



LA SUSPENSIÓN CON GOCE DE SALARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Rama del Derecho: Derecho Laboral.	Descriptor: Empleo Público.
Palabras Claves: Suspensión con Goce de Salario, Funcionario Público, Relación Laboral, Medidas Cautelares.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 04/04/13.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
1. La Suspensión con Goce Salarial como Atribución del Tribunal de Servicio Civil	2
2. La Suspensión con Goce Salarial hacia los Servidores del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados	2
JURISPRUDENCIA	3
1. La Finalidad de la Suspensión con Goce de Salario como Medida Cautelar.....	3
2. La Suspensión con Goce de Salario del Trabajador, Debido Proceso y Extremos Laborales Correspondientes. Caso de Trabajador del ICE.....	4
3. Uso de la Suspensión con Goce Salarial como una Práctica de Acoso Laboral	15
4. La Suspensión de la Relación Laboral como Consecuencia de la Apertura de una Causa Penal en contra del Funcionario Público y la Determinación de si la Suspensión debe Considerarse Con o Sin Goce de Salario	27
5. El Carácter Instrumental de la Suspensión del Trabajador	29

RESUMEN

El presente documento reúne información sobre la Suspensión del Trabajador como Medida Cautelar dentro del Proceso Administrativo Disciplinario, considerando los supuestos normativos y jurisprudenciales que le dan sustento a tal potestad de la Administración Pública.

NORMATIVA

1. La Suspensión con Goce Salarial como Atribución del Tribunal de Servicio Civil

[Reglamento de Organización, Funciones y Procedimientos del Tribunal de Servicio Civil]ⁱ

Artículo 2. De las atribuciones. Son atribuciones del Tribunal de Servicio Civil, conocer:

- a) En primera instancia de los casos de despido, previa información levantada por la Dirección General de Servicio Civil;
- b) En única instancia de las reclamaciones que le presenten los quejosos por disposiciones o resoluciones de la Dirección General de Servicio Civil, cuando se alegue perjuicio causado por ellas;
- c) En única instancia de las reclamaciones contra las disposiciones o resoluciones de los jefes, cuando se alegue perjuicio causado por ellas;
- d) Suspensión provisional con goce de salario del servidor en el ejercicio del cargo;
- e) Resolución de ternas;
- f) Autorizar la reducción forzosa de servicios por falta de fondos o para lograr una eficaz y económica reorganización de los servicios; y,
- g) De los demás asuntos que le encomienda el ordenamiento Jurídico.

2. La Suspensión con Goce Salarial hacia los Servidores del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados

[Reglamento Autónomo de Servicio del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados]ⁱⁱ

Artículo 123. La resolución de la Gerencia que decrete la suspensión cautelar del servidor se notificará personalmente, -en los términos de la Ley de Notificaciones y Citaciones-, en el menor tiempo posible. Dicha suspensión cautelar será con goce de salario. La prueba de la notificación será la copia de ésta firmada por el interesado y

por el notificador. Si aquél rehusare firmar, bastará la firma del notificador, quien deberá dejar constancia de lo ocurrido. En todo caso se indicará con precisión la hora y fecha en que se practicó dicha diligencia. En caso de no comprobarse la falta, deberá restituirse al trabajador en el mismo puesto y funciones que venía desempeñando antes de dictada la suspensión cautelar.

JURISPRUDENCIA

1. La Finalidad de la Suspensión con Goce de Salario como Medida Cautelar

[Sala Constitucional]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría:

IV.- Sobre las medidas cautelares.- Sobre el particular, esta Sala ha considerado en resolución número 2004-04187 de las trece horas con ocho minutos del veintitrés de abril del dos mil cuatro que las medidas cautelares dictadas en procedimientos administrativos responden a la necesidad de que la persona suspendida no interfiera con la investigación que se realiza. Al respecto se dijo:

"las medidas cautelares dictadas en procedimientos administrativos no tienen una naturaleza sancionadora, siempre y cuando se respeten los límites de razonabilidad y de instrumentalidad que las define. Es decir, la Administración Pública al iniciar un procedimiento que tiene como fin investigar la verdad real de los hechos que se denuncian, puede de oficio imponer una serie de medidas de carácter temporal y precautorio, para que durante la tramitación del proceso no se sigan vulnerando las disposiciones legales que eventualmente podrían estar siendo quebrantadas, o bien que no se altere el desarrollo de la investigación. La naturaleza de este tipo de medidas obedece a una razón de carácter práctico, que es el aseguramiento y garantía de cumplimiento de la decisión final que se adopte. De allí su carácter temporal, ya que se imponen mientras se desarrolla el procedimiento ordinario; y por otro lado, su naturaleza instrumental porque pretenden garantizar provisionalmente la eficacia del acto final que se dicte. Así, en anteriores precedentes la Sala ha definido más profundamente las características de las medidas cautelares ya sean de procedimientos judiciales o administrativos, estableciendo en lo conducente:

"... Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa– para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final". La doctrina entiende que la instrumentalidad y la

provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser : a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentadas, es decir, tener un sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución."... (sentencia número 7190-94 de las quince horas con veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro).

A partir de lo anterior, se observa entonces que la imposición de una medida cautelar responde a la necesidad de que la persona suspendida no interfiera con la investigación que se realiza, o para evitar que permaneciendo en su cargo pueda manipular información o documentos involucrados con el caso, máxime si los funcionarios tuvieron incidencia directa en los hechos que se investigan" (sentencia número 2002-11725 de diez horas con veinticinco minutos del trece de diciembre del dos mil dos).-

Respecto del caso concreto, lo que se dio fue una medida cautelar consistente en una suspensión con goce de salario, desde el 23 de diciembre del 2003 y hasta el 25 de octubre del 2004, tiempo durante el cual se llevó a cabo la investigación y el procedimiento administrativo en contra del recurrente, todo lo cual es acorde a dicho por esta Sala sobre este tipo de medidas.

2. La Suspensión con Goce de Salario del Trabajador, Debido Proceso y Extremos Laborales Correspondientes. Caso de Trabajador del ICE

[Sala Segunda]^{iv}

Voto de mayoría

"IV. DE LA SUSPENSIÓN CON GOCE DE SALARIO Y LOS RECLAMOS SALARIALES EFECTUADOS POR EL ACTOR: Por otra parte, en relación a sus objeciones a la **suspensión** con goce de salario de la que fue objeto por el procedimiento disciplinario que se siguió en su contra, respecto del cual establece: "...fue el ICE quién suspendió precautoriamente al actor, medida que es sabido no es necesaria -en el sentido de inevitable o imperativa-, sino discrecional. Porque se tomó esa decisión? No nos

*interesa aquí, aunque en autos hay algunas pistas de eventual arbitrariedad...”, debe considerarse lo que ha sostenido la Sala Constitucional sobre el tema. Así, en el voto n° 1505 de las 18:14 horas, del 29 de enero de 2008 estableció: “**Sobre la naturaleza de las medidas cautelares y el derecho a un debido proceso.-***

*La Sala ha establecido que las medidas cautelares en el procedimiento administrativo no tienen una naturaleza sancionadora siempre que se respeten los límites de razonabilidad y de instrumentalidad que las define. Es decir, la Administración Pública al iniciar un procedimiento que tiene como fin investigar la verdad real de los hechos que se denuncian, **puede de oficio imponer una serie de medidas de carácter temporal y precautorio, para que durante la tramitación del proceso no se sigan vulnerando las disposiciones legales que eventualmente podrían estar siendo quebrantadas, o bien, no se siga presentando la situación conflictiva que se haya denunciado.** La naturaleza de este tipo de medidas obedece a una razón de carácter práctico, la cual es el aseguramiento y garantía de cumplimiento de la decisión final que se adopte. De allí su carácter temporal, ya que se impone mientras se desarrolla un procedimiento ordinario, es decir, sólo sobrevive hasta que se tome una decisión definitiva; y por otro lado, su naturaleza instrumental, porque pretenden garantizar provisionalmente la eficacia del acto final que se dicte. Así, en anteriores precedentes la Sala ha definido más profundamente las características de las medidas cautelares ya sean de procedimientos judiciales o administrativos: ‘... Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como ‘un conjunto de potestades procesales del juez -sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final’. La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser: a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentadas, es decir, tener un sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución’ (Sentencia número 7190-94 de las quince horas con veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos*

noventa y cuatro)” (énfasis agregado). Eso sí, dejándose muy claro que esa posibilidad sólo puede darse con goce de salario. Al respecto, el órgano contralor de constitucionalidad expresó: “...se mantiene aún durante el período en que, por tramitarse un procedimiento administrativo, de carácter disciplinario en su contra, **se encuentra suspendido del ejercicio de su cargo**. Ello hace, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Constitución Política, que **el trabajador tenga derecho a recibir su salario, mientras no se haya dado por concluida la relación de servicio**, situación que tratándose de funcionarios públicos -con excepciones de los miembros de la fuerza pública, y de aquellos que la propia Constitución o el Estatuto de Servicio Civil excluyen de la protección del mismo- **sólo puede dar base a una suspensión con goce de salario**. Aceptar lo contrario como lo propone el Tribunal del Servicio Civil, es aceptar que el recibo de ese derecho vital está a disposición de los intereses de la Administración, que por demás, es quien puede acelerar o retardar la resolución del asunto. **El derecho al salario existe en tanto se mantenga la relación laboral**. En razón de ello; en nuestro ordenamiento jurídico las suspensiones, para realizar investigaciones disciplinarias, no pueden ser sin goce de salario ya que como se indicó **la relación laboral se mantiene durante la suspensión, con todas las consecuencias y prohibiciones**” (énfasis agregado) (Sala Constitucional, voto n° 2137 de las 16:18 horas, del 19 de mayo de 1993. En igual sentido, véase las resoluciones n°s 1837 de las 15:45 horas, 18 de setiembre de 1991; 1300 de las 13:15 horas, del 26 de marzo de 1993; 5020 de las 11:09 horas, del 8 de octubre de 1993; 112 de las 11:03 horas, del 7 de enero de 1994; 224 de las 17:48 horas, del 12 de enero de 1994 y 472 de las 13:21 horas, del 21 de enero de 1994). Del mismo modo, esta Sala se ha referido al tema, entre otras, en las sentencias números 159 de las 9:30 horas, del 1 de abril de 2003; 398 de las 10:10 horas, del 26 de mayo y 652 de las 9:25 horas, del 12 de agosto, ambas de 2004 y 110 de las 9:50 horas, del 23 de febrero de 2007. Sobre el particular, es importante traer a colación lo que se dijo en la resolución n° 4 de las 10:30 horas, del 5 de enero de 1994, en la cual se estableció: “Manifiesta la demandada que, dicha medida, se tomó para proteger al **trabajador** contra expulsiones violentas y hasta el momento de poder hacer efectiva su destitución; pero **esa suspensión, debió acordarse, ineludiblemente, con goce de salario**, mientras en dicha Asamblea General se llegaba a definir la situación laboral del actor, lo que omitió hacer la demandada. Dicha protección **no tenía por qué afectar los ingresos del trabajador, ni de su familia**, porque para efectuar una **suspensión** de esa clase, se deben tomar en cuenta tanto los intereses del **trabajador** cuanto la conveniencia social; razón por la que le corresponde el pago de dichos salarios” (énfasis agregado). A mayor abundamiento debe consignarse que en el derecho español, sobre este tipo de situaciones se dispone: “En cualquier caso, la **suspensión** provisional nunca puede suponer una sanción anticipada y sólo se justifica cuando concretas razones de interés público determinen o aconsejen apartar al funcionario de sus responsabilidades administrativas mientras se tramita el proceso o expediente disciplinario. En caso contrario, la **suspensión** provisional puede

