



La Potestad Disciplinaria de la Administración Pública

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Administración Pública.
Palabras Clave: Competencia laboral, Empleo público, Potestad disciplinaria, Prescripción.	
Fuentes: Jurisprudencia y Dictamen PGR.	Fecha de elaboración: 30/01/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la Potestad Disciplinaria de la Administración Pública. Se aclara la relación laboral común que existe entre algunos de los trabajadores e instituciones estatales, así como también se citan varias jurisprudencias sobre la mencionada Potestad Disciplinaria, explicando temas como el plazo de prescripción de la misma, la naturaleza y los alcances de esta facultad, y varios tipos de relaciones que se dan entre el Estado, sus instituciones y los trabajadores. Además se agrega un Dictamen de la Procuraduría General de la República que ahonda sobre el tema.

Contenido

JURISPRUDENCIA.....	2
1. Competencia laboral: Relación jurídica laboral común dentro de ente público no estatal ...	2
2. Potestad disciplinaria en el empleo público: Análisis sobre el plazo de prescripción cuando la falta es el cumplimiento de condena penal en prisión	3
3. Prescripción en materia laboral: Análisis del concepto de trabajador de la Hacienda Pública y plazo para ejecutar la sanción disciplinaria	4
4. Sanción administrativa disciplinaria: Plazo de prescripción aplicable al ejercicio de la potestad disciplinaria	7
5. Potestad disciplinaria en el empleo público: Naturaleza jurídica y alcances	27
6. Potestad disciplinaria en el empleo público: Análisis sobre el plazo de prescripción para que la Administración ejecute una autorización de despido cuando existe apelación ante el jerarca impropio.....	35
7. Potestad disciplinaria en el empleo público: Efectos y análisis del plazo de prescripción para aplicarla a guarda de asistencia rural	37
DICTAMEN 360 DEL 06/10/2008.....	40

JURISPRUDENCIA

1. Competencia laboral: Relación jurídica laboral común dentro de ente público no estatal

[Sala Primera de la Corte]ⁱ

Voto de mayoría:

“VII.- En el presente asunto aunque el señor Vargas Fernández solicita como pretensión final la anulación de varias conductas administrativas y el restablecimiento de sus derechos (lo cual da una aproximación al Contencioso Administrativo), lo cierto del caso es que se trata de un empleado de la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, la que según la Ley no. 7531 de Reforma Integral de Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio, es un ente público no estatal, con personería jurídica y patrimonio propio. En este tanto, la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional es un ente descentralizado, con organización propia, así como con potestad para dirigirse administrativa y financieramente. Como tal se trata de un ente que actúa al lado del Estado colaborando con él en el cumplimiento del bienestar general, pero bajo una administración separada. La naturaleza pública le viene asignada en virtud de las competencias que le han sido asignadas por el ordenamiento jurídico. De esta forma, el legislador optó por apartar este ente del aparato estatal y centralizado y lo ubicó dentro de un ámbito especial, en virtud de las obligaciones que debe cumplir, lo anterior, bajo el amparo de la Ley. Ahora bien, en el caso de los entes públicos no estatales, participan de la naturaleza de la Administración Pública solamente cuando ejercen funciones administrativas. Por tal motivo, únicamente en tal ámbito estarían sujetas al bloque y postulados de la legalidad administrativa; fuera de este, actúan sin estar revestidas de potestades de imperio, vinculándose con otros sujetos sobre la base del principio de autonomía de la voluntad y dando lugar a relaciones disciplinadas por el Derecho Privado. Y es precisamente sobre este último aspecto, que se debe indicar que los postulados del derecho público no pueden ser desplegados a sus relaciones laborales si en éstos puestos no desarrollan función administrativa. Es decir cuando no ejercen actividad administrativa, tales entidades entran dentro del marco del derecho privado. En este sentido, el demandante que al momento de los hechos se desempeñaba como oficial de seguridad, no se encuentra amparado por la estabilidad que los artículos 191 y 192 de la Constitución Política consagra para los servidores públicos, dado que la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional es un ente de derecho público no estatal, el cual se debe a un ente descentralizado, y por lo tanto, no se puede hablar de una relación de empleo público sino de derecho laboral. La relación laboral referida responde a una naturaleza privada, regida por el derecho laboral y la normativa respectiva, de manera tal que el objeto de la presente demanda corresponde ser ventilada en la vía laboral ordinaria, tal y como lo ha señalado ya la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional y múltiples pronunciamientos de la PGR. En estas circunstancias siendo que no estamos frente a un régimen de empleo público sino frente a una relación jurídico

laboral común, el asunto es de resorte exclusivo de la Jurisdicción de Trabajo, tal y como ahora se dispone.”

2. Potestad disciplinaria en el empleo público: Análisis sobre el plazo de prescripción cuando la falta es el cumplimiento de condena penal en prisión

