.- Podrán ingresar a la carrera judicial todos los abogados del país autorizados para el ejercicio de su profesión, que reúnan los requisitos exigidos para desempeñar el puesto que se interesen y que hayan aprobado los respectivos concursos.

Artículo 68.- La Carrera Judicial ofrecerá los siguientes derechos e incentivos:

a) Estabilidad en el puesto, sin perjuicio de lo que establezca la ley en cuanto a régimen disciplinario y de conveniencia del servicio público.

b) Ascenso a puestos de superior jerarquía, en su caso, de acuerdo con el resultado de los respectivos concursos.

c) Traslado a otros puestos de la misma categoría o inferior, a solicitud del funcionario interesado, si así lo acordare la Corte Suprema de Justicia o el Consejo Superior del Poder Judicial, en su caso.

ch) Capacitación periódica, de acuerdo con las posibilidades y los programas de la Escuela Judicial o con otras instituciones de educación, nacionales o extranjeras, si así se estimare de interés para el Poder Judicial, por decisión de los órganos

administrativos competentes.

La Escuela Judicial deberá colaborar con la carrera judicial en la medida de sus posibilidades, dictando cursos que tiendan a facilitar el ingreso a la carrera, el ascenso dentro de ella y a la especialización en diversas ramas del Derecho y en las distintas actividades judiciales.

De los nombramientos interinos

Artículo 69.- Al producirse una vacante, lo mismo que en el caso de que el titular se encuentre con licencia o suspendido en el ejercicio de sus funciones, mientras se hace el nombramiento que corresponda, se llamará al respectivo suplente funcionario judicial o se designará a alguno de los funcionarios supernumerarios, independientemente del grado que hubiesen obtenido dentro de la carrera, siempre que hubieran sido escogidos para ocupar puestos temporales en la administración de justicia. A falta de los anteriores, podrán hacerse nombramientos interinos; para ello se dará preferencia a quienes integren la lista de elegibles para la clase de puesto de que se trate o, en su defecto, para otros grados inferiores del escalafón; solamente, si no fuere posible hacerlo de ese modo, podrá designarse a otro abogado.

c) Estatuto del Servicio Civil

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹²

De la Carrera Administrativa.

1. Disposiciones Generales.

Artículo 1.-

Este Estatuto y sus Reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y proteger a dichos servidores.

Artículo 2.-

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

Artículo 3.-

No se considerarán incluidos en este Estatuto:

- a) Los funcionarios de elección popular;
- b) Los miembros de la fuerza pública, o sea aquellos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia y de Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y
- c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros.

(Reformado por Ley No. 1918 de 5 de agosto de 1955).

Artículo 4.- (*)

Se considerará que sirven cargos de confianza:

- a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal;
- b) El Procurador General de la República;
- c) Los Gobernadores de Provincia;
- d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República;
- e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros; y
- f) Los servidores directamente subordinados a los Ministros y Viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la

Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.

g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico.

TRANSITORIO

Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Leyes Nos. 1918 de 5 de agosto de 1955 y 6440 de 16 de mayo de 1980.

(*) El inciso g) y el transitorio del presente artículo han sido adicionados mediante Ley No. 7767 de 24 de abril de 1998. Alcance 13 a LG# 91 de 13 de mayo de 1998.

Artículo 5.- (*)

Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados:

- a) El Tesorero Nacional;
- b) El Subtesorero Nacional;
- c) El Jefe de la Oficina de Presupuesto;
- d) Los servidores pagados por servicios o fondos especiales de la relación de puestos de la Ley de Presupuesto, contratados para obra determinada;
- e) Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos de virtud de contrato especial;
- f) Los que reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación;

- g) Los médicos que presten el servicio social de que habla el artículo 66 del Código Sanitario;
- h) Los maestros de enseñanza primaria aspirantes (artículo 101 del Código de Educación) y los profesores de segunda enseñanza interinos o aspirantes (artículo 280 del Código de Educación);
- i) El Inspector General e Inspectores Provinciales de Autoridad y Comunicaciones; y
- j) El Director de Migración, el Jefe del Departamento de Extranjeros y el Director Administrativo del Consejo Superior del Tránsito.
- k) Los funcionarios de la Comisión Nacional de prevención de riesgos y atención de emergencias, sujetos al párrafo 2 del artículo 18 de su ley.
- l) Los auditores y subauditores internos de los ministerios y organismos adscritos. (*)

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante leyes Nos. 1918 del 5 de agosto de 1955, 2716 de 21 de enero de 1961, 3451 de 5 de noviembre de 1964 y 6440 de 16 de mayo de 1980.

(*) El inciso k) del presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 7914 de 28 de setiembre de 1999. Alcance No. 78 a LG# 199 de 13 de octubre de 1999.

(*) El inciso l) del presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 8292 de 18 de julio del 2002. LG#169 de 4 de setiembre del 2002

Artículo 6.-

Habrá un Servicio sin Oposición, incluido en el Régimen de Servicio Civil, con las dos siguientes excepciones a las disposiciones de este Estatuto:

- 1) Para el ingreso al Servicio sin Oposición bastará que el candidato escogido por el Ministro llene los requisitos mínimos para la comprobación de su idoneidad, según lo establecerá en detalle el Reglamento; y
- 2) Quienes estén en el Servicio sin Oposición no gozarán del derecho de inamovilidad que confieren los artículos 37, inciso a), y 43 de este Estatuto.

Estarán comprendidos en el Servicio sin Oposición los siguientes servidores:

- a) Los subalternos de los Jefes de misiones diplomáticas;
- b) Los Cónsules y demás funcionarios y empleados de oficinas consulares;
- c) Los Secretarios de las Gobernaciones, de las Jefaturas Políticas y de las Agencias Principales de Policía;
- d) El personal de la Presidencia de la República que no esté subordinado directamente al Presidente; y
- e) El personal de la Comandancia en Jefe que no estuviere de alta en el servicio activo de las armas.

(Reformado por ley No. 1918 de 5 de agosto de 1955).

3 JURISPRUDENCIA

a) La contratación de funcionarios por una labor determinada por la administración Pública

[SALA SEGUNDA]¹³

Exp: 02-001693-0166-LA

Res: 2006-00218

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del siete de abril del dos mil seis.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, por LUIS FELIPE PEÑARANDA CHAVES, casado, técnico de mantenimiento uno y vecino de Heredia contra la CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL representada por su apoderada general judicial la licenciada Mariana Ovares Aguilar, soltera, abogada y vecina de San José. Ambos mayores.

RESULTANDO:

1.- El actor, en escrito de demanda de fecha diecinueve de junio del dos mil dos promovió la presente acción para que en sentencia se condene a la accionada al pago de los aumentos anuales del 29

de enero de 1993 al 27 de setiembre del 2001, aguinaldo y vacaciones del período antes mencionado, intereses y ambas costas del proceso.

2.- La apoderada general judicial de la demandada, contestó la acción en los términos que indica en el memorial de fecha once de octubre del dos mil dos, y opuso las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pago.