incluso implicar una infracción del artículo 23.2 CE (STC 104/1995)/ El suspenso provisional tiene derecho a percibir las retribuciones básicas, así como, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo (art. 98.3 EBEP) salvo que el expediente se encuentre paralizado por causa imputable al mismo o no comparezca en el procedimiento disciplinario o proceso penal, según el artículo 21.4 RSA. Si la **suspensión** provisional se eleva a definitiva, el funcionario debe devolver lo percibido durante el tiempo de duración de aquélla, tiempo que será de abono para el cumplimiento de la **suspensión** firme (art. 98.4 EBEP)./ Sí, por el contrario, **la suspensión no se declara firme convirtiéndose en sanción definitiva, la Administración debe restituir al funcionario la diferencia entre los haberes que percibió durante la suspensión provisional y los que hubiera percibido en plenitud de derechos.** Además, el tiempo de duración de la misma se computa como de servicio activo y debe acordarse la reincorporación inmediata del funcionario a su puesto de trabajo (si no estuviera ya reincorporado), **con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de la suspensión** (art. 98.4 EBEP)” (énfasis agregado) (Sánchez Morón, Miguel. Derecho de la Función Pública, Madrid, Editorial Tecnos, 5ta. edición, 2008, pp. 190-191). Deberán valorarse los reproches del actor en el sentido de que “...solo estaba cancelando el salario base y no así el resto de rubros referentes a horas extras, guardas, giras, etc...siendo que efectivamente, el actor durante el tiempo que estuvo suspendido únicamente recibió el salario base. También, debo señalar que esos rubros que no le fueron cancelados al actor, eran de pago usual para todos los técnicos y empleados del área...” (folio 226). Así, en su demanda planteó: “Mi salario se encuentra compuesto de los siguiente rubros: Salario base, horas extras, guardias, kilometraje, y salario escolar (...) Producto de esta acusación se me suspendió en mis funciones y trabajo, lo cual me disminuyó significativamente el salario, pues dejé de devengar los extremos de horas extras, guardias, kilometraje, viáticos y salario escolar./ El período de afectación salarial abarca el período que va de 8 de febrero del 2005 al 8 de enero del 2006, período durante el cual se me suspendió” (hechos quinto y noveno de la demanda, a folios 3 a 4), reiterando: “...se me afectó por disminución del salario en general, así como el aguinaldo y las vacaciones proporcionales correspondientes al período de **suspensión** de labores ”(hecho décimo de la demanda, a folio 4). Por esas razones, en lo conducente, solicitó: “a. Kilometraje por el período que va 8 de febrero del 2005 al 8 de enero del 2006: la suma de 2.516.829 colones./ b. Viáticos por el mismo período la suma de 850.000 colones./ c. Salario escolar proporcional: la suma de 1.100.000 colones./ d. Guardias dejadas de percibir por el mismo período la suma de 2.600.000/ e. Horas Extras dejadas de percibir por el mismo período la suma de 2.568.815 colones./ e. Aguinaldo proporcional por el mismo período que va del 20 de diciembre del 2004 al 8 de mayo del 2005, la suma de 1.099.000 colones...” (folio 9). Sobre el particular, el demandado contestó: “...no es cierto que se está perjudicando al funcionario salarialmente, puesto que no se le está rebajando su salario al aplicar la medida precautoria de **suspensión** con goce de salario./ Lo anterior,

por cuanto los rubros correspondientes por concepto de guardias, horas extras, kilometraje, viáticos no son parte del salario, pues constituyen sobresueldo en el primer caso de carácter no fijo y en cuanto a la jornada extraordinaria, kilometraje y viáticos, constituyen emolumentos que el patrono en este caso concreto el ICE otorga conforme a los criterios de necesidad y oportunidad, sin que pueda alegar ningún **trabajador** un derecho adquirido a su favor o que su condición se mantenga cuando no se cumplan las condiciones y parámetros establecidos para su otorgamiento o bien no se realizan efectivamente” (contestación de la demanda, a folios 100 a 101). El a quo estableció: “Lo anterior se concluyó, en atención de la testimonial (única aportada a los autos, que diera información a este específico respecto), pero, además, en consideración a la documental constante en autos (que refuerza, sin dejar espacio para la duda), la tesis que se ha venido exponiendo, toda vez que de lo certificado por la patronal (Instituto Costarricense de Electricidad), se logra determinar la irregularidad, inconsistencia, no periodicidad de pago de los elementos cuestionados (tantas veces mencionados a lo largo de esta resolución). Veamos: En relación con el pago de horas extras y guardias al trabajador, los folios 115 y 116, evidencian el pago de sumas inconstantes e irregulares, oscilantes entre los doscientos ochenta y tres mil novecientos siete colones para el año dos mil tres y los ciento cuarenta y dos mil seiscientos once colones para el mes de abril del año dos mil seis (para el caso de las horas extra) y entre los noventa y cuatro mil seiscientos dieciocho colones para el año dos mil tres y los noventa y dos mil seiscientos veinticinco colones para el mes de abril del año dos mil seis (para el caso de las guardias). Luego, en relación al kilometraje, la documental informa pagos variables para cada año reportado, e incluso, se advierte la existencia de un ‘Reglamento de Sistema de Pago de Kilometraje’ vigente, aprobado por el Consejo Directivo y Refrendado por la Contraloría General de la República, en cuyo texto -en lo que interesa-, se dispone: ‘Quienes califiquen para la inclusión en este sistema, firmarán un contrato específico con el ICE, en el que se establecerá como requisito indispensable, que las sumas que perciba el **trabajador**, como retribución por este servicio de transporte, no constituyen salario en especie y, por lo tanto, no podrán tomarse en forma alguna, como sumas adicionales en cualquier cálculo de sus derechos laborales...’. Además, el contrato firmado tanto por el apoderado del ICE, como por el actor, establece, en su cláusula cuarta que: ‘Las sumas de dinero que reciba el arrendante por concepto de kilometraje recorrido y gastos de peaje y estacionamiento, no constituyen salario en especie y por lo tanto, no podrán tomarse en cuenta, para cualquier cálculo de derechos laborales...’ y la cláusula quinta del mencionado contrato estableció: ‘El ICE no se obliga a pagar al arrendante, un mínimo de kilómetros recorridos mensualmente, ya que ello depende del desplazamiento del servidor en funciones de su cargo...’ (documental de folios 116, sobre la que se diera audiencia al **trabajador**, manifestando su ‘aval’ en cuanto a lo certificado, ver folio 123). En relación con el pago certificado, por concepto de viáticos, se advierten pagos variadísimos (documental constante a folio 117), lo que respalda, aún más, la versión de la

demandada” (folios 187 vuelto y 188). Por su parte, el ad quem señaló: “SEXTO: El kilometraje se cancela para pagar el alquiler del vehículo del funcionario, debido a la necesidad de desplazarse de su dueño para cumplir funciones y no contar con un vehículo institucional disponible al efecto.-

Si el actor no se desplazó, su pago no procede. Recuérdese que se debía de demostrar el desplazamiento efectivo de pagarlo.-

SETIMO: *Los viáticos se pagan para resarcir el gasto incurrido en alimentación y alojamiento para el desempeño de las funciones, si no se desempeñan funciones, su pago simple y sencillamente no procede.- Abónese a lo anterior que, para el pago de tal emolumento en su mayoría se requería de comprobantes del gasto.-*

OCTAVO: *Las guardias o disponibilidad se pagan por la necesidad de estar disponible para atender averías en las torres, esto ante la falta de personal y eventualidad de los daños, pues las mismas se computan luego de concluir la jornada de trabajo ordinaria.- El pago se daba por la disposición de atender eventos y, si esto se daba, no solo se pagaba el estar disponible sino las horas laboradas.- Al no haber desempeñado el actor durante ese lapso función alguna, no procede pagarle nada por tales conceptos” (folios 215 vuelto y 216). [...] También resulta necesario hacer referencia al Estatuto de Personal del Instituto Costarricense de Electricidad vigente al momento en que acaecieron los hechos que nos ocupan (Reglamento n° 5257 del 18 de junio de 2003), en tanto constituye la normativa que regula las relaciones entre el demandado y sus **trabajadores** contratados indefinidamente según lo establece expresamente el párrafo 1 del artículo 3-3. En el capítulo X se regula lo relativo a los sobresueldos, dentro de los que taxativamente se contemplan: el desplazamiento, la disponibilidad, las guardias, el zonaje, el buceo y la inopia (artículo 10.1), estableciéndose que su pago se formalizará “...mediante la suscripción de un contrato, en el cual se indiquen las condiciones que justifican el sobresueldo y en el cual quedará constancia de la aceptación expresa de que, al dejar de existir dichas condiciones, dejará de percibir el sobresueldo” (numeral 10.1.6). Además, en relación con las guardias resulta de interés destacar lo dispuesto en los artículos 10.5.1 y 10.5.2, los cuales disponen: “Se pagará sobresueldo por guardia al funcionario que desempeñe labores de carácter técnico relacionadas directamente con el servicio público y sea su responsabilidad acudir a resolver cualquier percance o daño en el servicio fuera de su jornada laboral, **según el rol establecido**, con el fin de que el cliente no sufra atrasos injustificados en el pronto restablecimiento del servicio” (énfasis agregado) y “El **trabajador** prestará el servicio de guardia durante el turno que le indique la jefatura respectiva. Sólo se podrá prestar como máximo dos turnos de guardia semanales en forma alterna al mes. Sin embargo, en casos de fuerza mayor, tales como, emergencia nacional, enfermedad o vacaciones, se permitirá a un **trabajador** estar disponible en semanas consecutivas. El reconocimiento se hará previa presentación del comprobante respectivo” (énfasis agregado). Por su parte, sobre los*