[Sala Segunda de la Corte]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“III.- De la gestión de despido visible a folios del 1 al 6 y 53 a 55 del expediente disciplinario, se deduce que la causal de cese de la relación atribuida al actor, fue la del inciso k) del artículo 81 del Código de Trabajo, por encontrarse cumpliendo una pena de prisión ordenada mediante sentencia firme n° 183-07 de las 14:00 horas del 30 de abril de 2007 dictada por el Tribunal de juicio de Cartago, sentencia ejecutoriada que le impuso al actor una condena de 8 años de prisión, reducidos a 6 en virtud de un concurso material, la cual le imposibilita prestar sus servicios como funcionario activo del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Sobre ese punto el Tribunal de Servicio Civil, en resolución n° 11170 de las 9:05 horas del 24 de junio de 2008 (expediente n°14495) que resolvió la gestión planteada, refirió: *“De conformidad con la naturaleza de los hechos demostrados... Según queda comprobado, el demandado (...) se encuentra descontando sentencia de seis años de prisión, en el Centro de Atención Institucional de Cartago, al que ingresó desde el 12 de octubre de 2007. Que de acuerdo con certificación emitida por el señor (...) Jefe de Supervisión Técnica del Instituto Nacional de Criminología del Ministerio de Justicia y Gracia, la pena que descuenta el recurrido (...) fue puesta por el Tribunal de Juicio de Cartago, al encontrarlo culpable del delito de abuso sexual en concurso material contra persona mayor de edad, según sentencia N° 183-07 de las 14:00 del 30 de abril de 2007. Ante esa relación fáctica la gestión de despido contra el servidor (...) encuentra fundamento en las causas justas para dar por terminada la relación laboral que establece el artículo 81, inciso k) de Código de Trabajo, que dispone: ‘...k) Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoriada...’.* De donde se desprende además, la imposibilidad material que le asiste al demandado para poder asistir y cumplir con sus obligaciones laborales, pero más que eso, la situación del demandado responde a que, con su conducta y actos ya procesados, ha quebrantado principios éticos inherentes a toda relación de contrato laboral... Por consiguiente, de conformidad con lo que disponen los artículos 81 inciso k) y l) del Código de Trabajo y 43 inciso e) del Estatuto de Servicio Civil, procede acoger la gestión de despido sin responsabilidad para el Estado a que se refieren las presentes diligencias” (folios 57 a 61 del expediente disciplinario). El juzgado sustentó su fallo en que existió razón suficiente para aplicar al actor la máxima sanción, de conformidad con la causal del inciso k) del Código de Trabajo y refirió que podría también enmarcarse, en el supuesto de falta grave prevista en el inciso l), *“...pues ineludiblemente de ella deriva una clara pérdida objetiva de confianza en relación con el actor, en tanto los hechos anómalos que dieron lugar a la condena penal estaban directamente ligados al ejercicio de su cargo como servidor público...”*. Respecto de ese punto el ad-quem refirió: *“Por otro lado, ha*

de tenerse presente en el proceso que nos ocupa, que el cese se acordó no simplemente atendiendo a ausencias injustificadas o abandono de trabajo, sino que se cesa al actor por no presentarse a laborar por estar descontando una pena de prisión impuesta por sentencia firme, así que el término prescriptivo no puede computarse de igual manera que si se tratara de ausencias puras y simples, habida cuenta de que el efecto de la causal que impide al actor trabajar es continuada y desaparecerá hasta que este recupere su libertad y al momento que el Ministro eleva la causa ante el Tribunal de Servicio Civil, el actor no había regresado a trabajar”. De lo anterior se infiere sin dubitación alguna, que al actor se le cesó con sustento en la causal de despido del inciso k) del Código de Trabajo, como resultado de la sentencia ejecutoriada del Tribunal de Juicio de Cartago n.º 183-07 de las 14 horas del 30 de abril de 2007, que le impuso una condena de prisión, falta o causal sobre la cual no inició ni llegó a operar el plazo extintivo de la potestad disciplinaria, por cuanto la privación de libertad le impidió al actor mientras descontaba la pena presentarse a laborar y poder cumplir con las tareas a que está obligado, toda vez que en dicha condición se hace imposible la prestación del servicio, lo que hace de esa causal de despido contemplada en el citado inciso k), una falta continuada que solo desaparece hasta que la persona que cumple la pena recupere su libertad y en el caso que nos ocupa, cuando el jerarca del Ministerio de Obras Públicas y Transportes realizó la gestión de despido ante el Tribunal de Servicio Civil, el actor todavía se encontraba recluso, razón por la cual, el plazo perentorio de la prescripción de la potestad disciplinaria jamás dio inicio, menos aún pudo haber operado. En síntesis, en casos como éste, en que la causal de despido es continuada, el plazo de prescripción no opera, como sí sucede respecto de la falta de ejercicio de la potestad sancionadora, ante hechos concretos. De lo anterior se colige que, la excepción de prescripción de la potestad disciplinaria, fue correctamente denegada por el órgano de alzada. Por innecesario, esta Sala omite hacer pronunciamiento sobre los demás agravios planteados.”

3. Prescripción en materia laboral: Análisis del concepto de trabajador de la Hacienda Pública y plazo para ejecutar la sanción disciplinaria

[Sala Segunda de la Corte]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“V.- RESPECTO AL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN APLICABLE Y SU CÓMPUTO: El IDA se muestra disconforme con que se aplicara el ordinal 603 del Código de Trabajo. Desde su perspectiva, la norma correcta debió ser el canon 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. La versión del ordinal 71 que se encontraba vigente para la data de los hechos rezaba: *“La responsabilidad disciplinaria del servidor de la Hacienda Pública prescribirá en el plazo de dos años, contados a partir del conocimiento comprobado de la falta por parte del órgano competente, para iniciar el respectivo procedimiento sancionatorio. Para estos efectos, quedan reformados, respecto de los funcionarios o de los servidores públicos, el artículo 603 del Código de Trabajo y cualesquiera otras disposiciones jurídicas que se le opongán. / La*