3.- La jueza, licenciada Karla Gabriela Montiel Chan, por sentencia de las quince horas del veinticinco de mayo del año próximo pasado, dispuso: "En virtud de lo expuesto, se rechaza la excepción de falta de derecho, falta de legitimación activa y pago. Se declara con lugar la demanda interpuesta por LUIS FELIPE PEÑARANDA CHAVES contra la CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL. Se condena a la parte demandada al pago de la totalidad de los aumentos anuales, adquiridos producto de los períodos laborados desde el 29 de enero de 1993 hasta el 21 de agosto de 1993 y desde 2 de mayo de 1995 hasta el 27 de setiembre del 2001. De igual manera, se condena al pago de las diferencias por concepto de aguinaldo y vacaciones canceladas, producto del reconocimiento de los aumentos anuales, por los períodos laborados desde 29 de enero de 1993 hasta el 21 de agosto de 1993 y desde 2 de mayo de 1995 hasta 27 de setiembre del 2001. Se condena a la parte demandada, sobre la totalidad de las sumas adeudadas, al pago de intereses legales, conforme a las prescripciones del artículo 1163 del Código Civil, desde el veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres y hasta el efectivo pago. Se condena a la parte demandada, vencida en este proceso, al pago de las costas personales y procesales, fijándose las primeras el quince por ciento del total de la condenatoria. Acuda directamente a la parte actora ante la demandada para la efectiva cancelación de los extremos aquí concedidos, sin perjuicio de que, en caso de fracasar la gestión se remita a la etapa de ejecución de sentencia en esta sede judicial. Se advierte a las partes que, esta sentencia admite el recurso de apelación, el cual deberá interponerse ante este Juzgado en el término de tres días. En ese mismo plazo y ante este órgano jurisdiccional también se deberán exponer, en forma verbal o escrita, los motivos de hecho o de derecho en que la parte recurrente apoya su inconformidad; bajo el apercibimiento de declarar inatendible el recurso (artículos 500 y 501 incisos c) y d) del Código de Trabajo); votos de la Sala Constitucional números 798, de las 16:21 horas, del 11 de agosto de 1998 y 1306 de las 16:27 horas del 23 de febrero de 1999 y voto de la Sala Segunda número 386, de las 14:20 horas, del 10 de diciembre de 1999)".

4.- La parte demandada apeló y el Tribunal de Trabajo, Sección

Tercera del Segundo Circuito Judicial de San José, integrado por las licenciadas Lorena Esquivel Agüero, María Enilda Alvarado Rodríguez y Eugenie Salas Chavarría, por sentencia de las ocho horas treinta minutos del trece de octubre del dos mil cinco, resolvió: "No existen en autos vicios que puedan causar nulidad. Se confirma la sentencia recurrida en lo que fue motivo del recurso".

5.- La parte demandada formula recurso, para ante esta Sala, en memorial de data veintidós de noviembre del dos mil cinco, el cual se fundamenta en las razones que de seguido se dirán en la parte considerativa.

6.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Vega Robert; y,

CONSIDERANDO:

I.- La institución demandada impugna la sentencia N° 365, dictada a las 8:30 horas del 13 de octubre del 2005, por la Sección Tercera del Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José. Ante la Sala, la representante de la entidad accionada muestra disconformidad con lo decidido por el ad-quem, solicitando se case la sentencia que se impugna y se declare sin lugar en todos sus extremos la presente demanda y demás rebajos de ley. Reprocha que el Ad Quem concluyera que el actor tiene derecho al pago de anualidades, al considerar que tiene la condición de funcionario público, desde el 29 de enero de 1993, independientemente de las condiciones de ingreso (contrato por obra determinado), con lo cual retrotrae los beneficios de servidor público a una fecha donde el actor no tenía esa condición. Señala que es incorrecta la apreciación del Juzgado y del Tribunal pues la condición de funcionario público se adquiere con la investidura del cargo y el ejercicio de las funciones públicas, según lo establece el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, razón por la cual las condiciones de ingreso son un requisito indispensable que debe valorarse. Señala que se deben diferenciar dos momentos históricos en cuanto a la contratación de los servicios del actor. El primero, que va desde el 18 de marzo de 1991 hasta el 21 de agosto de 1993 y del 2 de mayo de 1995 hasta la actualidad, en que laboró para la Caja con base en contratos por obra determinada, sin que pudiera identificarse como funcionario interino o en propiedad por carecer

de tal nombramiento. Señala, además, que las funciones realizadas bajo la observación del Departamento de Mantenimiento de Oficinas Centrales, tampoco representan gestiones de la función pública en sentido estricto, de ahí que resulta contrario a derecho el reconocimiento de las anualidades en este período y no se justifica con el nombramiento en propiedad que se le concedió al actor en años posteriores. Además, que el reconocimiento injustificado de las anualidades por el período señalado, afecta directamente los fondos públicos que administra la Caja. Agrega que el segundo momento, es a partir de que se nombra en propiedad al actor, siendo que de ahí en adelante la Caja ha reconocido y pagado las anualidades del actor, sin embargo el nombramiento en propiedad no puede retrotraerse en el tiempo para beneficiar en el pago de las anualidades al actor, ya que ello va contra el bloque de legalidad al ordenar a la Administración realizar actos no autorizados por ley, como lo sería reconocer la investidura y la función pública de un trabajador que no los tiene, y disponer injustificadamente de los fondos públicos que administra. Señala, por otro lado, que existe un error administrativo que no genera derecho en el reconocimiento de las diferencias de antigüedad a favor del actor, a partir del 27 de setiembre de 2001, realizado con base en una incorrecta interpretación del acuerdo de Junta Directiva de la Caja dispuesto en el artículo 16, de la Sesión 6700 del 11 de febrero de 1993, que en lo que interesa disponía que: "(...)a los trabajadores de la Caja nombrados en propiedad o interinos, se les reconocerá para efectos de los aumentos anuales y antigüedad, todo el tiempo de servicio prestado a la Caja o en otras entidades del Sector Público", siendo claro que tal acuerdo no aplicaba en el caso del actor para el período del 29 de enero de 1993 al 21 de agosto de 1993 y del 2 de mayo de 1995 al 27 de setiembre de 2001, en que laboró para la Caja con contratos por obra determinada. Señala, adicionalmente, que el reconocimiento de anualidades en el Derecho Estatutario de la función pública que rige bajo los Principios Constitucionales del Servicio Civil aplicables a las reclamaciones de empleo público en la Administración Central y en las Administraciones Desconcentradas impone el deber de reconocer el derecho de pago de anualidades a todos aquellos funcionarios que con anterioridad al momento presente hayan servido al Estado bajo relación laboral. Y que de lo indicado se infiere que por el tiempo en que se haya desarrollado alguna actividad a favor de la Administración, bajo la modalidad de un contrato por obra determinada no podrá reconocerse anualidad alguna, toda vez que los contratos por obra determinada no le confieren la calidad de servidor o funcionario público al contratista que desarrolle algún tipo de actividad por obra determinada, ello por cuanto en el contrato por obra

determinada la relación jurídica que se verifica carece de elementos indispensables en el derecho estatutario de la función pública, tales como: sometimiento a jerarquía (habida cuenta que el contratista para el desarrollo de su labor debe observar directrices o pautas generales, pero no está sometido al deber de obediencia que impone la estructura orgánica jerarquizada de la Administración -no tiene el deber de obedecer órdenes del jefe de la institución-), horario (el contratista no está sometido a un horario o jornada específica de días u horas para que desarrolle su labor, sino que podrá desarrollar la actividad controlada cuando a bien lo tenga, debiendo eso sí cumplir con la realización de la prestación pactada) e investidura (como rasgo distintivo, exclusivo y esencial de la relación de servicio civil o empleo público constitucionalmente impuesto a todas las instituciones públicas, la investidura proporciona un criterio especializado, definitivo y concluyente en el Derecho Estatutario de la función pública para determinar si una persona es o no servidor o empleado público; esto porque la investidura importa la concesión de la facultad jurídica de ostentar una autoridad del poder de gobierno para realizar labores que satisfagan plenamente el interés público para el cumplimiento de la actividad o servicio público encomendado a la Administración. Y que precisamente el contratista no posee la investidura de autoridad y bajo tales circunstancias, de conformidad con el bloque de legalidad que rige todo el derecho administrativo es absolutamente imposible calificar al contratista de un contrato por obra determinada como servidor o empleado público). Dice que, por lo expuesto, siendo que solo el tiempo anterior servido bajo relación de empleo público puede reputarse como anualidad y siendo que el tiempo en que el actor realizó actividades a favor de la administración como contratista de un contrato por obra determinada y que tal tiempo no es susceptible de ser calificado ni mucho menos reconocido como anualidad, es que deviene absolutamente improcedente conceder la pretensión que en este sentido plantea el actor, por lo que solicita declarar sin lugar la demanda, como en derecho corresponde y según lo establecido en el artículo 16 de la Normativa de Relaciones Laborales de la Caja que reconoce el pago de la antigüedad, únicamente a quien ostente la condición de trabajador, es decir que exista relación laboral de empleo público. INTERESES: Señala que al no deberse ninguna suma por concepto de mensualidades, consecuentemente no se adeuda suma alguna por concepto de intereses, al seguir éstos la suerte del principal. COSTAS: solicita la condenatoria en costas a cargo del actor, de conformidad con los artículos 494 del Código de Trabajo y 221 del Procesal Civil (folios 89-92).