gastos de viaje y transporte a funcionarios o **trabajadores** del accionado que en el desempeño de sus funciones deban realizar viajes dentro o fuera del territorio nacional se determina que éstos se regularán conforme a la reglamentación periódica que emita la Contraloría General de la República amparada en la Ley n° 3462/64 (artículo 15-1) y en el entendido que *“...todas las sumas que se paguen a los **trabajadores** con base en las disposiciones de este Capítulo, aunque constituyen una ventaja adicional incorporada a los contratos de trabajo no son salario de acuerdo con las disposiciones de la ley, por lo que no se tomarán en cuenta para el cálculo de otros derechos o prestaciones, como horas extraordinarias, aguinaldo, antigüedad, vacaciones, etc”* (artículo 15-3). Finalmente, en torno a la jornada extraordinaria se regula en el numeral 23-1 lo siguiente: *“Todos los **trabajadores** del ICE están en la ineludible obligación de trabajar hasta el máximo de horas extraordinarias permitidas por la ley cuando las necesidades de trabajo lo requieran (pudiéndose hacer excepciones en cada caso de negativa justificada). Salvo los casos de emergencia o imprevistos, el **trabajador** debe ser avisado con suficiente anticipación del día en que debe trabajar jornada extraordinaria, y de la hora en que debe comenzarla”*. Previo a hacer el análisis sobre la procedencia o no de los extremos de guardias, horas extra, kilometraje y viáticos, pretendidos por el actor corresponde tener en cuenta que esta Sala en reiteradas ocasiones ha sostenido que *“no toda retribución de dinero concedida al trabajar puede estimarse como salario; dado que existen retribuciones que no tienen tal carácter salarial, sino más bien, se trata de otros devengos extrasalariales; que, como se indicó, para la doctrina tiene naturaleza indemnizatoria o de compensación de suplidos. (Al respecto, pueden consultarse IGLESIAS CABERO, Manuel, El complemento extrasalarial de la indemnizaciones o suplidos, Estudios sobre el salario, Madrid, Editorial ACARL, 1.993, pp. 583-606 y SAMPEDRO GUILLAMON, Vicente, Percepciones Extrasalariales, Estudios sobre la ordenación del salario, Valencia, 1976, pp. 325-350). El artículo 162 del Código de Trabajo señala que ‘salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al **trabajador** en virtud del contrato de trabajo’, indicando, posteriormente, en el numeral 164, que el salario puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o por destajo; en dinero; en dinero y especie; y por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono; definiéndose el salario en especie, como aquel que recibe el **trabajador** o su familia en alimentos, habitación, vestidos y suministros de carácter indudablemente gratuito que el empleador le otorgue al **trabajador** (artículo 166, Código de Trabajo)”* (sentencia n° 83 de las 9:40 horas, del 26 de febrero de 2003. En igual sentido, las n°s 29 de las 10:40 horas, del 1 de febrero de 2002 y 109 de las 9:45 horas, del 18 de febrero de 2005). De ese modo, no lleva razón la parte recurrente cuando afirma: *“No tiene ninguna relevancia para este caso concreto, la discusión acerca de si los extremos peticionados tienen o no naturaleza salarial. La tendría en el escenario de una discusión por incumplimiento de pago de salario a título retributivo; pero resulta que para el caso concreto el ICE debe pagar el salario a título indemnizatorio como medida y efecto*

consecuente con el acto de **suspensión**. Contradice el principio de razonabilidad proporcionalidad interpretar que el patrono puede por vía de medida cautelar afectar la retribución ordinariamente pagada o cancelada” (folios 198 y 205). Así las cosas, se advierte que los pagos realizados por kilometraje y viáticos no tienen naturaleza salarial y, por consiguiente, al actor no le asistía ningún derecho a que se le cubrieran esos rubros mientras perduró la **suspensión** con goce de salario, pues, como se explicó, el empleador sólo estaba obligado a cubrirle el salario con independencia de la contraprestación del servicio. Al efecto, véase que el kilometraje, constituye una retribución que doctrinariamente se ha tratado como una “compensación de gastos”; sea, como el pago que el empleador hace al **trabajador**, por los gastos en que ha tenido que incurrir en el desempeño de sus funciones y no por los servicios prestados, razón por la cual no tiene la naturaleza retributiva que caracteriza al salario (sobre el particular, véase las sentencias n°s 83 de las 9:40 horas, del 26 de febrero y 161 de las 9:10 horas, del 9 de abril, ambas de 2003; 296 de las 9:40 horas, del 30 de abril de 2004 y 109 de las 9:45 horas, del 18 de febrero de 2005). En el sub-lite, se infiere que el actor utilizaba el vehículo de su propiedad para desempeñar labores propias de su puesto, en distintas regiones del país; ante lo cual la empleadora le concedía determinadas sumas de dinero, que eran variables, según se constató de la prueba visible en autos. [...] Véase reporte de recorrido de vehículos del sistema de pago de kilometraje, a folios 104 a 105 del expediente administrativo y oficio n° CEISC-0060-2006 del 23 de noviembre de 2003, a folio 116), aceptando que “sólo se le cancelaba lo efectivamente recorrido” en los casos en que no se recorrieran los mil quinientos kilómetros por mes, lo cual se corrobora con el hecho de que lo percibido, por ese concepto, no era una suma fija, sino que variaba mes a mes (obsérvese los registros de kilómetros de los años 2002 a 2004, a folios 36 a 38). De esa forma, no hay dudas sobre la naturaleza extrasalarial de esos pagos, pues se trató más bien de una restitución (indemnización o suplido, compensación o resarcimiento), efectuada por la parte empleadora respecto de los gastos en que el **trabajador** incurrió, por la utilización y el normal deterioro (depreciación) de su vehículo. Sobre el tema esta Sala refirió: “Ahora bien, en cuanto al kilometraje, esta Sala sí considera que ese pago no constituye salario en especie pues el vehículo era propiedad del actor y al ponerlo a las órdenes de su patrono, éste le reconocía una tarifa por kilómetro recorrido para atender actividades propias de su trabajo. El accionado lo que hacía en este caso era reconocer un servicio única y exclusivamente” (véase sentencia n° 114 de las 14:40 horas, del 26 de octubre de 1988. En igual sentido, pueden consultarse las sentencias n°s 123 de las 15:30 horas, del 16 de noviembre de 1988; 182 de las 9:35 horas, del 24 de julio de 1998; 29 de las 10:40 horas, del 1 de febrero de 2002; 83 de las 9:40 horas, del 26 de febrero y 161 de las 9:10 horas, del 9 de abril, ambas de 2003; 296 de las 9:40 horas, del 30 de abril de 2004 y 109 de las 9:45 horas, del 18 de febrero de 2005). También, se impone determinar si los rubros concedidos al accionante, para que hiciera frente a los gastos de alimentación y hospedaje, durante los días en que

realizaba giras a distintas zonas del país, revestían o no naturaleza salarial. Por lo general, los viáticos, se consideran como: *“...un suplemento retributivo, ... una compensación, que el patrono abona al **trabajador** para que éste haga frente a los desembolsos originados por el alejamiento transitorio de su residencia, siempre que deba efectuar una diligencia, comisión o encargo en nombre de la empresa de la que dependa./ ... / El viático genuino comprende tanto los gastos de viaje como los mayores desembolsos por alimentación y demás, cuando ese traslado es imperativo, impuesto por la empresa, por razón del servicio que el **trabajador** debe prestar. Cuando éste debe viajar para prestar, por orden de la empresa, una tarea determinada, deben compensársele los gastos originados por dicho motivo; entonces la empresa debe darle, a prevención de tales gastos, una suma, que se denomina viático, y de la cual tiene que rendir cuentas el **trabajador**”* (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., Tomo I, 1992, p. 767). Sin embargo, se ha dicho que el viático sí tiene una naturaleza típicamente salarial, cuando deja de ser una simple compensación de los gastos en que ha incurrido el **trabajador** y, lo concedido, viene a aumentar la retribución de éste; pasando, entonces, a formar parte, jurídicamente, del salario. En ese concreto sentido Néstor de Buen, explica: *“Se entiende por viáticos las cantidades que se entregan al **trabajador**, para el desempeño de su trabajo, cuando tiene necesidad de erogar gastos de alimentación y hospedaje. En realidad no forman parte del salario y solo son exigibles mediante la comprobación del gasto respectivo... Aún cuando no queda claro si esta jurisprudencia se refiere también a los casos en que los viáticos no están sujetos a comprobación, en nuestro concepto si el **trabajador** recibe una cantidad fija por ese concepto, deberá entenderse que forma parte de su salario”* (DE BUEN L., Néstor. Derecho del Trabajo, México, Editorial Porrúa, S.A., 7ma. edición, Tomo II, 1987, pp. 204 a 205). En un sentido semejante, Cabanellas explica que el viático sólo puede ser considerado salario, en el tanto implique un aumento en la retribución percibida por el **trabajador**, mas no en aquellos casos en que se utiliza para cubrir los gastos que éste debe realizar. Así, si el **trabajador** no debe rendir cuentas sobre los gastos en que incurrió, sin poderse determinar los verdaderos gastos que enfrentó, lo concedido se estima como salario. Al respecto, explica: *“Debe calcularse como salario **aquella parte del viático que incrementa el patrimonio del trabajador**; lo que excluye las sumas por reintegro de fondos empleados en el cumplimiento de las tareas encomendadas. **Reviste también el carácter de salario el viático fijo e invariable que el trabajador percibe sin cargo de rendir cuentas y con independencia de los gastos efectivos del viaje**”*. Y, más adelante, señala: *“Pero si se le abonan sumas que, además de compensarle los mayores gastos y el costo del transporte, **representan un excedente sobre lo realmente gastado, el viático aumenta la retribución y forma parte de ésta**”* (énfasis agregado. CABANELLAS, op.cit., pp. 767 a 768). Conforme con lo expuesto, lo concedido por viáticos podría considerarse parte del salario, en distintos supuestos: que se le cubrieran, en exceso, los gastos realizados; en cuyo caso, el excedente sería