comprobación del conocimiento de la falta podrá efectuarse por cualquier medio de prueba, con el valor que esta tenga, de acuerdo con la Ley General de la **Administración Pública** y, supletoriamente, de acuerdo con el derecho común. / Cuando el autor de la falta sea el jerarca, el plazo empezará a correr a partir de la fecha en que él termine su relación de servicio con el ente, la empresa o el órgano respectivo. / Se reputará como falta grave del funcionario competente, para iniciar el procedimiento sancionatorio, el no darle inicio a este oportunamente o el dejar prescribir la responsabilidad del infractor, sin causa justificada". Sobre esa norma en concreto, la Sala Constitucional sostuvo el criterio que dicho ordinal no podía tener un alcance irrestricto, sino que su ámbito de acción se reducía a los supuestos en que la persona servidora del Estado manejase y dispusiere de fondos públicos. Veamos lo dicho por ese órgano en su sentencia n.º 6750-1997 de las 11:12 horas del 17 de octubre de 1997: "En general, y como ya lo ha sostenido esta Sala en diversos pronunciamientos (1696-92 de las quince horas treinta minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y dos y 1472-94 de las diecisiete horas cincuenta y cuatro minutos del veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y cuatro), existió la voluntad del Constituyente para instituir un régimen de empleo diferenciado para los servidores del Estado, que operase bajo características de idoneidad, eficiencia y además -para lo que interesa en esta acción- que participara de la condición de estabilidad.- Lo anterior significa que el empleado público ostenta el derecho de permanecer en su puesto mientras cumpla con las condiciones legalmente exigidas y no incurra en ninguna de las causales de despido expresamente reguladas.- Se agrega a lo anterior, una clara intención legislativa, manifestada en el articulado de la Ley General de la Administración Pública, de hacer responsable al funcionario público por su actuaciones y en general por su conducta como parte integrante de la Administración Pública.- Esto coloca al Estado en tanto que patrono, en una posición muy distinta de la de los sujetos privados, dado que no puede como éstos, prescindir de sus empleados por la simple conveniencia, de manera que un mayor ámbito de ejercicio de la potestad disciplinaria se convierte en adecuada y justa para compensar esa desigualdad, principalmente si tomamos en cuenta los fines que debe perseguir el servicio público.- Unido a lo anterior -y ya en relación con el tema del "quantum" del plazo de prescripción- debe tenerse en cuenta que, a juicio de la Sala, la norma impugnada pretende dotar al Estado de armas efectivas para el control y sanción de los funcionarios públicos que cumplen una de las funciones más sensibles como lo es el manejo de dineros públicos.- / En efecto, considera esta Sede que si bien el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría, define la "Hacienda Pública" como "...la organización formada por los entes y órganos públicos, incluyendo los no estatales, propietarios o encargados, por cualquier título, de la administración del patrimonio público" y que éste último es "...la universidad constituida por los fondos públicos y por los pasivos a cargo de la Hacienda Pública", tales conceptos deben entenderse y aplicarse con relación a lo que constituye el objetivo principal de la Ley, vale decir, el establecimiento de la esfera de competencia de la Contraloría. / - Sin embargo, cuando se trata de temas ajenos en general a dicho órgano -tal y como es el caso del artículo 71 cuestionado- lo cierto es que la interpretación del concepto de servidor de la hacienda pública debe restringirse a aquel que tiene a su cargo el manejo de fondos públicos.- Para la Sala esta interpretación es necesaria, pues solo de esa forma resulta justificada y explicable la diferencia de los plazos de prescripción para la aplicación de sanciones disciplinarias.-

Dicho de otra forma, el plazo de dos años establecido en el artículo cuestionado resulta constitucionalmente adecuado solo si se entiende que con él se pretende posibilitar al Estado un control mayor sobre sus funcionarios que están directamente relacionados con el manejo y disposición de los fondos públicos, ello por indudable relevancia del tema y la gran necesidad de asegurar el manejo más sano y limpio posible de los fondos públicos” (la negrita es suplida). Como se puede observar, la citada disposición mantenía un criterio subjetivo que se circunscribía al análisis de los elementos especiales del trabajador, para concluir si se trataba o no, de un funcionario de la hacienda pública. En el sub júdice, la actora se desempeñaba como Jefa de la Sección de Beneficiarios en el IDA, despacho administrativo que se encargaba del proceso de selección de familias solicitantes de tierras y, se le endilgó la violación de los numerales 62 de la Ley de Tierras y Colonización y 4, 7, 8, 18, 22, 23 y 24 del Reglamento Autónomo para la Selección de Beneficiarios. De este modo, es diáfano que la servidora por la naturaleza de su cargo, en efecto intervenía en la disposición y manejo de bienes de naturaleza pública, tan es así, que sus labores se vinculaban directamente en la asignación de las parcelas que eran adquiridas y entregadas a familias campesinas con recursos del erario del Estado; razón por la cual no podía serle aplicado el precepto 603 del Código de Trabajo, sino la versión del canon 71 antes mencionado. Ahora bien, según consta la Presidencia Ejecutiva (funcionario competente para ejercitar la potestad disciplinaria en la institución) conoció del Informe de Auditoría Interna ARI-004-2001 el 26 de octubre de 2001 (folios 164 a 193), sin embargo, tuvo que ordenar una investigación preliminar el 14 de mayo de 2003, pues no estaban especificados los involucrados en esas irregularidades. El 20 de setiembre de 2006 se le informó de la necesidad de instaurar un procedimiento disciplinario a la accionante (folio 108 del expediente administrativo). Después, el 9 de octubre de 2006 dio la orden a la Unidad de Relaciones Laborales para que diera inicio a la tramitación del asunto. Finalmente, el acto de apertura de las 14:00 horas del 17 de noviembre de 2006 emitido por ese órgano, se le notificó formalmente a la accionante el 28 de noviembre siguiente (hecho treceavo de la demanda no contradicho por la representación del IDA). De manera reiterada esta Sala ha resuelto que en instituciones públicas donde es de rigor la apertura de un procedimiento previo a la imposición de la sanción de despido, el plazo de prescripción no inicia sino a partir del momento cuando el órgano responsable de acordar la decisión final se encuentra en posibilidad de hacerlo, es decir, cuando se le comunica el resultado de la investigación. Así, tenemos que entre el 20 de setiembre de 2006 el IDA estaba en plena posibilidad de iniciar el procedimiento disciplinario y, es el 28 de noviembre del mismo año en que da la apertura de esa causa, momento para el que el plazo fatal de dos años no se había completado.