II-. El señor Peñaranda Chaves manifestó: 1º.-Que labora para la Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.) desde el 29 de enero de 1993, desempeñándose en la actualidad como Técnico de Mantenimiento, percibiendo un salario promedio mensual de ₡120.000.00. 2º.- Que a pesar de que su relación laboral ha sido continua, antes del 27 de setiembre de 2001, no se le reconocía suma alguna por concepto de aumentos anuales, conforme con lo dispuesto por los artículos 4 y 12 inciso d) de la Ley de Salarios de la Administración Pública. 3º.- Que dicha situación le genera perjuicio económico por lo que debe ser puesta a derecho. Por eso, solicitó que se condene a la entidad accionada a pagarle la totalidad de aumentos anuales que le corresponden desde el 29 de enero de 1993 al 27 de setiembre de 2001 y las diferencias suscitadas en los montos por vacaciones y aguinaldos, en ese mismo período; así como los intereses legales sobre las sumas adeudadas desde el 29 de enero de 1993 hasta su efectivo pago y ambas costas (folios 1 y 2). La demanda fue contestada en términos negativos, oponiéndose las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y la de pago, señalando la accionada que: 1º.- Es cierto que el actor inició a laborar en la Caja el 29 de enero de 1993 y que actualmente se desempeña como técnico en mantenimiento, pero que no es cierto en cuanto a su salario, pues actualmente percibe la cantidad de ₡144.456,00, por mes, en donde se incluye el rubro por anualidades. 2º.- Rechazó por inexacto el hecho segundo. 3º.- Y el tercero lo rechazó por no constituir un hecho. Argumentó, en su defensa, que si bien la Caja es una institución pública regida por el Derecho Público, no todos sus empleados son servidores públicos pues la misma ley la autoriza a realizar contrataciones de índole laboral reguladas por el Derecho de Trabajo, al tenor de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP), el cual transcribe; y en ese sentido, el artículo 111, punto 3, establece: "3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.". En virtud de lo cual, dice, la relación existente entre el actor y la Caja es de naturaleza laboral y regida por el Código de Trabajo, específicamente por el artículo primero de la Normativa de Relaciones Laborales de la Institución, el cual transcribe en lo conducente. Que en virtud de la existencia de un contrato por obra determinada entre las partes, los mismos considerados como "Trabajadores No Permanentes". Que la naturaleza de esa relación es propia del derecho laboral y no del derecho público, por lo cual la Caja está imposibilitada legalmente a otorgar las sumas reclamadas. Que el régimen aplicable es de Derecho Laboral y no estatutario, el cual aplica única y exclusivamente a los

funcionarios públicos. Finalmente dijo que, el actor sí está percibiendo las anualidades, ya que la misma Junta Directiva acordó reconocer su pago como parte de su remuneración. (folios 15-16) El Juez de primera instancia acogió la demanda, condenando a la institución accionada a cancelarle al actor la totalidad de los aumentos anuales, adquiridos producto de los períodos laborados desde el 29 de enero de 1993 hasta el 21 de agosto de 1993 y desde el 2 de mayo de 1995 hasta 27 de setiembre del 2001, así como las diferencias por concepto de aguinaldo y vacaciones canceladas, producto del reconocimiento de los aumentos anuales, por los períodos laborados desde 29 de enero de 1993 hasta el 21 de agosto de 1993 y desde el 2 de mayo de 1995 hasta el 27 de setiembre del 2001; más los respectivos intereses legales desde el 29 de enero de 1993 y hasta su efectivo pago. Todas las excepciones planteadas fueron rechazadas y el pago de ambas costas del proceso le fue impuesto a la parte perdidosa, fijándose las personales en el 15% de la condenatoria (folios 56 a 64). La C.C.S.S. apeló la sentencia (folios 67-69), pero ésta fue confirmada por el Ad-Quem, en lo que fue motivo del recurso (folios 76-80).

III-. Ya este órgano ha tenido la oportunidad de resolver asuntos semejantes al que ahora se conoce, en los votos N° 284, de las 9:50 horas del 27 de abril del 2005, N° 11 de las 9:30 horas del 21 de enero del 2004, N° 565 de las 9:05 horas del 8 de noviembre del 2002 y N° 716 de las 9:30 horas del 30 de noviembre del 2001. En aquellas ocasiones se explicó que la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 del 9 de octubre de 1957, se dictó con el definido objetivo de uniformar la materia salarial en el Sector Público. En su artículo 4 se estableció una escala de sueldos, a la cual deben ajustarse las distintas categorías de empleados de todo el Sector Público, dentro del cual se encuentra, sin duda alguna, la Caja Costarricense de Seguro Social. En el numeral 5 de esa Ley de Salarios se incluyó el derecho de los servidores públicos de disfrutar de un aumento anual, hasta un total de treinta, de conformidad con la escala de sueldos fijada en el ordinal anterior. Esos incrementos son los que el accionante reclama que a él no le fueron concedidos por la entidad demandada. Según el artículo 111 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública, servidor público es todo aquél 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 -o nombramiento- con entera independencia el carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Por otro lado, cuando se está

en presencia de trabajadores cuyo ligamen con la Administración Pública no se haya producido en virtud del citado acto formal indispensable, por tratarse de empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al derecho común, o de obreros, trabajadores o empleados que no participan de la gestión pública, sus relaciones se rigen por el Derecho Laboral Privado (ordinales 111 inciso 3) y 112 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública). Lo anterior significa que en nuestro régimen de derecho, existe una neta diferencia entre los servidores públicos, regidos por un régimen de empleo público, y los trabajadores de las administraciones públicas, contratados bajo un régimen laboral privado, a quienes, por lo mismo, no se les aplican las disposiciones de Derecho Público, propias de los servidores sujetos a un régimen estatutario. Cabe indicar que la calidad de funcionario público no es producto de una concesión derivada de un acto discrecional de la Administración. Es decir, el requerido nombramiento, no es algo que queda a la libertad de la administración, sino que su definición, en sus alcances jurídicos, quedó en manos del legislador, según las consideraciones antes expuestas. En consecuencia, sólo en los concretos casos de excepción, previstos expresamente en los indicados numerales 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, es cuando se puede estar en presencia de relaciones de servidores del Estado, sujetos al régimen general o común del empleo privado.

IV.- En el caso bajo análisis, está claro que don Luis Felipe comenzó a laborar para la C.C.S.S. el día 18 de marzo de 1991, según se desprende del contrato de trabajo visible a folio 2 del expediente administrativo. Con excepción de uno, todos los contratos de trabajo que se firmaron fueron por tiempo determinado: el primero iba del 18 de marzo al 28 de diciembre de 1991, el segundo, del 2 de enero al 26 de diciembre de 1992, el tercero, del 4 de enero al 25 de diciembre de 1993, si bien consta renuncia a partir del 21 de agosto de 1993 (ver folios 2, 11, 37, 39, del administrativo). Se contrataron sus servicios como operario, para realizar trabajos de mantenimiento en la confección y reparación de sillas, mobiliario y otros trabajos, en o del taller de ebanistería, con un salario por hora, con una jornada de 44 horas y sujeto a horario (mismos folios). Esos contratos dieron lugar a los correspondientes nombramientos, bajo el Título de Puesto de "operario" (ver Movimientos de Personal visibles a folios 1, 10, 25-26). Posteriormente se le recontracta y nombra por tiempo determinado, a partir del 2 de mayo de 1995. El contrato correspondiente indica que es por obra determinada, como operario