lo que habría que considerar como parte del salario; o bien, que se le otorgara una suma, fija e invariable, sin necesidad de que rindiera cuentas; y con absoluta independencia de que tales gastos, se hubieran o no realizado. En el sub-lite, está debidamente demostrado que al actor se le concedían determinados montos de dinero, para que hiciera frente a los gastos de alimentación y de hospedaje. Al respecto, el encargado del proceso en el cual laboraba el actor cuando se le preguntó si éste debía liquidar los gastos de hospedaje y alimentación en las ocasiones en que salía de gira respondió: *“Sí, era obligatorio la presentación de la liquidación respectiva, dependiendo del rubro exigía la presentación de facturas”* (folios 168 a 172). Además, la documentación aportada corrobora la comprobación de los gastos en que se incurría, los cuales según las pruebas que se recogen en autos, no constituían sumas fijas (obsérvese oficios n° 6220-0098-2006 del 7 de febrero de 2006, a folio 33 y CEISC-0060-2006 del 23 de noviembre de 2006, a folio 117). Sobre la referida demostración, véase *“detalle de gastos por alimentación y hospedaje”*, en el cual se debían especificar, entre otros, la fecha de salida y regreso; el lugar en que se hizo el gasto; lo correspondiente a desayuno, almuerzo, comida y dormida (rubros que no siempre se verificaban en las distintas salidas, por lo que evidentemente no había uniformidad sobre este aspecto) y el total (véase folio 109 del expediente administrativo). Además, en las normas que regulan este concepto entre el demandado y sus **trabajadores**, se establece que *“los gastos de alimentación y hospedaje no requieren la presentación de justificantes externos pero deben detallarse en el formulario respectivo”* (artículo 15-18 a) del Estatuto de Personal del Instituto Costarricense de Electricidad), aunque también se dispone que *“Se podrá exigir la factura correspondiente para los gastos de alimentación y hospedaje, cuando la Administración Superior así lo establezca de manera general./ Se podrá exigir la factura correspondiente para los gastos de alimentación, hospedaje y transporte terrestre cuando una jefatura así lo disponga de manera formal, previa y general”* (numeral 15-18 d) ídem). Sumado a lo dicho, no puede obviarse que esa normativa es clara en establecer que *“...las sumas que se paguen a los **trabajadores** con base en las disposiciones de este Capítulo, aunque constituyen una ventaja adicional incorporada a los contratos de trabajo no son salario de acuerdo con las disposiciones de la ley -en referencia a la Ley n° 3462/64 citada en el numeral 15-1 ídem-, por lo que no se tomarán en cuenta para el cálculo de otros derechos o prestaciones, como horas extraordinarias, aguinaldo, antigüedad, vacaciones, etc”* (artículo 15-3. Véase en relación el numeral 15-9). De lo anterior se desprende que no se trató de sumas concedidas invariablemente al actor, otorgadas con independencia de que incurriera o no en los gastos; razón por la cual, por ahí, no podrían ser consideradas como una retribución salarial. Por consiguiente, se concluye, entonces, que los montos concedidos al **trabajador**, por viáticos, no integraron su salario; sino que sirvieron para cubrir las necesidades de alimentación y de hospedaje, requeridas por éste en el desempeño de sus labores (sobre el particular, véase las sentencias n°s. 615 de las 10:20 horas, del 12 de octubre de 2001; 83 de las 9:40 horas,

del 26 de febrero de 2003 y 109 de las 9:45 horas, del 18 de febrero de 2005). En lo que sí lleva razón el recurrente es en su reclamo sobre las guardias y las horas extra (véase las sentencias de esta Sala n°s 236 de las 9:30 horas, del 15 de octubre de 1997; 573 de las 9:25 horas, del 14 de julio de 2004 y 1020 de las 10:05 horas, del 28 de noviembre de 2008). De las pruebas que constan en los autos se ha podido establecer que el actor realizaba regularmente guardias, de manera que el estipendio devengado, por esa jornada, sí debe considerarse parte de su salario. En un caso, en el que se analizó una situación similar, esta Sala se pronunció de la siguiente manera: *“(...) está claro que las guardias de permanencia y disponibilidad venía laborándolas en forma normal, por varios años, según se puede extraer de las pruebas citadas y estaba incluido en un rol permanente. Su salario, realmente estaba conformado no sólo por lo que percibía de manera ordinaria, sino que los rubros que se le pagaban extraordinariamente, pero en forma permanente, según las necesidades del servicio. Por consiguiente se considera que tiene derecho a que se le pague el rubro que le hubiera correspondido por guardias y disponibilidad, durante el período en que estuvo suspendido con goce salarial y a que se le paguen las diferencias que correspondan en los montos de aguinaldo y salario escolar, así como los intereses legales correspondientes, sobre las sumas adeudadas”* (énfasis agregado) (voto n° 573 de las 9:25 horas, del 14 de julio de 2004). Así, en el caso concreto, quedó demostrado que el salario del actor, estaba conformado por las sumas correspondientes a la jornada ordinaria, a las guardias y a las correspondientes horas extra. [...]. Además, no puede obviarse que el Estatuto de Personal del accionado claramente regula el pago de guardias al *“...personal técnico, auxiliar y a jefaturas del Sector Eléctrico y de Telecomunicaciones que de acuerdo a su tipo de trabajo y a un rol preestablecido deban estar disponibles y presentarse a su trabajo o a cualquier otro sitio que le sea indicado cuando las circunstancias lo demanden”* (artículo 12-1), a cuyos efectos a los dos primeros se les pagaría *“dos horas extra como mínimo por cada salida independiente, cuando las salidas efectivas de averías se produzcan por razones técnicas diferenciadas entre sí. En casos de salidas por causas iguales, se aplicará la sumatoria del tiempo de todas las salidas, manteniendo el mínimo de dos horas por todas esas salidas”* (numeral 12-14. Véase también el numeral 10.5.4 y 10.5.5). Por otra parte, se regula la ineludible obligación de todos los **trabajadores** de la institución de *“...trabajar hasta el máximo de horas extraordinarias permitidas en la ley cuando las necesidades del trabajo lo requieran...”* (artículo 23-1). Esto evidentemente (trabajar en disponibilidad y excediendo su jornada ordinaria cuando las circunstancias o necesidades del trabajo así lo impusieran) se verificó en el caso del actor tal y como se extrajo de las declaraciones transcritas como de la documental aportada a los autos en la cual se consigna que aún cuando había quincenas en las que no se registraban horas extra, éstas se realizaban regularmente y aunque no había una uniformidad en su número, el demandante percibió un rubro por este concepto en todos los meses certificados entre enero de 2003 a abril de 2006, con la excepción de los meses de

setiembre y octubre de 2003 más el período correspondiente a la **suspensión** con goce de salario (Oficio n° 5307-2006 CEISC-0060-2006 de 23 de noviembre de 2006, a folios 116 a 117. Véase, también oficio n° 6215.077.2006 del 14 de febrero de 2006, a folios 34 a 35). De igual modo, excluyendo la posibilidad del carácter accesorio de las guardias en la relación de servicio del actor con el demandado, se advierte que éste era un elemento permanente (atendía necesidades permanentes, incorporándolas así a sus funciones), verificable entre enero de 2003 a abril de 2006 (período certificado), salvo, únicamente, el período en que se prolongó la mencionada **suspensión** (Oficio n° 5307-2006 CEISC-0060-2006 de 23 de noviembre de 2006, a folios 116 a 117), aún cuando no se tratara de una suma fija sino variable. En consecuencia, procede revocar lo resuelto sobre este concreto punto (el alcance de este pronunciamiento no supone que el actor tuviera un derecho adquirido a laborar jornada extraordinaria, sin embargo, conforme se pudo extraer de las pruebas citadas, ésta se venía laborando en forma normal y, por consiguiente, su salario, realmente estaba conformado no sólo por lo que percibía de manera ordinaria, sino por los rubros que se le pagaban extraordinariamente, pero en forma permanente, según las necesidades del servicio), pues hacerlo en la forma en que decidieron los juzgadores de las instancias precedentes implicaría que la **suspensión** con goce de salario, de que fue objeto el demandante se constituya en una sanción en sí misma, lo que no podría avalar la Sala. Así las cosas, se considera que tiene derecho a las guardias y horas extra, durante el período en que estuvo suspendido con goce salarial y a que se le paguen las diferencias que correspondan en los montos de aguinaldo y salario escolar, así como los intereses legales correspondientes, sobre las sumas adeudadas. Procede, entonces, efectuar el cálculo de las sumas debidas por guardias, horas extra, aguinaldo y salario escolar.”

3. Uso de la Suspensión con Goce Salarial como una Práctica de Acoso Laboral

[Sala Segunda]^v

Voto de mayoría

“III. FONDO DEL ASUNTO: El tema de fondo que se debate es si el Dr. López Cárdenas acosó laboralmente al actor, o lo que es lo mismo, si en su condición de jerarca abusó de sus potestades para perjudicar intencional e injustificadamente al actor. El tema del acoso laboral exige una labor acuciosa de parte de quien juzga pues se corre el grave riesgo de calificar dentro de esta figura acciones legítimas que los patronos tienen en función de sus potestades de dirección en la organización de su empresa o institución; o bien, de inadvertir las afectaciones ilegítimas recibidas por una persona **trabajadora** dentro de una relación laboral y que coartan su derecho a laborar en un ambiente de respeto a su integridad física y/o moral. La figura del “acoso laboral”, “acoso en el trabajo”, o también denominada “mobbing”, ha sido poco desarrollada en la

jurisprudencia laboral, pues en realidad, no es sino hasta recientemente que ha merecido reconocimiento por parte de la doctrina jurídica encargada del estudio de las relaciones laborales. Se atribuye al psicólogo Heinz Laymann la creación de esta teoría, en la década de los 80; sin embargo, día con día la misma ha llegado a adquirir un mayor desarrollo. La psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen define el acoso moral como *“toda conducta (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integración psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo”* (MÁRQUEZ GARMENDIA (M) Acoso moral en el trabajo en Derecho Laboral en Derecho Laboral, Tomo XLVI, n°.210, abril-junio 2003, p. 316). Algo más genérica es la definición ofrecida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el informe para la discusión de la reunión de expertos encargada de elaborar un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el sector de los servicios para octubre de 2003, en Ginebra, en el sentido de que el mobbing es *«la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta»*. Si se accede a los modernos sistemas de búsqueda de información que permite la tecnología, se puede encontrar todo un conglomerado de estudios en relación con esta novedosa figura. La generalidad de ellos atribuye al acoso laboral, como elemento definidor, el tratarse de una serie de comportamientos que se mantienen en el tiempo con la finalidad de provocar un resultado dañino en la víctima. Ahora bien. No es posible desconocer que en la vida de relación, patronos y **trabajadores** se encontrarán enfrascados en muchas situaciones de divergencia de criterio y de imposición legítima de la voluntad patronal respecto del empleado. Se estima legítima porque dentro del poder de dirección para llevar adelante su empresa, el patrono tiene la potestad de direccionar los recursos y medios contratados precisamente para la consecución de sus fines lo cual tiene sus límites en el respeto a la dignidad y al ejercicio efectivo de los derechos, por parte de **trabajadores** y **trabajadoras**. Aunque nuestro ordenamiento jurídico no ha regulado expresamente la figura del acoso laboral, ello no implica que el **trabajador** no tenga derecho a su reclamo y correspondiente indemnización, en aplicación de los artículos 19, 69 inciso c) y 83, todos del Código de Trabajo; y del más general, artículo 1045 del Código Civil, por virtud del cual, todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo, junto con los perjuicios. Establecer si en la especie nos encontramos frente a una situación de acoso laboral exige establecer cuáles hechos han quedado plenamente acreditados para que, a partir de ahí, estimar si la acción resulta o no, procedente. Para ello, además de los hechos que han sido tenidos por demostrados en las instancias precedentes, se deben adicionar los siguientes: 8). Que en fecha 7 de marzo de 2005, los representantes de UNDECA solicitaron al Dr. López Cárdenas se realizara una investigación preliminar por presunta incapacidad otorgada al actor durante 6 días. Con ocasión de esa nota, el Dr. López