4. Sanción administrativa disciplinaria: Plazo de prescripción aplicable al ejercicio de la potestad disciplinaria

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]^{iv}

Voto de mayoría

“II) SOBRE EL FONDO: II.1) RESPECTO A LOS DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS OFICIALES DE POLICIA DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD PUBLICA: Dispone la Ley General de Policía, número 7410 del 26 de mayo de 1994, que el Estado garantizará la seguridad pública, correspondiéndole al Presidente de la República y al ministro del ramo, tomar las medidas necesarias para garantizar el orden, la defensa y la seguridad del país, así como las que aseguren la tranquilidad y el libre disfrute de las libertades públicas (ordinal primero). De este modo, para la vigilancia y la conservación de la seguridad pública, existirán las fuerzas de policía necesarias. Las fuerzas de policía encargadas de la seguridad pública, son las siguientes: la Guardia Civil, la Guardia de Asistencia Rural, la policía encargada del control de drogas no autorizadas y de actividades conexas, la Policía de Fronteras, la Policía de Migración y Extranjería, la Policía del Control Fiscal, la Dirección de Seguridad del Estado, la Policía de Tránsito, la Policía Penitenciaria, la Policía Escolar y de la Niñez, así como las demás fuerzas de policía, cuya competencia esté prevista en la ley (numeral 6 ibid). Sus miembros son funcionarios públicos, simples depositarios de la autoridad. Deberán observar y cumplir, fielmente, la Constitución Política, los tratados internacionales y las leyes vigentes. Las fuerzas de Policía estarán al servicio de la comunidad; se encargarán de vigilar, conservar el orden público, prevenir las manifestaciones de delincuencia y cooperar para reprimirlas en la forma en que se determina en el ordenamiento jurídico (numeral 4 ibid). **Por su parte la Ley Orgánica del Ministerio de Seguridad Pública, número 5482 del 24 de diciembre de 1973, establece en su ordinal 3**, que la Fuerza Pública, constituida conforme a la Constitución Política por todas las fuerzas de policía del país y las eventuales fuerzas militares que se organicen en los caos de excepción que la misma establece, están subordinadas al Poder Civil, son organizaciones civiles, disciplinadas y sometidas a la superior jerarquía del Presidente de la República y del Ministro de Seguridad Pública. Son atribuciones generales de todas las fuerzas de policía el de resguardar el orden constitucional, prevenir potenciales violaciones de la integridad territorial de la República, velar por la integridad de los bienes y los derechos de la ciudadanía, asegurar la vigilancia y el mantenimiento del orden público, actuar según el principio de cooperación y auxilio recíprocos, en procura de la debida coordinación, de conformidad con las instancias y los órganos previstos al efecto, actuar, supletoriamente, en la realización de los actos de emergencia necesarios, cuando se enfrenten a situaciones que deban ser atendidas por algún cuerpo policial especializado, ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan, en los asuntos de su competencia, los tribunales de justicia y los organismos electorales, a solicitud de estos, colaborar con los tribunales de justicia, el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, en todas las actuaciones policiales requeridas y remitirles los elementos probatorios y los informes del caso, según corresponda, colaborar en la prevención y la represión del