de mantenimiento, con un salario por cada 28 días, con una jornada de 48 horas y sujeto a horario, para realizar labores de mantenimiento propias del taller- Departamento Conservación y Mantenimiento; y que comenzará a regir a partir del 20 de mayo de 1995. Y el Movimiento de Personal indica "Titulo de Puesto: operario de mantenimiento", para realizar trabajos por tiempo determinado, en el taller de ebanistería, Departamento Conservación y Mantenimiento y como rige, desde el 13 de mayo de 1995, pero no indica fecha de vencimiento (folios 43, 44, 48 y 69 del administrativo). Posteriormente constan Movimientos de Personal, por ascensos, bajo el Título de Puesto: Técnico de Mantenimiento, del 31 de agosto de 1996 al 26 de febrero de 1997; del 28 de setiembre de 1996 al 26 de febrero de 1997 (folios 71 a 76 del administrativo). A folio 128 del administrativo aparece otro contrato por tiempo determinado, del 1 de julio al 31 de diciembre de 1998, como Técnico en Mantenimiento 1, para realizar labores propias de Mantenimiento en reparaciones varias de mobiliario y otros en el taller de ebanistería, Dirección de Conservación y Mantenimiento. Ahora bien, a folio 203 del expediente administrativo, aparece el Oficio DCM N° 383-11-02, de fecha 8 de noviembre de 2002, suscrito por el Director de la Dirección de Conservación y Mantenimiento de la Caja, que en lo que interesa indica: que el actor es un trabajador del taller de Ebanistería, nombrado en código de jornal fijo (denominados trabajadores no permanentes), desde el 29 de enero de 1993 a la fecha. Y que si bien éstos trabajadores están nombrados en esta modalidad y no ocupan una plaza en propiedad, tienen los mismos derechos tales como vacaciones, aguinaldo, salario escolar, pago de uniformes, e inclusive reconocimiento por antigüedad. Asimismo, que para la gran mayoría de ellos, sus nombramientos son semestrales pero continuos, desde su fecha de ingreso. A folio 212 del mismo expediente, consta Oficio DCM N° 45-02-03 de fecha 4 de febrero de 2003, suscrito por la directora a.i. de la citada Dirección, que indica que el actor: Está contratado por medio del sistema de Jornales Fijos (Trabajadores No Permanentes). Que en la actualidad y según el acuerdo de Junta Directiva N° 26.157 del 9 de octubre de 2001, está recibiendo el rubro correspondiente a anualidades. Que recibió su aguinaldo en la fecha establecida. Y disfruta su derecho a vacaciones (30 días), según lo normado por la Institución. Finalmente consta la Certificación del Director de la citada Dirección de Conservación y Mantenimiento, Gerencia División Operaciones de la C.C.S.S. en el sentido de que los documentos foliados son copia fiel del expediente de personal del actor, trabajador del Taller de Ebanistería, de dicha Dirección. Por lo demás, en dicho expediente aparecen múltiples fórmulas de Disfrute y/o Pago de Vacaciones -que acreditan, por cierto, que el

actor laboró, sin solución de continuidad, durante los dos períodos en cuestión-; sobre incapacidades por enfermedad y por riesgos del trabajo; documentos de "Control de Puntualidad y Asistencia"; de "Evaluación de Desempeño"; e incluso, un informe y la correspondiente sanción disciplinaria por ausencias. Analizadas esas pruebas, en conjunto con las que arroja el expediente principal, la Sala estima que, con entera independencia del carácter de la actividad desempeñada por el actor, no es posible concluir que no sea un servidor público, ni que la prestación de sus servicios esté regida por los cánones del Derecho Laboral Privado. Pese a que no estamos, directamente, en presencia del ejercicio de funciones o potestades públicas, en sentido estricto, tampoco estamos, en su caso, en el supuesto de servicios sometidos al derecho laboral común, toda vez que la Caja Costarricense de Seguro Social no es una empresa, sino una entidad pública; y tampoco un servicio económico, pues lo que presta es un servicio público, de cuya gestión participa el actor, señor Peñaranda Chaves, si bien indirectamente, pero de modo permanente. El argumento de que no es funcionario suyo, por las condiciones de ingreso, por haber laborado con base en contratos por obra determinada y carecer de la investidura del cargo, vale decir, de nombramiento como funcionario interino o en propiedad, tampoco son de recibo. De las pruebas se desprende, sin mayor esfuerzo de interpretación, que no se trata, propiamente, de un trabajador contratado para actividades específicas "ocasionales", sino de un empleado de planta, habida cuenta su permanencia, por muchos años; y la existencia de sucesivos contratos, en su inmensa mayoría, por tiempo determinado -y no por obra, como señala el recurrente-, con sus correspondientes nombramientos, de los cuales dan cuenta los sucesivos Movimientos de Personal, primero en el puesto de operario y posteriormente en el puesto de Técnico en Mantenimiento; todo lo cual indica, sin duda, que estamos ante un contrato por tiempo indefinido pues se trata de una labor permanente; y además, necesaria o de apoyo, para la prestación del servicio público propio de la institución. Es más, la función desempeñada por el actor, señor Peñaranda Chaves, está ubicada dentro de la escala organizativa de la entidad demandada, al punto que existe un puesto con una nomenclatura determinada y un número de código, asignado a él (a modo de ejemplo, ver los Movimientos de Personal, de folios 71 a 76, del expediente administrativo, así como el documento de folio 203, de ese mismo expediente, mediante el cual se reconoce, en correspondencia con lo dicho, que el actor es un trabajador del taller de Ebanistería, nombrado en código de jornal fijo, desde el 29 de enero de 1993, a la fecha). Y que si bien estos trabajadores están nombrados en esta modalidad y no ocupan una plaza en propiedad, tienen los mismos derechos tales

como vacaciones, aguinaldo, salario escolar, pago de uniformes, e inclusive reconocimiento por antigüedad. Asimismo, que para la gran mayoría de ellos, sus nombramientos son semestrales pero continuos, desde su fecha de ingreso. Por otra parte, nada impide que un acto administrativo produzca efectos hacia el pasado, a favor del administrado, en la medida que desde la fecha señalada para el inicio de su efecto existan los motivos para su adopción y que la retracción no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe (artículo 142. 2 LGAP). Luego, no se ve porqué no se pudiera reconocer al actor su derecho a los aumentos anuales -como arguye la recurrente-, con anterioridad al 27 de setiembre del 2001, fecha a partir de la cual la Junta Directiva de la Caja acordó reconocer el pago de anualidades como parte de su remuneración a los trabajadores que, como en el caso del actor, son denominados como trabajadores no permanentes, lo cual se acordó así, con independencia de la naturaleza de su nombramiento -en propiedad o interino-; toda vez que, como acreditan los autos, el actor es, justamente, un trabajador de los denominados no permanentes, desde el 29 de enero de 1993 hasta la fecha. Lo cual significa, desde luego, que desde esa fecha se hallaba en la situación considerada por la Junta Directiva de la Caja para el reconocimiento del derecho. Vale decir, en el mismo motivo o supuesto de hecho considerado por la Institución demandada para la adopción del citado acto administrativo de reconocimiento y concesión del derecho. Sin que fuera óbice, para ello, como se dijo, la cuestión relacionada con la naturaleza de su investidura. Por lo dicho, a nada conduce el alegato de errónea interpretación del acuerdo anterior de Junta Directiva de la Caja dispuesto en el artículo 16, de la Sesión 6700 del 11 de febrero de 1993, que restringía el derecho "a los trabajadores de la Caja nombrados en propiedad o interinos". Por lo demás, se trata de un agravio precluido pues dicho acuerdo ni siquiera se menciona a lo largo del proceso; y por ende, de una cuestión que la Sala ni siquiera puede conocer, por su carácter novedoso, toda vez que no fue propuesta ni debatida, oportunamente, por los litigantes (artículo 608 del Código Procesal Civil). En la misma situación se halla el otro alegato, de que el actor era un "contratista", por haber laborado, supuestamente, en virtud de contratos por obra determinada; y que por ello no era funcionario público, bajo el argumento de que como "contratista" no estaba sometido a jerarquía, a horario e investidura. En efecto, se trata de un agravio precluido ya que no es sino ahora, en casación, que se alega. En todo caso, el mismo resulta improcedente porque la figura del "contratista", es típica de un contrato administrativo, y como tal incompatible con la del