Cárdenas solicitó a la Dirección Servicios Médicos que se procediera a realizar una investigación preliminar de lo denunciado (folios 2 y 3). 9) Que en fecha 17 de febrero de 2005 (oficio n° SCU-792-2005), el Secretario de Conflictos de UNDECA solicitó al co-demandado Dr. López Cárdenas el inicio de una investigación administrativa al actor y al señor Ulises Acuña Cubillo, solicitándole en ese mismo acto la separación del cargo de los denunciados (folios 6 al 10). 10) Que en virtud de esa denuncia, del oficio n°. AD-GL-9576 (folio 174), suscrito por el Auditor Interno quien solicitó se investigara denuncias hechas por los usuarios del servicio de salud; así como otras denuncias personales planteadas, al actor se le abrió el procedimiento administrativo disciplinario, expediente n°. 016-05, en el cual se le atribuyó: llegadas tardías y ausentismo; otorgar y avalar exceso de horas extra trabajadas por la funcionaria Rebeca Acuña; prohibir a los guardas del Área de Salud de Parrita que se llevara un registro de sus llegadas así como del señor Ulises Acuña o sus acompañantes; las manifestaciones de intimidación hechas en la reunión mensual del personal del Área de Salud de Parrita; y por último, el haber omitido la atención a una paciente embarazada (folios 72 al 83, 198 al 200). 11) Que por oficio n°. DGRPC-0625 de 9 de junio de 2005, suscrito por el Dr. Eduardo López Cárdenas, el actor fue suspendido temporalmente de sus labores del 9 de junio al 9 de octubre de 2005 (folio 107). 12) Que a partir del mes de mayo de 2005 hasta junio de 2006, al actor se le realizaron nombramientos mensuales, según acciones de personal que eran autorizadas por el Dr. Eduardo López Cárdenas. Las siguientes son las fechas de nombramiento mensual y fechas de pago:

09-06-2005 al 08-07-2005, fecha de pago 08-07-2005;

09-07-2005 al 08-08-2005, fecha de pago 22-07-2005;

09-08-2005 al 08-09-2005, fecha de pago 02-09-2005

09-09-2005 al 08-10-2005, fecha de pago 30-09-2005,

Del 09-10-2005 al 10-11-2005; del 11-11-2005 al 11-12-2005, del 12-12-2005 al 12-01-2006, del 13-01-2006 al 09-02-2006, del 10-02-2006 al 12-03-2006, del 13-03-2006 al 09-04-2006, del 10-04-2006 al 10-05-2006, y del 11-05-2006 al 09-06-2006 (ver certificación a folio 105; y acciones de personal de folios 108 al 112 y 499 al 512). 13) Que mediante acción de personal n°. 811310 de 7 de octubre de 2005 aprobada por el demandado López Cárdenas, como Director Regional, al actor se le prorrogó la separación temporal de labores, del 10 de octubre de 2005 al 9 de febrero de 2006 (folios 85 al 89, certificación a folio 105). 14) Que por oficio n°. DGRPC-0111-06, de 8 de febrero de 2006, suscrita por el co-demandado López Cárdenas, se prorrogó la separación temporal del actor del 10 de febrero al 9 de junio de 2006 (folio 140). 15) Que en fecha 7 de marzo de 2005, el co-demandado López Cárdenas solicitó al Centro para la Instrucción del Procedimiento Administrativo (CIPA) que procediera a realizar

investigación disciplinaria administrativa contra el actor (folio 173), con base en el oficio suscrito por UNDECA y el informe elaborado por la Dra. Kathia Pinzón Báez y Licda. Lill Solano Ortega. 16) Que por oficio n°. AD-GL-9576 de 29 de marzo de 2005, el Auditor Interno de la institución co-demandada puso en conocimiento del Gerente de División Médica y del Director Regional de Servicios Médicos Pacífico Central, la denuncia de faltas cometidas por el actor, con lo cual señaló como conveniente que la Dirección Regional procediera a realizar una investigación preliminar sobre los términos de esta denuncia y ejecutara las acciones administrativas correspondientes (folios 174 y 175). 17) Que por oficio 14451, de 29 de abril de 2005, el Gerente de la División Médica de la Caja solicitó al co-demandado López Cárdenas analizar la situación mencionada en el oficio P.E. 11.629-05 suscrito por el Jefe de Despacho de la Presidencia Ejecutiva, en torno a la situación del actor y remitirle información al respecto (folio 197). 18) Que por oficio n°. 42783 de 23 de noviembre de 2004, la Gerente de División Médica de la co-demandada solicitó al Centro para la Instrucción del Procedimiento Administrativo, la conformación de un órgano director del debido proceso, con el objeto de establecer las responsabilidades administrativas, disciplinarias o de otra índole, de los funcionarios: Ulises Acuña Cubillo, encargado de servicio de transportes, por supuesta falta de respeto y presunto atropello a la señora Miriam Sandoval Berrocal; al actor, por conocer los hechos ocurridos y omitir realizar las acciones concretas con el propósito de investigar y determinar la verdad real de los hechos...(folios 224, 267 al 295). 19) Que durante el tiempo durante el cual el actor estuvo suspendido la doctora Hanna Diermessen fungió como su sustituta, aunque con un código de puesto distinto (confesional del co-demandado a folio 474; declaración testimonial de Luis Arnoldo Hernández Araya a folio 477). 20) Que el nombramiento de la doctora Diermessen lo realizó la Dirección Regional, Pacífico Central, a cargo del Dr. López Cárdenas (declaración testimonial de Luis Arnoldo Hernández Araya, folios 476-477). En criterio del demandado López Cárdenas, los procedimientos administrativos instaurados al actor tuvieron fundamento, uno de ellos (el 070-2004) en la recomendación hecha por la auditoría en el sentido de que se conformara un órgano director del debido proceso a fin de que se estableciera la responsabilidad administrativa del actor; y el otro (el 016-2005) en las denuncias planteadas ante la Junta de Notables designados por la Presidencia de la República para investigar a la Institución; y por denuncias del sindicato de la UNDECA. Aseveró que la separación temporal con percepción de salario se ordenó *durante el tiempo en que se realiza la investigación, bajo el expediente n°. 016-2005*; y que esa decisión tiene fundamento en el artículo 33 de la Normativa de Relaciones Laborales de la Caja Costarricense de Seguro Social; los artículos 241 y 242 del Código Procesal Civil y los artículos 8 y 10 de la Ley General de Control Interno. También negó que al actor se le haya dejado de pagar su salario; si en algún momento tuvo un atraso ello se debió a cuestiones meramente administrativas, lo que ocurre en toda la Administración Pública. Aseveró que el trámite correspondiente lo maneja la oficina de Recursos Humanos. De acuerdo

con los documentos visibles de folio 72 al 83; 198 y siguientes, la investigación iniciada bajo el expediente n° 016-2005, le fue instaurada al actor ante las denuncias planteadas por UNDECA mediante oficio SCU-792-2005 de 17 de febrero de 2005, por supuestas irregularidades que se presentan en el Área de Salud de Parrita (ver folios 6 al 10). En concreto, con ocasión de esas denuncias, en el auto inicial de apertura del procedimiento administrativo al actor se le imputó: múltiples llegadas tardías y ausencia a su lugar de trabajo; intimidar a sus subalternos así como recargar funciones, ocultar sus llegadas tardías y ausentismo; omitir atención a una **trabajadora** embarazada; otorgar exceso de tiempo extraordinario a la señora Rebeca Acuña; prohibirle a los guardas del Área de Salud que se llevara un registro de sus llegadas así como las del señor Ulises Acuña o sus acompañantes (ver folio 78). Puede pensarse que la sola instauración de un proceso de investigación ante la posible comisión de una falta es suficiente justificación para ordenar la separación del cargo de un **trabajador**. Sin embargo, ello no es enteramente cierto en todos los casos pues dependerá de la naturaleza de la imputación y de las funciones que desempeña el funcionario o funcionaria, que deberá valorarse si una medida como esas es razonable. De manera general, la Sala Constitucional ha reconocido el derecho que tienen los patronos para suspender provisionalmente a los **trabajadores** o funcionarios que son objeto de una investigación a fin de evitar toda posible interferencia que pueda tener el servidor en la investigación de los hechos. Cuando esa **suspensión** se ordena con goce de salario, no se causa ningún perjuicio al **trabajador**. Sin embargo, la razonabilidad y consecuente legalidad de esa medida debe valorarse en cada caso específico cuando por su medio se intenta lograr una finalidad distinta, incurriéndose en un abuso de poder (artículo 130 inciso 1° y 131 inciso 3° de la Ley General de la Administración Pública). No puede desconocer esta jurisdicción que, la sola separación de funciones de una persona **trabajadora**, aún decretada con derecho a percibir salario durante el tiempo que dure la separación, lleva implícita una carga psicológica y cultural que puede generar enormes perjuicios en el ámbito personal, familiar y social. Por esa razón, una medida de esta naturaleza que se acuerde en forma arbitraria o con un evidente abuso del derecho podría implicar responsabilidad civil a quien ordena la medida. En el caso en estudio, está documentado que existió una serie de denuncias iniciadas fundamentalmente por los representantes de la Unión Nacional de Empleados de la Caja y la Seguridad Social; y una usuaria en estado de embarazo quien denunció que el actor no le otorgó con diligencia, la atención que debía en su condición de mujer embarazada. Al valorar el cúmulo de imputaciones hechas al actor, llama en primer lugar la atención que una agrupación encargada de tutelar y velar por los derechos de los empleados de la entidad patronal, sea más bien la que denuncia a un empleado de la institución en relación con faltas tales como ausentismo, llegadas tardías, autorización de horas extra a otros funcionarios; que atiende personas fuera de su horario de trabajo etc... No cabe duda que existe una obligación general de denuncia en caso de comisión de ilegalidades en el desempeño de funciones públicas.