delito, sobre bases de reciprocidad, con las organizaciones internacionales de policía, de conformidad con los convenios vigentes, auxiliar a las comunidades, las municipalidades y las organizaciones de servicio público y colaborar con ellas en casos de emergencia nacional o conmoción pública, mantener actualizados los registros de armas, explosivos y equipos indispensables para cumplir con sus funciones, llevar los libros de registro necesarios, en los que constarán: las operaciones policiales, los responsables de esas actividades, la nómina completa del personal que intervenga en cada operativo, patrullaje o acción policial, los datos personales, las horas de ingreso y egreso de los detenidos, así como otros datos que sirvan para el adecuado control de esas operaciones, levantar y mantener actualizados los registros de armas, propiedad de particulares, permitidas por ley y otorgar los permisos para portar armas, controlar el manejo de explosivos para usos industriales mineros o recreativos, actuar según el principio de cooperación y auxilio recíprocos, para el cumplimiento de lo establecido en la Ley General de Migración y Extranjería y su Reglamento, las demás atribuciones señaladas en la Constitución Política, los tratados internacionales, las leyes y sus reglamentos (artículo 8 de la Ley 7410). Es por ello, que son principios fundamentales de la actuación policial en el cumplimiento de sus funciones, el de observar la Constitución Política, los tratados internacionales y las leyes vigentes, acatar los trámites, los plazos y los demás requisitos, exigidos en el ordenamiento jurídico para la tutela de las libertades y los derechos ciudadanos, actuar responsablemente y con espíritu de servicio. En todo momento, mantener la más estricta neutralidad político-partidista y ser imparciales, para evitar intervenciones arbitrarias o discriminatorias, además, proteger las libertades ciudadanas, la dignidad de las personas y los derechos humanos, emplear la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que se requiera para el desempeño de sus funciones, guardar secreto respecto de asuntos confidenciales que puedan dañar el honor de las personas y que los hayan conocido en razón de sus funciones. Solo se les releva de esta obligación cuando deban cumplir con un deber legal, guardar absoluta confidencialidad sobre todos los documentos o los asuntos que constituyan secreto de Estado, abstenerse de divulgar información sobre asuntos que se encuentren en su fase investigativa, en una sede policial, cuidar y proteger la salud física y mental de las personas bajo su custodia, atender el suministro de medicamentos, la revisión médica o la atención hospitalaria de quienes requieran, con urgencia, esos servicios, por estar en peligro su vida, en el cumplimiento de sus funciones o en razón de ellas, no podrán recibir ningún beneficio susceptible de apreciación pecuniaria y distinto de la remuneración legal, proveniente ya sea de personas físicas o jurídicas, oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, aunque aceptarlo no configure delito, deberán denunciar todo delito de acción pública que conozcan y no cometer ningún acto de corrupción ni tolerarlo en su presencia. Asimismo, están obligados a rechazar esos actos y a denunciar a quienes los cometan, vestir los uniformes policiales autorizados y portar las armas, los equipos reglamentarios y los documentos de identidad que los acrediten como autoridad pública, salvo que peligre la prevención, la persecución o la investigación de algún asunto, acatar fielmente las instrucciones y las órdenes emanadas de sus superiores. No podrán invocar la obediencia debida a situaciones especiales, como estado de guerra o amenaza a la seguridad nacional o al Estado, una situación excepcional o cualquier otra emergencia pública, como justificación, exculpación o impunidad para la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en el momento de

interrogar a una persona o de privarla de su libertad, estarán obligados a exponerle el motivo de la detención y a explicarle su derecho de ser asistido por un defensor y de abstenerse de declarar en su contra y cumplir con las demás funciones previstas en el ordenamiento jurídico. Además, establece el numeral 12 de la Ley General de Policía, que un Estatuto Policial regulará las relaciones entre el Poder Ejecutivo y los servidores miembros de las distintas fuerzas de policía, con el propósito de garantizar la eficiencia en el mantenimiento de la seguridad pública y de proteger los derechos de estos servidores, el cual se encuentra desarrollado en el libro segundo de la misma ley, sin perjuicio de las normas reglamentarias. Por su parte, en cuanto a los deberes específicos de los miembros de la fuerza pública, el artículo 76 de la Ley 7410 es claro en cuanto a que están obligados a dedicarse exclusivamente a sus labores a tiempo completo, no podrán ocupar, simultáneamente, otros cargos o puestos dentro de la Administración Pública, excepto los previstos en la Ley de la Administración Financiera de la República. Tampoco podrán participar en actividades político-partidistas, aspirar a puestos de elección popular ni ejercerlos, deben ajustarse a los horarios definidos por reglamento, sin perjuicio de las obligaciones derivadas de la disponibilidad para el servicio y de las movilizaciones. Observar buena conducta, respetar y considerar a las personas con quienes tratan en el ejercicio de sus funciones, para evitar las quejas originadas por abusos o deficiencias en la prestación del servicio, recibir, obligatoriamente, los cursos de adiestramiento y capacitación que sus superiores les indiquen, con el propósito de mejorar la calidad del servicio, abstenerse de portar armas distintas de las autorizadas por reglamento. **A su vez, el Reglamento de Organización del Ministerio de Seguridad Pública, número 36366 del 02 de noviembre del año 2010, dispuso en su ordinal 108,** que sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones normativas, las funciones policiales ejercidas por los miembros de las fuerzas de policía, legalmente constituidas son: vigilar, mantener, conservar y restablecer el orden público y la seguridad ciudadana, prevenir, las manifestaciones de delincuencia y cooperar para reprimirlas, defender la soberanía nacional, garantizar la seguridad e integridad de las personas y de los bienes, procurar el respeto de los derechos y libertades de los (las) ciudadanos (as), colaborar con el cumplimiento de las normas sobre protección y conservación de la naturaleza, el ambiente y el patrimonio cultural e histórico y vigilar y controlar el uso y manejo de armas y explosivos y la ejecución de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, electorales y administrativos, ejecutar acciones en coordinación con los diferentes sectores del Estado y de la sociedad civil, para la prevención de las manifestaciones de delincuencia, captar, recibir y analizar información de interés policial para el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos, la atención operacional de las emergencias de origen natural o antrópico, auxiliar o colaborar con los servicios de atención de emergencias, comunidades, gobiernos locales y las organizaciones de servicio público, en casos de riesgo, catástrofe y/o conmoción pública. Colaborar en la protección y seguridad de los miembros de los supremos poderes y dignatarios, la participación en actividades de formación y capacitación, estrictamente técnico policiales, que se impartan a funcionarios policiales para el desempeño profesional, formación y capacitación a los diferentes sectores de la sociedad civil en materia de seguridad ciudadana, que permitan fortalecer la prevención de las manifestaciones de delincuencia, la acción operativa tendiente a controlar y vigilar el uso y manejo de armas y explosivos, la acción operativa de inspección, supervisión y control de los servicios de seguridad privada, la labor de apoyo operativo que permite el adecuado