trabajador, en virtud de un contrato laboral, sea éste por obra o

por tiempo determinado; y además, porque dicho argumento resulta insostenible, de acuerdo con las evidencias de autos, las cuales indican que el actor prestó sus servicios, a la Caja, en su condición de trabajador, toda vez que estaba sometido a jornadas y horario, se le pagaban salarios, vacaciones, aguinaldo y subsidios con ocasión de incapacidades, por enfermedad y riesgos del trabajo. Por lo demás, como admite la recurrente, el actor laboró bajo la observación del Departamento de Mantenimiento de Oficinas Centrales; situación que por sí misma implica sometimiento a jerarquía. Lo cual se evidencia, por lo demás, con la existencia de constancias de "control de Puntualidad y Asistencia" (documentos intercalados entre los folios 17-19 y 60-62, del expediente administrativo), con el documento denominado "Evaluación del Desempeño" (visible a folio 68 del citado expediente); así como con el Informe y sanción por ausencias, que le fue impuesto (documentos visibles a folios 70 y 78-79 del administrativo). En consecuencia, no es posible concluir, como lo pretende la Licenciada Ovares Aguilar, que la relación laboral que vincula al actor con la demandada, pueda considerarse como una típica del Derecho Laboral Privado, porque él es un servidor público, que ocupa un puesto determinado dentro de la escala organizativa de esa institución. Por ello, le resultan de ineludible aplicación las disposiciones contenidas en la Ley de Salarios de la Administración Pública, particularmente en cuanto le otorgan el derecho al reconocimiento de la antigüedad.

V-. De conformidad con lo considerado, lo procedente es confirmar el fallo del Tribunal.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia impugnada.

b) Sobre el contrato de trabajo y los tipos de funcionario

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]¹⁴

C-467-2006

21 de noviembre de 2006

Señora

Deynis Pérez Arguedas

Auditora Interna

Municipalidad de Coto Brus

S.O.

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento Oficio AI-136-2006 del 21 de julio del 2006, ampliado mediante oficio AI-147-2006 del 4 de agosto del 2006, en el cual se solicita el criterio de este Órgano Técnico Consultivo sobre lo siguiente:

"procede legalmente la figura del "recargo de funciones" en Personal Profesional nombrado por contrato fijo, con cargo a la partida de "Servicios Especiales (Ejemplo: Recargo de funciones en el Asistente del Ingeniero, por renuncia del Ingeniero, ambos contratados a plazo fijo")

¿Si procediera el recargo de funciones, la persona que asume dicho recargo debe poseer los requisitos legales que debe tener el sustituto (Licenciatura en carreta atinente al cargo, incorporado al Colegio respectivo)? .

Se indica en los documentos remitidos que la Municipalidad de Coto Brus no cuenta con asesor legal, razón por la cual no se remite el criterio jurídico del ente consultante. Asimismo, se señala que:

"En relación propiamente con la consulta planteada, esta Auditoría tiene conocimiento que la Administración municipal ha efectuado un "recargo de funciones" a una persona que fue contratada a plazo

fijo por un año en el cargo de Asistente de Ingeniero de la Unidad Técnica de Gestión Vial Municipal y se le está dando el recargo de ingeniero sin que cuente con el título correspondiente, ni está incorporado al Colegio de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.

Por lo anterior, esta Auditoria necesita saber si legalmente procede el recargo de funciones en contratos a plazo fijo, a fin de que en caso de que no proceda, efectuar la advertencia correspondiente”

De previo a dar respuesta a la consulta formulada, debemos aclarar los alcances de este pronunciamiento, toda vez que de la información suministrada por la señora Auditora se desprende que existe un caso concreto que motiva la consulta.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa de esta Procuraduría General ha señalado que la función consultiva de la este Órgano otorgada por los artículos 3 inciso b, 4 y 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, nos impide pronunciarnos sobre casos concretos [1]. En razón de lo anterior, las dudas planteadas serán resueltas en forma genérica, debiendo la Administración aplicar los conceptos utilizados en el caso concreto.

I. SOBRE LOS CONTRATOS A PLAZO FIJO.

El ordenamiento jurídico laboral establece dos tipos de contratos laborales en atención al tiempo de duración de los mismos: los contratos a tiempo indefinido, que son la regla general, y los contratos a plazo definido, que son de naturaleza excepcional. Sobre estos conceptos, esta Procuraduría General de la República ha señalado que:

"En relación al factor tiempo, el contrato de trabajo puede ser: a) por tiempo indeterminado, que es la norma general, cuando las partes no fijan la duración del contrato, ni cabe determinarla dada la índole permanente de la empresa; b) por tiempo determinado, en que las partes establecen el término del contrato. El contrato por tiempo determinado se subdivide en varias especies: I. Por razón del plazo fijado por la naturaleza del trabajo a realizar, como en el caso del corrector de pruebas contratado para una colección de obras; II. por razón del plazo establecido sin tener en cuenta la naturaleza del trabajo, como en el caso de un corrector de pruebas contratado por tres meses en

una editorial que funciona permanentemente; III. Para obra determinada, como en el caso de un trabajador contratado para construir una casa, pues sabe que al terminar la misma finaliza el contrato; IV. Para obra indeterminada, como el albañil contratado para hacer una casa, por parte de una empresa que tiene varios edificios en construcción." (Cabanellas, Guillermo. "Tratado de Derecho Laboral", Buenos Aires, Editorial Heliasta. 1988, p.354.) (Los resaltados son nuestros) " (Opinión Jurídica OJ-121-2002 del 21 de agosto del 2002)

Estos conceptos son recogidos por el artículo 26 del Código de Trabajo, que establece:

"El contrato de trabajo sólo podrá estipularse por tiempo determinado en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar. Si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, se tendrá como contrato por tiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador, aquel en que es permanente la naturaleza de los trabajos. "

Como se desprende de lo expuesto, la nota característica de ambos tipos de contrato laboral está dada por el tipo de labores a desempeñar, las cuales en el caso de los contratos a plazo determinado tienen una naturaleza temporal y en el caso de los contratos indefinidos resultan labores ordinarias, y por lo tanto, permanentes, de los respectivos centros de trabajo. [2]

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

El carácter excepcional del contrato a plazo definido es reforzado por el artículo 26 en comentario, que contempla la posibilidad de que el contrato a plazo definido se convierta en un contrato a plazo indefinido si las funciones que se desempeñan adquieren ese

carácter permanente.

A partir de lo expuesto, la jurisprudencia de los Tribunales Laborales, ha sostenido que la determinación del tipo de contrato que existe en una determinada relación laboral, dependerá de la naturaleza de las funciones que se desempeñen, y no del nombre o del plazo que las partes hayan estipulado.

En este sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

" El contrato por tiempo determinado, está regulado por los artículos 26, 27 y 31, del Código de Trabajo. De conformidad con nuestra normativa, ese tipo de contratos, pueden pactarse, únicamente, si la naturaleza de las prestaciones así lo requiere. Se establece que, ese especial contrato de trabajo, no puede estipularse por más de un año, en perjuicio del trabajador, pero que, en tratándose de servicios que requieran una preparación técnica especial, su duración puede válidamente alcanzar hasta cinco años. Asimismo, se regula la posibilidad de que, el contrato por tiempo fijo, se prorrogue expresa, implícita y hasta tácitamente. Se indica que, si vencido el término, subsisten las causas que le dieron origen y la materia de trabajo, el contrato se tendrá por uno a tiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador, siempre que la naturaleza de las respectivas labores tenga la característica de ser permanente. Por su parte, el artículo 31 *ibídem*, contempla las indemnizaciones que surgen, para las partes, ante el eventual rompimiento anticipado e ilegítimo del contrato. De conformidad con lo anterior, está claro que, nuestra legislación, condiciona el contrato de trabajo a tiempo fijo, a la real naturaleza o esencia de las prestaciones pactadas; y aunque establece que, esos contratos, no pueden concertarse por más de un año, en perjuicio del trabajador, claramente admite la posibilidad de que sean prorrogados expresa, implícita o tácitamente. Esas normas pretenden evitar que un contrato a plazo indeterminado sea disfrazado bajo la aparición fraudulenta - para el trabajador- de un contrato por tiempo definido -prorrogado en el tiempo-, para evitar las consecuencias económicas -perjuicios negativos- que la ruptura de ese otro contrato, el que lo es por tiempo indefinido, pueden significar para la parte patronal; desde luego, en daño del trabajador" (Voto N° 136, de las 10:20 horas, del 21 de mayo de 1999) ." (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2001-00193 de las diez horas diez minutos del veintiocho de marzo del 2001, el resaltado es nuestro. En sentido similar, es posible ver también

las resoluciones número 101-1993 de las nueve horas veinte minutos del diecinueve de mayo de 1993, 100-1994 de las nueve horas del veinte de mayo de 1994, 93-2005 de las nueve horas cincuenta minutos del dieciséis de febrero del 2005 y 020-2006 de las nueve horas cuarenta minutos de veintisiete de enero del 2006, todas de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia)