Sin embargo, la acotación que se ha hecho es porque además de que resulta contrario a su naturaleza que una agrupación gremial de **trabajadores** denuncie a los propios empleados, por supuestas faltas cometidas, no es posible desconocer el trasfondo social dentro del cual se daban dichas denuncias. En este particular llama la atención la nota remitida por el Fiscal general de ese sindicato al Concejo Municipal de Parrita recriminándole la nota de apoyo brindada por ese municipio a la gestión del actor (folio 176). Según el mencionado fiscal su preocupación es el *interés público* que se pudiera ver afectado y el cumplimiento del principio de justicia social. Sobre esta situación, las declaraciones del testigo Carlos Manuel Venegas Porras, quien fungió como Director Regional de Servicios Médicos de la Región Pacífico Central, son bastante reveladoras: “... *no tengo parentesco alguno con las partes, he laborado para la Caja y para el codemandado también, niega las otras de ley.- Con relación a los hechos de la demanda y su contestación declara: mi puesto era como Director Regional de Servicios Médicos, Región Pacífico Central.- Se que como en julio de dos mil tres, se resolvió un concurso de Directores de Área y el Director que estaba en Parrita, **quien tenía problemas con los actores sociales del lugar**, que además era muy permisivo con algunos funcionarios de la Clínica de Parrita, él se fue para Alajuela en otro cargo como médico general. En ese momento me avoqué a buscar un nuevo director de área para la Clínica de Parrita, por lo que decidí nombrar al actor como Director del Área de Salud de Parrita, esto en que el inició en principios de agosto del dos mil tres, no preciso la fecha.-*

Le giré instrucciones al actor de arreglar algunas situaciones en esa clínica, como que un grupo de cuatro o cinco personas, junto con la administradora manejaban en forma inconveniente la clínica, por ejemplo que los funcionarios que sustituían a empleados de la Clínica debían pertenecer a una determinada iglesia cristiana, además se favorecía a proveedores, siempre que fueran de esa iglesia, también había mal trato del director hacia los usuarios.- El actor tenía como función dar mejor trato a los usuarios de la comunidad.- Ya a los pocos días de ingresar el actor, ingresó la dirigencia de UNDECA, con reuniones contra el actor, para dar quejas tales como que el actor en una oficina donde se sacaban las citas médicas y afiliación se reunían empleados de la clínica, por lo que el actor giró instrucciones para que no se siguiera dando. Otra queja era que el actor no saludaba por la mañana cuando llegaba. Para mí esas quejas no tenían valor ni validez, sin embargo, siempre hubo presiones de UNDECA para que amonestara al actor.” (folios 440 y 441). Esas manifestaciones evidencian que ya desde mucho antes de que el actor asumiera sus funciones de director de la Clínica de Parrita existía en esa dependencia un clima laboral de difícil manejo; siendo precisamente que el actor fue designado con el encargo expreso de lograr una sana administración de esa dependencia. También el testigo Manuel Antonio Paniagua Chaves (psicólogo) se refirió a esa situación en estos términos:

*“Yo ingresé a la Clínica en agosto del dos mil cuatro.- El clima laboral de la clínica al momento en que yo llegué el clima laboral estaba en dos grupos, el que estaba a favor y el otro en contra del actor.- En cuanto a los funcionarios de la clínica siempre habían comentarios, siempre en un clima hostil. Desconozco desde cuando se da ese clima hostil. En algún momento el actor trató de acercarse al personal, pero siento que en ese momento había una falta de entendimiento, los funcionarios se sentían que no eran escuchados por el actor y viceversa. **El actor llegó siento con la misión de organizar el clima laboral, era sana su intención, pero al final el clima envolvió la situación, era difícil escapar del contexto... Sí había resistencia del personal hacia la autoridad.**” (folio 446)* La convergencia de fuerzas inmiscuidas en la administración de la Clínica de Parrita la evidencian algunos documentos en los cuales algunas organizaciones apoyaban la gestión del actor (Presidente de la Junta de Salud de Parrita y de algunas asociaciones de desarrollo, folios 11 al 15; 33 y 34,); frente a otros grupos, fundamentalmente relacionados con UNDECA (folios 146, 156, 176). De manera que al apreciar la denuncia interpuesta, particularmente por las manifestaciones hechas por el actor en una reunión mantenida con sus subalternos, no era posible abstraer lo actuado por el funcionario, de aquella situación general. Es decir, que las denuncias por supuestos abusos de poder y de agresión verbal imputadas al actor –claramente injustificables en la actuación de todo jerarca- debían valorarse atendiendo aquellas especiales circunstancias; siendo posible entender que lo denunciado no era una situación propiciada por el funcionario sino que estaba inmiscuida toda una problemática laboral del lugar. Así las cosas, el tema a dilucidar es si representaba o no, un riesgo para la investigación o para los intereses institucionales el mantener al actor en su función de director médico ante aquellas imputaciones. La naturaleza de dichas denuncias podría justificar la decisión en uno u otro sentido. Sin embargo, al valorar lo actuado en relación con el actor, existen una serie de circunstancias que permiten considerar que aquella fue una situación de la cual se apropió el co-demandado López Cárdenas para perjudicarlo, por su negativa a aceptar el traslado a otra plaza. En efecto, no encuentra la Sala que del conjunto de denuncias hechas contra él existiera alguna con la gravedad suficiente que implicara la posibilidad de que el actor perjudicara los intereses institucionales en caso de mantenerse en el puesto; o bien, que pusiera en peligro los resultados de la investigación. Por el contrario, del propio Informe Preliminar elaborado por la Dra. Kathia Pinzón Baez y la licenciada Lill Solano Ortega, aportado por el co-demandado López Cárdenas al Centro para la Instrucción del Procedimiento Administrativo (CIPA) con el fin de que se procediera a la investigación disciplinaria administrativa instaurada a iniciativa de la UNDECA (folio 173), es posible advertir que muchas de las imputaciones hechas al actor fueron claramente justificadas en dicho informe (ver informe a folios 160 al 172). Un estudio sobre las posibles llegadas tardías o ausencias del jerarca de la clínica no justificaría tan grave medida si para ello la parte denunciante había mencionado la prueba que apoyaba ese hecho. Si recargó o no horas extra a la funcionaria Acuña

Castillo era un aspecto contablemente demostrable. La supuesta falta de atención a una paciente embarazada era una denuncia que debía investigarse directamente con la denunciante, sobre la cual él no ejercía ningún poder jerárquico. Por último, la investigación de las supuestas intimidaciones al personal de la clínica no podía abstraerse –como se dijo– de la situación conflictiva que subyacía dentro de esa clínica, aún antes de su ingreso como director. Por esta razón, no encuentra la Sala que en la **suspensión** ordenada por el demandado, haya existido una justificación razonable; es decir, que aquella fuera una medida razonable pues no existía una posibilidad real de que pudiera interferir en la búsqueda de la verdad real de los hechos por los cuales se instauró la investigación; o bien, de que su mantenimiento en el cargo significara la posibilidad de ver perjudicados intereses institucionales. Lo actuado en relación con el actor no puede abstraerse –como se dijo– del conjunto de los demás hechos demostrados de los cuales se puede concluir que en este caso, la decisión del co-demandado López Cárdenas no tuvo una verdadera y real motivación en el interés institucional. En este aspecto, resalta el hecho de que al suspender al actor de su cargo el co-demandado nombró en el ejercicio de las funciones del actor, por períodos semestrales, a la doctora Hanna Diermissen (ver folios 523 al 526). En definitiva, por ese medio logró su objetivo de nombrar en ese puesto a dicha funcionaria, intención a la que expresamente se refirió el testigo Carlos Manuel Venegas Porras. En efecto, dicho testigo, quien fungió como Director Regional de Servicios Médicos de la región, le merecen plena credibilidad a esta Sala pues no se han dado razones para dudar de imputaciones tan directas como las que mencionó al señalar que el co-demandado López Cárdenas, segundo en jerarquía sobre él, le pidió que quitara de su puesto al actor para nombrar a una colaboradora suya de nombre Hanna Diermesen. Dijo así ese testigo:

“Ya en setiembre del dos mil cuatro, el codemandado, siendo gerente médico de la Caja y segundo en jerarquía sobre mi en grado superior, me llamó un día y me indicó que estaba preparando su salida de la Caja y me pedía que quitara al actor de su puesto para nombrar a una colaboradora suya de nombre Hannia Diermessen, a lo cual yo le respondí que eso era ilegal, pues el actor era interino, pero con un excelente resultado en su función.- Don Eduardo sentí que se molestó y me dijo que yo debía hacer eso porque él quería y era el gerente médico y me dijo: lo que yo quiero es que negocies con él para que deje la dirección de la clínica y dígame que yo le ofrezco una plaza de médico general en la Clínica de Jacó. Para mí fue sorpresivo ese pedimento, pues una vez él me comentó que la esposa del actor tenía cierto parentesco con la suya.- Yo le respondí que le podía conseguir una plaza como médico general, pues no tenía otra alternativa; sin embargo llamé al actor, le manifesté ese ofrecimiento, además de que se le estaba descendiendo de su plaza, él no estuvo de acuerdo.- Yo le di esa respuesta al codemandado y me insistió para que le ofreciera una plaza de médico general en Esparza, a lo que yo estuve de acuerdo en conversar con el actor y avisarle luego, pero

nuevamente el actor expresó desacuerdo, por lo que yo le mandé a decir al demandado que no había aceptación por parte del actor (folios 441 y 442)”. Efectivamente, al ser suspendido el actor, la doctora Hanna Diermessen fue la profesional nombrada por el demandado para sustituirlo en sus funciones de director de clínica, aunque en una plaza distinta (declaraciones del testigo Venegas Porras a folio 442; confesional del co-demandado López Cárdenas a folio 474; del testigo Róger Mora Cortés, a folio 475; y de Luis Arnoldo Hernández Araya, a folios 476 y 477). De esta manera, es claro que la **suspensión** del actor de su puesto sirvió más que a los fines propios de evitar un perjuicio a la investigación, a los personales y propios, del co-demandado. La otra conducta protestada por el actor como manifestación de hostigamiento ejecutado en su contra por el co-demandado, fue la forma como fueron autorizados sus nombramientos en perjuicio directo del pago de su salario; lo anterior, porque si la acción de personal dice que su separación es por cuatro meses el co-demandado ordena realizar su pago en forma mensual, atrasándosele el pago del salario hasta por dos meses. Sobre este particular el actor mencionó que las ampliaciones de la **suspensión** se ordenaban por cuatro meses pero el demandado omitía la acción de personal para que se le cancelara en forma continua durante la separación por cuatro meses. Alegó que es el co-demandado López Cárdenas la persona autorizada para ordenar los pagos y que con ello se le dejó sin salario durante el mes de octubre, todo el mes de noviembre hasta la segunda quincena de diciembre cuando se le cancelaron los meses adeudados, es decir, dejándole sin salario durante dos meses y quince días. Como prueba de sus manifestaciones se cuenta con la certificación emitida por la Oficina de Recursos Humanos del Área de Salud Parrita, en la cual constan las siguientes fechas de pago: 16-09-2005, 30-09-2005, 14-10-2005, 9-12-2005, 06-01-2006, 20-01-2006 (ver folio 41); y antes de ello, durante el primer período de separación de funciones, es decir del 10 de junio al 9 de octubre, los salarios los recibió en las siguientes fechas: 08/07/2005, 22/07/2005, 02/09/2005 y 30/09/2005 (certificación a folio 105); es decir que durante el mes de agosto no percibió salario y el pago de sus salarios no fue quincenalmente puntual. Sobre esta imputación, el co-demandado López Cárdenas negó haber dejado de pagar el salario al actor. Sostuvo que si en algún momento se le había dejado de pagar su salario no había sido por iniciativa suya sino por cuestiones meramente administrativas; además, que todo el trámite lo maneja Recursos Humanos que es la encargada de ello. Sin embargo, sobre este particular resulta revelador el testimonio de Luis Arnoldo Hernández Araya, jefe de la oficina de Recursos Humanos del Hospital Max Teherán, en Quepos: *“En una oportunidad el actor mientras estuvo suspendido, tuvo un atraso en un pago, pero posteriormente se le cancelaron todos los días adeudados.- Esa situación se da a menudo cuando se tiene que mandar documentos **para refrendo de la Dirección Regional, además por trabajar con fechas de cierre que hacía imposible incluir el pago para determinada quincena.**”*