desarrollo de la función policial, tal como: custodia, distribución, transporte y mantenimiento de armas y explosivos, la movilización de los (las) funcionarios (as) y sus suministros policiales, las actividades operativas de investigación, inspección y control para el correcto desempeño de las fuerzas de policía, las actividades orientadas a la obtención, procesamiento y difusión de la información operacional que permita la toma y adopción de decisiones oportuna, conveniente y fundamentada, así como vigilar y proteger las instalaciones y vías de comunicación de interés estratégico o táctico. A su vez dicho Reglamento citado, dispone en su artículo 113, que son atribuciones de la Fuerza Pública en concordancia con lo establecido en los artículos 8 y 10 de la Ley General de Policía ejecutar las políticas y acciones de seguridad ciudadana y nacional para el ejercicio y respeto a la Constitución Política, a la soberanía nacional, a la integridad territorial y el mantenimiento del orden público, asegurar el respeto de los bienes, derechos y libertades de los (las) habitantes de la Nación, velar por el cumplimiento de los tratados internacionales y la normativa jurídica que garantice el orden en las zonas fronterizas terrestres, incluidas las edificaciones públicas, diplomáticas, sedes aeroportuarias y donde se realizan actividades aduanales y migratorias, ejecutar aquellas actuaciones policiales, dentro del ámbito de su competencia, que le sean debidamente requeridas por instituciones estatales, elaborando un informe y remitiendo los elementos probatorios, si así procede, coordinar para que de manera pronta y eficaz, se efectúe o realice la captura de personas evadidas de las cárceles o prófugos de la justicia, brindar auxilio y cooperación, dentro del marco de sus competencias, a gobiernos locales, instituciones del Estado, entidades de servicio público y en general a las comunidades, colaborar en la prevención y represión del delito, con base en el principio de reciprocidad con aquellas organizaciones internacionales de policía y de conformidad con la normativa y los convenios vigentes, velar por el cumplimiento de lo estipulado en la Ley de Armas y Explosivos y sus reformas, mantener actualizados los registros e inventarios de armas, municiones, explosivos y equipos indispensables para el cumplimiento de sus funciones, elaborar los registros necesarios para hacer constar las operaciones policiales, sus responsables, el personal que intervenga en el operativo, patrullaje o acción policial, así como el nombre completo y demás calidades de las personas detenidas, sus horas de ingreso y egreso de la unidad policial, cumplir sus funciones sin limitación de horario, con el debido esmero, denuedo y dedicación, para el cumplimiento de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, guardar estricta confidencialidad sobre la información obtenida de las investigaciones y operativos policiales llevados a cabo o en proceso, los demás deberes y atribuciones señalados en el ordenamiento jurídico. En igual sentido, dispuso el **Reglamento de Ética de los Miembros de las Fuerzas de Policía Adscritas al Ministerio de Seguridad Pública, número 31463 del 28 de agosto del 2003**, en su artículo primero que los miembros de las fuerzas de policía tienen el deber de cumplir con la misión encomendada, respetando el ordenamiento jurídico y con espíritu de servicio, debiendo velar por la soberanía nacional, mantener la vigilancia y la seguridad de los habitantes, proteger sus bienes, cooperar en la protección de los recursos naturales de la Nación, prevenir y reprimir toda clase de delincuencia, y todos los demás deberes que le impone el ordenamiento jurídico. Como funcionarios públicos, son simples depositarios de la ley para hacerla cumplir, por lo que éticamente son los primeros llamados a respetar la ley y el orden, observar en todo momento los deberes que les impone la Constitución Política, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos y las disposiciones

administrativas, así como los deberes que se desprenden de la misión institucional, sirviendo a la comunidad mediante la investigación, prevención y represión de las manifestaciones de delincuencia, de conformidad con la competencia policial en la que se encuentren circunscritos, teniendo siempre presente que su función profesional está enmarcada por el espíritu de servicio público, el bien común, el compromiso con los habitantes, con los tribunales de justicia y demás autoridades públicas, capacitarse continuamente para el desempeño de sus funciones y ejercer la profesión policial de manera eficiente, objetiva, imparcial, con estricta observancia de los principios que caracterizan la actuación policial, mantenerse informados sobre el marco de legalidad que regula la esfera de sus actuaciones, así como de los aspectos teóricos y operacionales propios de su profesión, con la finalidad de que el desempeño en la función policial se realice conforme a los principios de la actuación policial y con alta calidad profesional, asumir en el cumplimiento de su trabajo, ante todo, la verdad, entendida ésta como la correspondencia de los juicios profesionales con la realidad objetiva de los hechos, debiéndose respaldar el trabajo profesional con el empleo de la técnica policial como modelo de transparencia que otorga credibilidad, objetividad y solidez a la labor policial, actuar con total objetividad e imparcialidad, sin discriminar entre las personas en razón de su condición social, cultural o económica, de sus creencias religiosas o ideas políticas, o por los cargos que pudieran tener en la sociedad. En igual sentido establece el numeral tercero del Reglamento número 3463 que los servidores de la fuerza pública, ostentan tal condición e investidura las 24 horas del día, por lo que deben ajustar su conducta a los más altos ideales de dignidad humana y a los principios de urbanidad, buenas costumbres y sana convivencia social, conduciéndose de manera atenta, cordial, educada, amable, cortés, respetuosa, tolerante, comprensiva, diligente, eficiente y cívica, tanto en el ejercicio profesional como en el desempeño del cargo y en su vida privada, actuar bajo el principio de conciencia de grupo, teniendo presente que el trabajo policial es fundamentalmente trabajo en equipo, de conformidad con parámetros de cooperación, coordinación y lealtad en las tareas que se realizan. Por consiguiente, deben propiciar y mantener relaciones de respeto, disposición y buen ánimo para con sus compañeros, superiores y colaboradores subalternos, en aras de un ambiente laboral armónico y cordial, abstenerse de emitir comentarios que puedan incidir negativamente en la honra o reputación de sus compañeros, de sus superiores o de sus subalternos, o que puedan afectar la buena imagen del Ministerio. En caso de tener noticia sobre cualquier irregularidad, el servidor deberá plantear el asunto ante su jefe inmediato o ante el Departamento Disciplinario Legal, abstenerse de realizar en su vida privada y aún durante su tiempo libre, actuaciones incompatibles con la función policial, o que comprometan la investidura policial que ostenta durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año, debiendo respetar la dignidad de las personas y proteger los derechos humanos (ordinal 3), debiendo velar por la salud física y psicológica de las personas bajo su custodia, asegurando su protección, tomando para ello las medidas necesarias para proporcionarles atención médica cuando sea preciso. En ningún caso podrán infligir, instigar o tolerar la aplicación de medidas que atenten contra la integridad física o psicológica de las personas, con el objeto de obtener informaciones o confesiones, ni se podrá aceptar la tortura, los tratos ilegítimos, inhumanos o degradantes (numeral 4), hacer uso de sus armas y la fuerza cuando sea estrictamente necesario, y en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones cuando exista un riesgo racionalmente grave para sus vidas o para su