En lo que respecta al personal municipal, el artículo 118 del Código Municipal excluye a los funcionarios nombrados a plazo fijo de la carrera administrativa, reiterando el carácter ocasional de las actividades que desempeñan este tipo de funcionarios. Al respecto, señala el artículo referido lo siguiente:

“Artículo 118. – Los servidores municipales interinos y el personal de confianza no quedarán amparados por los derechos y beneficios de la Carrera administrativa municipal, aunque desempeñen puestos comprendidos en ella.

Para los efectos de este artículo, son funcionarios interinos los nombrados para cubrir las ausencias temporales de los funcionarios permanentes, contratados por la partida de suplencias o por contratos para cubrir necesidades temporales de plazo fijo u obra determinada y amparada a las partidas de sueldos por servicios especiales o jornales ocasionales .

Por su parte, son funcionarios de confianza los contratados a plazo fijo por las partidas antes señaladas para brindar servicio directo al alcalde, el Presidente y Vicepresidente Municipales y a las fracciones políticas que conforman el Concejo Municipal. ”

La Procuraduría ha definido los alcances de esta exclusión en el sentido de que los empleados incluidos en el artículo precedente no se encuentran cubiertos por el régimen de estabilidad contemplado en el artículo 192 de la Constitución Política y desarrollado por los artículos 115 y siguientes del Código Municipal. No obstante, esta exclusión no hace que dichos funcionarios pierdan la condición de trabajadores municipales, como se desprende de la redacción otorgada a la norma citada líneas atrás, por lo que se encuentran inmersos en el cúmulo de derechos y obligaciones que resulten compatibles con su condición de empleados ocasionales. [3]

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, las diferencias existentes entre el contrato de trabajo a tiempo indefinido y el

contrato de trabajo a plazo fijo están referidas a aspectos concretos en cuanto a la duración del contrato y los efectos de la terminación de los contratos, siendo que los demás elementos de la relación laboral se mantienen.

Nos ha parecido importante referirnos a la figura del contrato de trabajo a plazo fijo, en el tanto de los antecedentes descritos en la consulta ha surgido la duda a este Órgano Consultivo sobre la naturaleza de las funciones que desempeñan los puestos que allí se mencionan. En todo caso, tal y como se mencionó al inicio de este documento, la Procuraduría se encuentra imposibilitada para entrar a conocer casos concretos, por lo que será la Administración quien deberá analizar si las funciones desempeñadas por los puestos objeto de consulta constituyen labores permanentes u ocasionales.

II.SOBRE EL FONDO.

El recargo de funciones es una figura del derecho laboral según la cual es posible asignar funciones de otro cargo a un trabajador para que las desempeñe simultáneamente con las propias funciones. El recargo tiene sustento en el deber de colaboración que tienen todos los trabajadores para con sus empleadores. Sobre este particular, la doctrina ha señalado que:

"Se encuentra al margen de toda duda que el aumento de tareas es posible y lícito aun contra la voluntad del empleado, cuando las funciones recargadas son de la misma naturaleza de las convenidas o de las que se vienen desempeñando, y si, además, se da dentro de la misma jornada y en armonía con la capacidad y aptitudes del empleado. Esto por cuanto el empleado pone a disposición del empleador, como ha quedado dicho, a cambio de la retribución, el acopio de sus fuerzas y de su capacidad profesional durante toda la jornada ordinaria de trabajo, sin más límites cuantitativos que los resultantes de la ley, del contrato y de sus posibilidades normales durante ese lapso. Es indudable que la relación de trabajo desde el punto de vista de la intensidad con que debe ser cumplido no puede concebirse como un algo inmutable al extremo de que solamente pueda comprender invariable cantidad de actividades por realizar, argumentación que cobra mayor fuerza, si las funciones que constituyen el recargo son de naturaleza integrativa frente a la actividad central. Ratifica y en cierto modo fundamenta este criterio, el deber de colaboración del empleado y más concretamente una de sus manifestaciones: el de diligencia -

elevado en algunas legislaciones a la categoría de deber primordial del empleado- que se encuentra en íntimo enlace, como observa Pérez Botija, con uno de los pilares del nuevo Derecho Laboral: el llamado " principio de rendimiento. (...) Se exceptúan, por supuesto, las alteraciones que pretendan una diligencia o esfuerzo mayor inusitados o que excedan de las condiciones personales del empleado o de lo exigible a su categoría y especialidad" (CARRO ZÚÑIGA (Carlos), Derecho del Trabajo Costarricense, San José, Ediciones Juricentro S.A., 1978, 117-118). (Citado en criterio C- C-351-2001 del 18 de diciembre del 2001

En las Administraciones Públicas, el recargo de funciones por lo general está orientado por el deber de brindar un servicio público continuo y eficiente -artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública-, razón por la cual en determinadas circunstancias y para poder brindar el servicio público requerido, se recurre a la figura del recargo de funciones.

El Código Municipal no contiene una norma específica en relación con el recargo de funciones, por lo que debemos recurrir de manera supletoria a las normas del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, específicamente en su artículo 22 bis, para definir los alcances de la figura del recargo de funciones. Señala el artículo, en lo que interesa, que:

"Los traslados, reubicaciones y recargos de funciones se registrarán de acuerdo con lo que se indica a continuación:

...

b) Los recargos de funciones de puestos de mayor categoría, que excedan de un mes, podrán ser remunerados, pero están sujetos a la aprobación de la Dirección General, la que deberá constatar que el servidor a quien se hiciere el recargo, reúne los requisitos establecidos."

A partir de lo expuesto, es claro que un presupuesto para que el recargo de funciones proceda, es que la persona en quien se pretende recargar las funciones cumpla con los requisitos establecidos para ese cargo. Sobre este punto, la Procuraduría General de la República ha señalado que:

"B.-Recargo de funciones:

El recargo de funciones es un instituto laboral que se ha definido como la asunción temporal y adicional de las funciones correspondientes a otro puesto igual (Algunas normas no contemplan la posibilidad de aplicar esta figura en relación con puestos de igual categoría: Decretos ejecutivos N°s 25190-H de 30 de mayo de 1996 y 28084-H de 31 de agosto de 1999) o de mayor jerarquía (Véase el dictamen C-078-2000 de 13 de abril del 2000); lo cual supone que el servidor a quien se le asignan las tareas del otro puesto está desempeñando simultáneamente de dos cargos.

Si nos atenemos al fuerte matiz administrativo que caracterizan las funciones del Alcalde Municipal, el cual es conceptualizado como un funcionario tiempo completo de la Administración territorial (Artículo 20 de la Ley N° 7794), nada impide que en la actualidad, y hasta tanto no resulten electos popularmente los alcaldes suplentes, se aplique en la especie el referido instituto del recargo de funciones.

En lo que interesa al punto consultado, debemos seguir como criterio orientador, lo dispuesto en el artículo 22°bis, inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil -Decreto Ejecutivo N° 21 de 14 de diciembre de 1954-, el cual establece que para los recargos de funciones en puestos de mayor categoría, necesariamente el servidor a quien se le hiciera el recargo, deberá reunir los requisitos exigidos para aquél otro puesto.