*El Director Regional, en ese momento el Dr. López Cárdenas, era quien debía refrendar los pagos, pero si era tramitado por la Oficina de Recursos Humanos, tanto de la región como del hospital... en el caso de la **suspensión** del actor, así como de otros funcionarios en propiedad, me consta que **se nos indicó que se nos iban a hacer los pagos en forma mensual** porque iban a esperar a que saliera la resolución final. Antes de terminar el nombramiento se envía para que no existiera ningún atraso, si es normal que los nombramientos sean por tiempo definido. Esa directriz la dio el supervisor de Recursos Humanos de la Región Pacífico Central, don Guillermo Castillo, quien no me consta si tiene potestad de hacer ese cambio.-*

Esa directriz debía ir avalada por el Dr. López Cárdenas. Esa directriz no recuerdo que se haya dado antes con un funcionario interino. La diferencia en pagar una suspensión corrida y pagarla mes a mes, es que si el nombramiento no llega a tiempo se puede atrasar el no pago o pago adelantado” (folio 477). Las manifestaciones del máximo jerarca de la oficina de Recursos Humanos, encargado de tramitar el pago de los salarios de la región, deja entrever la singularidad con que fue tramitado el pago del salario del actor al adoptarse respecto de él, una práctica que con anterioridad no se había dado con algún funcionario interino. Además, es claro que el trámite del pago lo realizaba esa oficina, sin embargo, su refrendo era competencia del co-demandado López Cárdenas como jerarca regional, lo que refleja el poder que en relación con la autorización de los pagos del salario tenía dicho funcionario. Como el propio co-demandado lo advierte en la contestación, es pública y notoria la posibilidad de atrasos en el pago de salarios que existe en la Administración Pública. Estos atrasos se originan de ordinario en el trámite que exige la emisión de la orden de pago a través de la respectiva acción de personal. Por esa razón, es imposible pensar que el co-demandado no fuera consciente del daño que le causaba al actor -un funcionario que aunque interino contaba con más de dos años de encontrarse en esa plaza- al autorizar el nombramiento en forma mensual y no semestral, como se había hecho con anterioridad (ver folio 113), con los potenciales atrasos que fueron acreditados. Efectivamente, de folios 107 al 112 del 504 al 514 constan copias de las acciones mensuales de personal que fueron autorizadas por el co-demandado López Cárdenas, sin que él haya dado alguna razón por la cual haya procedido en esa forma pues es evidente que por ese medio la **suspensión** sin goce de salario resultaba aún más gravosa para el funcionario. Como se dijo, al valorar los efectos de una **suspensión**, aún con goce de salario, no puede desconocerse que se genera un daño al funcionario. La comisión del daño puede estimarse justificado en las necesidades de la administración de suspender al funcionario porque de lo contrario su permanencia en el puesto podría hacer nugatoria la investigación administrativa ante la posibilidad del funcionario de interferir en la recaudación de la prueba o su contenido. Pero tal **suspensión** no puede perjudicar el derecho del **trabajador** a recibir en forma oportuna su salario. Así lo ha resuelto la Sala Constitucional desde vieja data, en defensa del

derecho de toda persona **trabajadora** no sólo a recibir la retribución salarial, sino también a recibirla en forma oportuna, como derecho constitucionalmente protegido que es. Al respecto, en el voto constitucional n° 3425-93, de 9:24 horas de 16 de julio de 1993, dijo esa Sala:

*... Reiteradamente ha sostenido la Sala, que el patrono puede, en aras del interés y de los servicios públicos y mientras concluye una investigación judicial, suspender al servidor. Pero conjugando esa facultad con el principio de inocencia a que alude el artículo 39 de la Constitución Política, la **suspensión** sólo puede realizarse con el reconocimiento de los salarios, por que de lo contrario, se trataría de una sanción anticipada y por ello, ilegítima (Ver Voto No. 1837-91 de las 15:45 horas del 18 de setiembre de 1991). También en el voto n° 5138-94 de 17:57 horas de 7 de setiembre de 1994; mencionó: “Sobre este derecho la Sala ha señalado que si el trabajo se concibe como un derecho del individuo cuyo ejercicio beneficia a la sociedad y que en cuanto a la persona garantiza una remuneración periódica, no podría aceptarse que el Estado reciba ese beneficio sin entregar al **trabajador** nada a cambio o entregándole tardíamente lo que le corresponde, por lo que el salario como remuneración debida al **trabajador** en virtud de un contrato de trabajo, por la labor que haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar, no es solo una obligación del empleador, sino un derecho constitucionalmente protegido.*

“IV. Con base en los hechos que han sido acreditados, se llega a la conclusión de que lleva razón el recurrente al mostrarse disconforme con la apreciación que de los hechos y de las pruebas realizó el tribunal, pues es evidente que más allá de la instauración de un procedimiento administrativo disciplinario al que indiscutiblemente puede estar sometido cualquier funcionario, existe toda una serie de acontecimientos inadvertidos por el tribunal sentenciador, hechos que son precisamente el fundamento de la demanda. En efecto, valorado el cúmulo de circunstancias se torna evidente que el reclamo del actor no se relaciona con la tensión en el ambiente laboral que existía en la Clínica de Parrita; como tampoco se limita a una tensión generada por la instauración de dos procedimientos administrativos. El tema que plantea el subexámene es menos simple pues se trata de la denuncia de una **suspensión** irrazonable con motivos distintos a los legítimamente autorizados; y por otra parte, de la lesión al derecho a percibir oportunamente el salario, ambas situaciones actuadas por el co-demando López Cárdenas en un claro abuso del ejercicio de sus funciones de superior, con un deliberado propósito de imponer en sus funciones a otra funcionaria y sancionar ilegítima y deliberadamente al actor por su negativa a aceptar que abandonara su puesto. En la demanda, el actor manifestó que ese cúmulo de situaciones a las que fue sometido por parte del co-demandado López Cárdenas, le generó daños a nivel moral, psicológico y físico. El daño moral lo cifra en su imagen como médico, al de su familia ya que toda esta situación genera irritación en la personalidad y la interrelación con su esposa y su hija; y el aspecto económico por los

atrasos en los pagos, al verse imposibilitado de cumplir en tiempo con los pagos fijos. El daño psicológico lo conceptúa en el hecho de lidiar con la persecución laboral por parte del co-demandado, que le ha producido un trastorno psicológico debiendo obtener tratamiento e incapacidades, con las consecuencias del deterioro en la salud; y por último, el daño físico, por la situación vivida a raíz de los problemas del daño moral y psicológico que le han producido deterioro físico, además de un deterioro en la imagen de su persona como médico, de verse enfrentado a procesos administrativos tediosos. Bajo tales términos, lo que el actor reclama puede configurarse dentro del concepto de daño moral, pues lo que refiere es la angustia que produjo a su persona y por su medio, a su familia, el tener que lidiar familiar y socialmente con la acongojante situación de verse suspendido irrazonablemente de su puesto; y con una afectación considerable en su ingreso económico por el atraso intencionalmente provocado en el pago de su salario. Bien advirtió el tribunal al considerar que, planteado en esos términos, el daño psicológico y el físico pueden entenderse incluidos dentro del daño moral; además de que no existe prueba alguna del supuesto daño físico. Es necesario recordar que el daño moral es una lesión a un derecho extrapatrimonial pues la perturbación se produce en las condiciones anímicas y los sentimientos de las personas. Como se trata de una lesión que hiere lo más profundo de la existencia de las personas, se dice que es un *daño in re ipsa*, de ahí que sea imposible una prueba directa de su medida o extensión. Ésta se infiere de indicios, pues cuando se lesiona la tranquilidad laboral, el honor, la psiquis es evidente la causación de un daño que puede ser valorado prudencialmente, en cada situación concreta, acorde con parámetros que otorgan los principios generales del derecho, la equidad y la razonabilidad. Es innegable que una **suspensión** irrazonable, en un puesto de la jerarquía del actor genera una grave lesión a su consideración profesional y una perturbación anímica personal y familiar, que aunadas a la congoja económica provocada por el retraso en el pago de su salario, le otorgan el derecho para que el co-demandado López Cárdenas, en forma solidaria con la institución patronal a raíz de lo dispuesto por el artículo 5 del Código de Trabajo, 191 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, le resarza al actor, por concepto de daño moral, la suma prudencial de diez millones de colones, monto que se estima razonable al considerar la condición personal y profesional tanto del actor como del co-demandado López Cárdenas, ambos profesionales en medicina; así como la naturaleza de las afecciones, cometidas con el deliberado propósito de dañar al actor; más los intereses legales a partir de la firmeza de esta sentencia y hasta la efectiva cancelación de ese monto.

V. En consecuencia, siendo atendibles los agravios planteados por el actor-recurrente, procede revocar el fallo del tribunal en cuanto desestimó todos los extremos petitorios. Al haber demostrado el actor los actos perjudiciales provocados a su persona por parte del co-demandado López Cárdenas con ocasión de la relación laboral (artículos 5 y 14 del Código de Trabajo), deben desestimarse las excepciones de

falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, así como de interés actual y sine actione agit opuestas a la demanda. En su lugar, procede acoger parcialmente la demanda planteada contra Eduardo López Cárdenas y la Caja Costarricense de Seguro Social quienes deberán cancelarle en forma solidaria al actor por concepto de daño moral la suma de diez millones de colones, junto con los intereses legales respectivos a partir de la firmeza de este fallo. En lo que se refiere a los otros extremos denegados, procede mantener lo resuelto.”