integridad física, o la de terceras personas, cuando tengan conocimiento de asuntos confidenciales, respetarán el secreto profesional que los obliga a proteger la información obtenida, con el propósito de proteger la investigación policial y la honra de las personas, a menos que el deber legal exija revelarla Artículo 6), no cometer actos de corrupción ni tolerarlos en su presencia. Asimismo, están obligados a rechazar esos actos y a denunciar a quienes los cometan. A su vez el artículo 7 al 10 de dicho Reglamento 31463 dispone que deben además mantener siempre clara conciencia de su responsabilidad individual por los actos que ejecuten, actuando en todo momento con probidad y honradez, rechazando vigorosamente y denunciando toda acción u omisión que pueda conducir a actos de corrupción o cualquier otra conducta contraria al ordenamiento jurídico, abstenerse de sugerir, solicitar ni recibir estipendio, dádiva, donación o ventaja alguna para sí o para un tercero, incluso ni para la Unidad policial para la cual trabajan. En el supuesto de que alguna persona física o jurídica desee realizar donaciones al Ministerio o a cualquiera de sus dependencias, deberá orientársele para que formalice los trámites correspondientes ante la oficina administrativa competente, sea la Sección de Control y Fiscalización de Activos de la Proveduría Institucional, abstenerse de utilizar su investidura o las facilidades que otorga el Ministerio, para cometer cualquier tipo de abuso en contra de las personas, o para procurarse alguna ventaja para sí o para un tercero, abstenerse de utilizar o propiciar el uso de herramientas y equipo asignado, para asuntos ajenos a la naturaleza de la función policial y al Ministerio de Seguridad Pública, guardar su compostura y disciplina en todo momento. Mantener buena presentación personal, portar el uniforme oficial completo, con decoro y aseo, de modo que sea representativo de la buena imagen y reputación que corresponde a los miembros de las fuerzas de policía y al buen nombre del Ministerio de Seguridad Pública, velando activamente por el decoro, orden y aseo de las instalaciones físicas y de los bienes e instrumentos de trabajo que se encuentren en la Unidad policial en la que laboran, de modo que no venga a menos el prestigio y la buena imagen de la Unidad Policial para la cual laboran, ni del Ministerio de Seguridad Pública, cultivando el honor policial, como suprema cualidad moral que los impulsa a cumplir sus deberes profesionales en plenitud. **Por su parte el Reglamento para Uso de Vehículos del Ministerio de Seguridad Pública, aprobado mediante decreto ejecutivo número 26112 del 09 de mayo de 1997, estableció** en su artículo primero que regula la forma de utilización de los vehículos pertenecientes al Ministerio de Seguridad Pública, con el propósito de que estos bienes sean destinados a la consecución de los fines para los cuales han sido designados, disponiendo por su parte el artículo séptimo que los vehículos de uso de la fuerza pública son aquellos utilizados para dar cumplimiento a los fines que han sido encomendados al Ministerio de Seguridad Pública, en cuanto al mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana por el ordenamiento jurídico vigente y que en forma permanente se encuentran asignados a la Fuerza Pública. Clasificándose los vehículos de uso de la Fuerza Pública en vehículos destinados al servicio de vigilancia, vehículos destinados a labores de investigación, vehículos para el transporte de servidores y recursos y de apoyo logístico de la Fuerza Pública, vehículos para el transporte y seguridad de los funcionarios policiales que conforman la Escala de Oficiales Superiores de la Fuerza Pública, quienes desempeñan cargos de Director y Subdirector General, Directores y Subdirectores Regionales, Directores y Subdirectores de unidades policiales especializadas (artículo 8). Los vehículos destinados al servicio de vigilancia son aquellos vehículos de uso de la fuerza pública,