Por consiguiente, "mutatis mutandi" debemos llegar, en el presente caso, a igual conclusión a la que se llegó respecto de la persona nombrada en la vacante producida por renuncia, destitución o muerte del Alcalde, esto es, que la persona sobre la cual recaiga la designación en ese puesto, por parte del Concejo Municipal, sea por suplencia o recargo de funciones por ausencia del titular, deberá cumplir también con el requisito del inciso c) del artículo 15 del Código Municipal, pues como bien lo ha señalado con anterioridad este Órgano Superior Consultivo, sólo una persona que cumpla con los requisitos que señala el citado artículo 15 y que no se encuentra en ningún supuesto de incompatibilidad del artículo 16 de ese mismo cuerpo normativo, puede ocupar el cargo de Alcalde si así lo acuerda el Concejo (Dictamen C-011-2001op.cit.).

Esto es así, porque no es lícito distinguir donde la ley no distingue; si el Código Municipal no previó en ningún caso una excepción al cumplimiento de ese requisito, indiscutiblemente quien se nombre en el puesto de Alcalde, sea temporalmente o por el resto del período, tendrá que cumplirlo.

IV.-Consideraciones finales:

Por otro lado, interesa señalar que como consecuencia de lo expuesto, esta Procuraduría General ya en otra oportunidad ha indicado que si se nombró a una persona que no cumple con el requisito aludido, el Concejo Municipal está en la obligación de removerla, recurriendo para ello a la atribución que le confiere el Transitorio II de la Ley N° 7794.

Y no podemos obviar también, enunciar al menos las eventuales responsabilidades civiles y hasta penales, en las que podrían incurrir los integrantes de aquél órgano colegiado, por la inobservancia de ese requerimiento legal (Véase al respecto la O.J.-135-2000 op. cit., la cual adjuntamos a este dictamen para una mejor comprensión de sus alcances). " (OJ - 191 -2001 del 10 de diciembre del 2001, el subrayado no es del original. En sentido similar, es posible ver también los criterios C-351-2001 del 18 de diciembre del 2001, C-265-2000 del 30 de octubre del 2000, C-078-2000 del 13 de abril del 2000, C-011-2001 del 18 de enero del 2001.)

Al tenor de lo expuesto, es claro que si el puesto del cual se están recargando las funciones requiere que su titular esté incorporado al respectivo Colegio Profesional, la persona que asuma las funciones que se recargan debe también cumplir con este requisito.

Sobre el particular, debemos recordar que la colegiatura constituye un requisito indispensable para el ejercicio de determinadas profesiones, según ha sido señalado por el Tribunal Constitucional.

"En nuestro Ordenamiento, de conformidad con la ley Orgánica de cada Colegio, la colegiatura es obligatoria a fin de ejercer la

profesión respectiva; lo que significa que no basta con tener un título, sino que además es necesario formar parte de un Colegio, a fin de ejercer la profesión de conformidad con la legislación vigente. En este orden de ideas, el requisito en cuestión es consecuencia del poder fiscalizador que posee el Estado en aras de bien común, el cual podría ser ejercido en forma directa o bien, como en el caso de nuestro país, delegarlo en forma exclusiva en una organización no estatal -Colegio Profesional-, pues intereses superiores a los particulares de los administrados exigen que exista un control sobre la actividad que realiza un grupo determinado de profesionales por constituir su actividad un servicio público cumplido a través de sujetos particulares ..." (Sala Constitucional, resolución número 789-94 de las quince horas veintisiete minutos del 8 de febrero de 1994) [4]

Ahora bien, para el ejercicio de la profesión de ingeniería, el artículo 9 de la Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos señala como requisito indispensable para su ejercicio la incorporación al colegio, al establecer que: " Sólo los miembros del Colegio Federado podrán ejercer libremente la profesión o profesiones en que estén incorporados a él, dentro de las regulaciones impuestas por esta ley y por los reglamentos y códigos del Colegio Federado".

Asimismo, en tratándose del desempeño de funciones públicas, los artículos 11, 12 y 14 reiteran esta obligación, al señalar que:

"Artículo 11 Las funciones públicas para las cuales la ley o decretos ejecutivos exijan la calidad de ingeniero o de arquitecto, sólo podrán ser desempeñadas por los miembros activos del Colegio Federado de acuerdo a esta ley y en las profesiones en que hayan sido incorporados"

Artículo 12.-

Todas las obras o servicios de ingeniería o de arquitectura, de carácter público o privado, deberán ser proyectadas, calculadas, supervisadas, dirigidas y en general realizadas en todas sus etapas bajo la responsabilidad de miembros activos del Colegio Federado de acuerdo a esta ley. Cada uno de los miembros activos estará legalmente autorizado a ejercer sus actividades profesionales contempladas en este artículo, con estricto apego al Código de Etica Profesional y demás reglamentos del Código Federado.

Artículo 14.-

Los avalúos y peritajes sobre asuntos y materias relacionadas con las profesiones de ingeniería y de arquitectura, que ordenen las oficinas públicas, instituciones autónomas y semiautónomas y las municipalidades deberán ser realizados por miembros del Colegio Federado de acuerdo a esta ley y sus reglamentos."

De la lectura de las normas anteriores, resulta claro que para el ejercicio de la ingeniería dentro de las entidades públicas - incluidas las corporaciones municipales- se requiere de la incorporación en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos [5], por lo que no podría recargarse las funciones de ingeniero en una persona que no está incorporado al colegio respectivo y que por lo tanto, no puede ejercer legalmente la profesión.

Por otra parte, debemos indicar que el ejercicio ilegal de una profesión, supuesto en el cual nos podríamos encontrar si una persona no incorporada al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos ejerce la ingeniería, esta tipificado como un hecho punible, que puede acarrear consecuencias penales a la persona que se encuentre en esas circunstancias. En efecto, el artículo 315 del Código Penal señala que:

Ejercicio ilegal de una profesión.

ARTÍCULO 315.-

Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, al que ejerciere una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin haber obtenido la autorización correspondiente.

De igual manera, el Código Penal considera un hecho punible el nombramiento ilegal [6]:

ARTÍCULO 337.-

Será reprimido con treinta a noventa días multa el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público a persona en quien no concurrieren los requisitos legales.

De conformidad con lo expuesto, es criterio de esta Órgano Asesor que no es posible recargar las funciones en un trabajador que no cuenta con los requisitos legales necesarios para el desempeño de ese puesto.

III. CONCLUSIONES:

Con base en lo antes expuesto, este Órgano Asesor concluye lo siguiente:

1. La determinación de si un contrato de trabajo debe considerarse a plazo fijo o a plazo indefinido, dependerá de la naturaleza de las funciones que se desempeñen, siendo que si las funciones son de naturaleza permanente, el contrato no podrá ser considerado como de plazo fijo, independientemente del nombre o del plazo que las partes hayan estipulado.

2. De los antecedentes descritos en la consulta ha surgido la duda a este Órgano Consultivo sobre la naturaleza de las funciones que desempeñan los puestos que allí se mencionan, por lo que se recomienda a la Administración analizar si las funciones desempeñadas por los puestos objeto de consulta constituyen labores permanentes u ocasionales, aspecto que como se señaló escapa de las competencias consultivas de este Órgano.

3. El recargo de funciones es una figura del derecho laboral que permite asignar funciones de otro cargo a un trabajador para que las desempeñe simultáneamente con las propias funciones, en aplicación del deber de colaboración que tienen todos los trabajadores para con sus empleadores. La persona en quien se pretende recargar las funciones debe cumplir con los requisitos que se establecen para el ejercicio de ese cargo.

4. La Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos señala como indispensable para el ejercicio de la ingeniería dentro de las entidades públicas, la incorporación a dicho ente público, por lo que no podría recargarse las funciones de ingeniero en una persona que no está incorporado al colegio respectivo y que por lo tanto, no puede ejercer legalmente la profesión.