4. La Suspensión de la Relación Laboral como Consecuencia de la Apertura de una Causa Penal en contra del Funcionario Público y la Determinación de si la Suspensión debe Considerarse Con o Sin Goce de Salario

[Sala Constitucional]^{vi}

Voto de mayoría

I. Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) Martha Cecilia González Aguilar entró a laborar para el Ministerio de Gobernación y Policía el 1° de agosto de 1992 (informe del Director a folio 66).

b) El 23 de febrero del 2006, oficiales del Organismo de Investigación Judicial la detuvieron por la supuesta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (escrito de interposición del amparo a folio 1).

c) El 23 de febrero del 2006, el Juzgado Penal de Turno Extraordinario de San José dictó prisión preventiva contra la amparada (copia de la resolución a folio 39).

d) El 28 de febrero del 2006, el Ministro de Gobernación y Policía interpone ante la Dirección General de Servicio Civil la gestión de despido contra la amparada (copia a folio 74).

e) A partir de la primera quincena de marzo del 2006, el Ministerio de Gobernación retuvo el pago del salario de la amparada (informe a folio 71).

f) El 16 de marzo del 2006, el Juzgado Penal del II Circuito Judicial de San José, sustituye la prisión preventiva por otras medidas, entre ellas la prohibición de acercarse a la Dirección General de Migración y Extranjería (copia a folio 48).

g) El 24 de abril del 2006, el Ministro de Gobernación y Policía suspende sin goce de salario a la amparada con fundamento en el artículo 41 inciso d) del Estatuto de Servicio Civil y en el 78 del Código de Trabajo (copia de la resolución a folio 130).

II. Objeto. La recurrente interpuso este amparo porque el Ministerio de Gobernación congeló, a partir del 24 de febrero del 2006, su salario, lo que equivale de hecho — dice— a una medida cautelar. Sin embargo, argumenta que no procede dictar medidas cautelares sin siquiera una solicitud de apertura del procedimiento disciplinario y, en todo caso, según jurisprudencia de esta Sala, la medida cautelar de suspensión debe dictarse **con** goce de salario. En consecuencia, solicita a la Sala que ordene el pago del salario.

III. Sobre el fondo. Si es cierto que la jurisprudencia de esta Sala avalaba la tesis de la autoridad recurrida, debe advertirse que a partir de la sentencia No. 2004—07781 de las 11:16 horas del 16 de julio del 2004, se cambió el criterio externado en oportunidades anteriores; la Sala se pronunció así:

«No obstante este Tribunal estima que debe revertir su criterio, en el sentido de que si bien en los casos de que el trabajador tenga prohibido asistir a su lugar de trabajo por orden judicial como medida cautelar, la suspensión puede ser con o sin goce de salario, ello debe ser determinado por la misma autoridad judicial que dicta la medida y no por el patrono. Así las cosas, en aquellos casos en los que la autoridad judicial no haya ordenado que la suspensión laboral es sin goce de salario, deberá entenderse que es con goce de sueldo. El recurrente no se encuentra en prisión preventiva y siendo que la autoridad judicial no ordenó que la suspensión debía ser sin goce de salario, el Consejo recurrido no podía proceder a agravar la situación del amparado disponiendo que no podía percibir remuneración, a pesar de que se encuentra suspendido como medida cautelar en un proceso en el cual no se ha demostrado aún su culpabilidad. En consecuencia, procede estimar el recurso en cuanto a este extremo, lo que implica anular los acuerdos tomados por el Consejo Superior del Poder Judicial en las sesiones N°76-03, celebrada el nueve de octubre del dos mil tres, artículo LIII, 13-04 del veinticuatro de febrero del dos mil cuatro, y No. 15-04 celebrada el 2 de marzo del 2004, en el acuerdo Artículo LIX, en tanto se ordenó la suspensión del amparado sin goce de salario, pues como se indicó supra, es la autoridad judicial quien debe determinar si la medida cautelar es o no con goce de salario. Hasta tanto no sea éste quien lo ordene, la suspensión deberá ser con goce de sueldo».

Esta tesis ha sido reiterada recientemente por este Tribunal en sentencias No. 2006—02974, de las 15:37 horas del 7 de marzo del 2006.

5. El Carácter Instrumental de la Suspensión del Trabajador

[Sala Constitucional]^{vii}

Voto de mayoría

Por otro lado, debe tener en cuenta el accionante que la tutela cautelar se constituye en un **derecho atípico derivado del principio del acceso a la justicia** –tanto de la jurisdiccional como de la administrativa–, que se consagra en el artículo 41 constitucional, en tanto reconoce a todos los justiciables el derecho a obtener una justicia pronta y cumplida, y que encuentra su sustento en el **principio chiovendiano** (que expresa "**la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón**") [sentencia número 2005-06224, de las quince horas dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco]; puesto que por sus medios, es posible garantizar provisionalmente la efectividad de la resolución definitiva que se adopte (acto final en el procedimiento administrativo, sentencia en el proceso jurisdiccional). Así, se ha estimado que no puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano al que le corresponde impartir la justicia (administrativa o jurisdiccional) no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito; con lo cual, bajo esta inteligencia, la tutela cautelar **es un componente esencial o una manifestación específica de esa tutela al acceso a la justicia** [sentencia número 2005-06224, supra citada], que por mandato constitucional, debe ser pronta y cumplida, y por ello, "**el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo**" [sentencia número 2005-06224, supra citada], de manera que el órgano que imparte justicia, debe hacerlo efectivo cuando exista un riesgo a la efectividad de la resolución. Es en este sentido que las medidas cautelares –o asegurativas– surgen en el proceso **como una verdadera necesidad procesal**, en tanto permite garantizar una efectiva tutela al acceso a la justicia (se repite, tanto jurisdiccional como administrativa); de donde, se pueden conceptualizar como el "**conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa– para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final**" (sentencia número 7190-94, de las quince horas veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro). Sin embargo, no obstante que tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Tribunal han reconocido como una de las características esenciales de las medidas cautelares su **instrumentalidad**, esto es su supeditación a la existencia de un procedimiento administrativo o jurisdiccional principales; ello no impide que, en razón del interés que se intenta proteger (por ejemplo, tratándose de la tutela de bienes percederos, materia ambiental, o la tutela del interés superior del menor, estos últimos, según disposición constitucional, al tenor de los artículos 50 y 51), o la gravedad de los hechos acusados, en tanto pueda verse afectado seriamente el orden público, la moral o las buenas costumbres (artículo 28 constitucional), es que,

resulta, no sólo plenamente justificada, sino necesaria, la adopción de medidas cautelares tendentes a evitar la afectación de tales bienes o intereses, sobre todo, si consta una denuncia o queja contra un servidor público por alguna falta presunta en el ejercicio de la función pública encomendada –sustento del régimen disciplinario público–, que deba valorar la Administración mediante un procedimiento al efecto. De donde, la instrumentalidad de las medidas cautelares en la vía administrativa debe ser entendida en su correcto sentido, en el tanto, no se quebranta esa cualidad por el hecho de que el órgano director no halla iniciado el procedimiento administrativo, pero adopte la medida cautelar dentro de la fase de la investigación preliminar. Nótese, según lo que se dijo en el Considerando anterior, es una etapa dispuesta por el ordenamiento jurídico para acreditar si hay mérito o no para iniciar el procedimiento formal, de donde, ante la gravedad de la falta y el interés que se intenta proteger, resulta, no sólo posible, sino necesario en algunos casos, facultar a la Administración a adoptar este tipo de medidas, aún en la fase preliminar, caso contrario, podría verse seriamente comprometido el efectivo ejercicio del acceso a la justicia y a la tutela cautelar, ambos, en su verdadera acepción de derechos fundamentales consagrados –se repite– en el artículo 41 de la Constitución Política. Asimismo, debe considerarse que se trata de una medida meramente preventiva, llamada a desaparecer una vez definida la situación que la motiva, por lo que en consecuencia, podrá dictarse en su lugar la revocatoria de la medida preventiva impuesta (suspensión o traslado) o, en su defecto, la apertura del procedimiento correspondiente. Además, las medidas cautelares que dispone la norma impugnada –artículo 67 del Estatuto del Servicio Civil– tratándose de procedimientos disciplinarios, son la suspensión con goce de salario y el traslado del puesto, sin que por ello pueda estimarse que se trate de una grave afectación de los derechos laborales del funcionario investigado toda vez que los mantienen. Por último, es importante anotar que con anterioridad y en forma constante, esta Sala se ha pronunciado sobre la legitimidad y pertinencia de las medidas cautelares que han sido impuestas sobre la base de una investigación preliminar –así, por ejemplo, en sentencia número **5796-96**, de las dieciséis horas cuarenta y dos minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis, **05358-99**, de las diez horas con doce minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y nueve; y **2005-06044**, de las dieciséis horas cuarenta y cuatro minutos del veinticuatro de mayo del dos mil cinco–, criterio que se confirma ahora, con sustento en las razones dadas en esta ocasión, no encontrándose motivos para variarlo o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ PODER EJECUTIVO. Decreto Ejecutivo 34067-MP del veintitrés de agosto de dos mil siete. **Reglamento de Organización, Funciones y Procedimientos del Tribunal de Servicio Civil.** Vigente desde el doce de noviembre de dos mil siete. Versión de la Norma 3 de 3 del veintitrés de febrero de dos mil once. Publicado en la Gaceta N° 217 del doce de noviembre de dos mil siete.

ⁱⁱ INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS. Acuerdo N° 2004-465. **Reglamento Autónomo de Servicio del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.** Publicado en la Gaceta N° 162 del diecinueve de agosto de dos mil cuatro.

ⁱⁱⁱ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 4599 de las dieciséis horas con cincuenta y dos minutos del veintiséis de abril del dos mil cinco. Expediente: 04-010240-0007-CO.

^{iv} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1143 de las diez horas con treinta y cinco minutos del doce de agosto de dos mil diez. Expediente: 06-001296-0166-LA.

^v SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 197 de las nueve horas con cincuenta minutos del diez de febrero de dos mil diez. Expediente: 06-300040-0643-LA.

^{vi} SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 13095 de las quince horas con treinta tres minutos del cinco de setiembre de dos mil seis. Expediente: 06-004289-0007-CO.

^{vii} SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1030 de las catorce horas con treinta y cinco minutos del primero de febrero de dos mil seis. Expediente: 05-015441-0007-CO.