Sin otro particular, atentamente,

1- "Las anteriores normas, en relación con el artículo 3 inciso b)

de la misma Ley que indica que los dictámenes, pronunciamientos y asesoramiento que brinde la Procuraduría General se harán sobre ‘... cuestiones jurídicas...’, han permitido a la jurisprudencia administrativa emanada de este Órgano Asesor el establecimiento de los siguientes requisitos mínimos de admisibilidad, que han ser analizados previo al estudio de fondo de las solicitudes que nos presentan:

* Que la consulta la formule el jerarca administrativo del respectivo órgano u institución pública.

* Que se acompañe el criterio legal que sobre el tema en consulta tenga la respectiva asesoría jurídica del órgano u institución pública. Dicho dictamen debe ser un estudio específico sobre las variables jurídicas que, en criterio del profesional correspondiente, tienen relación con la inquietud que se presenta a nuestra consideración.

* Las consultas versan sobre “cuestiones jurídicas” en genérico, es decir, sin que pueda identificarse un caso concreto que esté en estudio o vaya a ser decidido por parte de la administración consultante. Esto por cuanto estaríamos contraviniendo la naturaleza de órgano superior consultivo que nos confiere la ley, transformándonos en parte de la administración activa.” (Dictamen C-151-2002 del 12 de junio del 2002)

2- "La duración del contrato individual de trabajo surge de la naturaleza de la obra o labor contratada o por el plazo fijado por las partes; esa naturaleza o labor es la que sirve para establecer si se trata o no, de un empleo estable. Como señala Barassi, para determinar la naturaleza ocasional o continuada de la relación de trabajo "es menester indagar si las tareas asignadas al trabajador responden a necesidades permanentes de la empresa que lleva a considerar como intuitiva la posibilidad de una continuación de la relación", siendo ciertamente éste el único modo de distinguir al trabajador transitorio del trabajador ocasional y del estable. De esas necesidades permanentes de la empresa deriva el trabajo continuo, que ha sido definido como aquel en el cual, salvo las necesarias interrupciones que exigen el sueño, la fatiga del cuerpo, la sucesión de días festivos, etcétera, encuéntrase siempre empeñada la actividad del obrero en su oficio; o sea, que existe una dependencia jurídica y material continuada con el patrono (...).

Para determinar la permanencia o transitoriedad en las funciones

se pueden tomar en cuenta las características del establecimiento: si el trabajo prestado no pertenece al giro del negocio o empresa, o sea, a la actividad normal del empresario, se debe estimar tan sólo la transitoriedad de las tareas. El amparo de la ley alcanza a aquellos trabajadores que pueden ser considerados como elementos normales y permanentes de la organización comercial del empresario, por lo que debe ser calificado de permanente, y no de ocasional, el obrero que, dada la naturaleza de la labor que realiza, responde a las actividades propias de la empresa, cuando esta forma de actividad es continuada y constituye su giro habitual; esto es aquellos servicios que resultan indispensables en el proceso industrial o comercial de la empresa. El trabajador se debe encontrar vinculado con su "empleador" con un vínculo estable, de forma que pueda ser considerado con posibilidades de perdurar en su ocupación. Por esa causa, el término de duración establecido al celebrar el contrato de trabajo debe tenerse como inexistente cuando las tareas del empleado son inherentes a la organización normal del establecimiento en que trabaja, por lo que tiene lógicas probabilidades de continuar en el puesto a la expiración del mismo: admitir dicho término de duración implicaría aceptar una inadmisibles renuncia anticipada a los beneficios legales(...). Débense tener en cuenta, aún cuando el contrato sea a plazo fijo, las lógicas perspectivas de perdurar en el empleo más allá del plazo del plazo convenido cuando el trabajador se desempeña dentro del cuadro de una organización normal del establecimiento. Con el fin de determinar la estabilidad del trabajador, han de prevalecer las características referentes a las actividades del empresario y a la naturaleza de las tareas desarrolladas por el trabajador; de tal manera que el plazo en el contrato más surge de la naturaleza de la actividad de la empresa que del acuerdo de las partes."

Cabanellas, Guillermo, op.cit, pp.355,356.) (Los destacados son nuestros). (Opinión Jurídica OJ-121-2002 del 21 de agosto del 2002)

3- Sobre el particular, en lo tocante a los empleados de confianza, se ha indicado que:

"Bajo el contexto explicado, una correcta lectura de las normas transcritas (ser refiere a los artículos 117 y 118 del Código Municipal) debe llevarnos a la conclusión de que el régimen diferenciado de los empleados de confianza está referido únicamente a su exclusión de los beneficios y derechos derivados de la carrera administrativa, cuyo pilar fundamental es la

estabilidad en el cargo, de tal suerte que esa excepción no puede extenderse a otros aspectos involucrados en la función pública que desempeñan esos servidores.

En efecto, nótese que, según lo hemos señalado a lo largo de esta exposición, el ordenamiento jurídico otorga la condición de funcionarios públicos a ambas categorías (de confianza y de carrera administrativa), de ahí que, dejando de lado los dos aspectos señalados concernientes al régimen de acceso al cargo y la estabilidad en el puesto, todos comparten la condición de empleados municipales, incluyendo desde luego a quienes ocupan un puesto de secretaria en el gobierno local. "(C-291-2006 del 20 de julio de 2006)

4- Para el caso específico del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, la Sala Constitucional señaló:

"Para la Sala, la obligada colegiación resulta constitucionalmente válida en los términos que han sido expresados, es decir, como expresión de la necesidad del Estado de regular y vigilar el ejercicio de una determinada actividad profesional, por ser ello de gran relevancia al bien común y el adecuado desarrollo social." (Sala Constitucional, resolución número 2000-10998 de las ocho horas con treinta y seis minutos del trece de diciembre del dos mil).

5- En este sentido, es posible ver los dictámenes C-153-96 del 17 de setiembre de 1996 y C-182-95 del 18 de agosto de 1995, referidos al requisito de la incorporación al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos para el desempeño de funciones públicas.

6- Sobre las posibles responsabilidades que pueden surgir de un eventual nombramiento ilegal, se recomienda revisar la opinión jurídica OJ-135-2000 del 5 de diciembre del 2000.

FUENTES CITADAS

- 1 BIELSA, Rafael. La función pública. Buenos Aires. Argentina. Edti. Depalma. 1960. pp 1-4.
- 2 CALDERA DELGADO, Hugo, Manual de derecho administrativo. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile. 1979. pp 286-289.
- 3 BACACORZO, Gustavo. Derecho de Remuneraciones del Perú. Lima, Perú, Edit. Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones. 1976. pp 7-10.
- 4 MATAMOROS CARVAJAL, Guillermo. Análisis de la regulación de los gastos de viaje y de transporte, zonaje y gastos de representación pagados a los funcionarios públicos. U.C.R. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. 1994. pp 9-10.
- 5 MURILLO ARIAS, Mauro. Régimen de empleo en la Ley general de la administración pública. U.C.R. Serie de publicaciones, trabajos de investigación profesores N° 5. 1979. p 2.
- 6 CASCANTE CASTILLO, Germán. Regímenes de empleo y proceso de despido en la administración pública. San José C.R. Editorial IJSA 1997. pp 16-18.
- 7 CANASI, José. DERECHO ADMINISTRATIVO. Vol 1. parte general. Buenos Aires, Argentina. Edit. Depalma. 1974. pp 553-556.
- 8 MATAMOROS CARVAJAL, G. Op cit. p 58.
- 9 CÓRDOBA ORTEGA, Jorge. Sala Constitucional y la función pública. Artículo de revista en Revista Parlamentaria. Volumen 3 N°3 de Diciembre de 1995. Asamblea Legislativa. Pp 171-175.
- 10 Asamblea Legislativa. Ley General de la Administración Pública. Ley N°6227 del 02/05/1978.
- 11 Asamblea Legislativa. Ley de Carrera Judicial. Ley : 7338 del 05/05/1993.
- 12 Asamblea Legislativa. estatuto de servicio civil. Ley No. 1581 de 30 mayo de 1953.
- 13 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2006-00218. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del siete de abril del dos mil seis.
- 14 Procuraduría General de la República. Dictamen: C-467-2006. 21 de noviembre de 2006