con el fin de exclusivo de prestar servicios relacionados con la seguridad ciudadana, el mantenimiento del orden público, la protección de los bienes y vidas de los habitantes y demás funciones de policía (artículo 9). Los vehículos destinados al servicio de vigilancia deben utilizarse exclusivamente, para el cumplimiento de las funciones policiales que define el artículo 9° de este Reglamento, está prohibido su uso en asuntos particulares (artículo 10). Por su parte los vehículos destinados a labores de investigación son aquellos asignados a diferentes unidades policiales especializadas, que por la naturaleza de las funciones en que son utilizados no es oportuno o conveniente que visiblemente exhiban sus distintivos de manera tal que puedan ser identificados como vehículos policiales (numeral 10). A su vez los jefes de cada una de las diferentes dependencias u oficinas administrativas así como de las unidades policiales a los cuales se les asignen vehículos, deberán ejercer los controles adecuados para que el uso de los automotores sea en forma adecuada y acorde con los fines públicos para los cuales han sido destinados (artículo 22). Además, para lograr un adecuado uso y control de los vehículos del Ministerio cada dependencia u oficina administrativa y unidades policial a la que se le haya asignado o prestado un vehículo deberá cumplir con supervisar la labor de los chóferes y verificar que su licencia de conducir esté al día, autorizar el uso de los vehículos de conformidad con las características del servicio que se presta y las demandas de este, controlar el kilometraje y motivo de uso del vehículo, llevar una tarjeta de control para cada vehículo asignado o prestado que contenga al menos los siguientes datos: número de placa o patrimonio, que tenga número de motor, número de chasis, marca, modelo, y código interno, si lo tuviere (artículo 23). Además, esta absolutamente prohibido utilizar los vehículos para fines diferentes aquellos para los cuales han sido designados, permitir que personas no autorizadas para la función o servicio que se propone brindar viajen en vehículos pertenecientes al Ministerio, salvo en los casos que por aspectos de trabajo o emergencia se justifique, conducir en estado de ebriedad o bajo el efecto de cualquier droga que disminuya su capacidad física o mental o en forma temeraria, hacer intercambio de accesorios entre las unidades, sin contar con la autorización respectiva del Departamento de Control y Fiscalización de Activos, permitir que personas no autorizadas conduzcan los vehículos asignados a cada una de las dependencias ministeriales y las unidades policiales, hacer abandono de los vehículos de este Ministerio sin causa justificada, irrespetar la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y demás reglamentos, utilizar los automotores en actividades personales o ajenas a las labores de la institución o fuera del horario al que éste se encuentre sujeto, utilizar indebidamente los combustibles, herramientas y repuestos asignados al vehículo, adherir a los vehículos rótulos que no sean oficiales, conducir vehículos oficiales sin tener la respectiva licencia (artículo 26).

II.2) RESPECTO AL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS OFICIALES DE POLICIA DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD PUBLICA Y PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO: En lo atinente al régimen disciplinario de los oficiales del Ministerio de Seguridad Pública , éste se ha dispuesto en el Reglamento de Organización del Ministerio de Seguridad Pública, número 36366 del 02 de noviembre del año 2010, que corresponde al Ministro(a) como órgano jerárquico superior de esta Cartera y en forma conjunta con el (la) Presidente(a) de la República, nombrar y remover en forma libre, a los (las) miembros de la Fuerza Pública, empleados (as) y funcionarios (as) que sirvan en cargos de confianza y a los demás que determine, en casos

calificados, el Estatuto de Servicio Civil, y las disposiciones correspondientes del Estatuto del Servicio Civil y de la Ley General de Policía, lo que es complementado con el canon 140 de la Constitución Política. **A su vez, la Ley General de Policía del 26 de mayo de 1994, dispuso** que es atribución del Presidente de la República y del ministro del ramo nombrar y remover a los miembros de las fuerzas de policía, con sujeción a los principios mínimos establecidos en la presente Ley y sus Reglamentos. En igual sentido el numeral 55 de la Ley General de Policía estableció que el Consejo de Personal tiene como atribución conocer y resolver, en primera instancia, las recomendaciones de despido y las suspensiones temporales, al aplicar el régimen disciplinario, así como elevar el asunto ante el ministro respectivo, se apele o no la resolución de que se trate. A su vez corresponderá al departamento legal del ministerio respectivo, por medio de una sección de inspección policial, instruir los expedientes disciplinarios por faltas graves y pasar el informe, con la recomendación del caso, al Consejo de Personal (artículo 74 Ley 7410). Por su parte, estatuye el artículo 75 de la ley 7410, que los miembros de las fuerzas de policía sólo podrán ser removidos de su puesto cuando incurran en una falta grave, de conformidad con el ordenamiento jurídico, o cuando, para mejorar el servicio, se determine su ineficiencia o incompetencia manifiestas, conforme a las disposiciones de esta Ley. Debiendo ajustarse el régimen disciplinario aplicable a los miembros de los cuerpos de policía, conforme a los principios de actuación policial (artículo 77 Ley 7410). Respecto a los tipos de faltas y sanciones aplicables podrán ser leves y graves, las primeras se sancionarán con el apercibimiento oral o escrito y las segundas, con la suspensión, sin goce de salario, de uno a treinta días o el despido sin responsabilidad patronal (numeral 78). Las faltas se determinarán de acuerdo con el grado de dolo o culpa en la conducta constitutiva de la infracción, el modo de participación, sea como autor, cómplice o instigador, el grado de perturbación real en el funcionamiento normal de la prestación del servicio y en su trascendencia para la seguridad ciudadana, los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, los efectos reales de la falta sobre la consideración y el respeto debidos a la ciudadanía, los subalternos del infractor o sus superiores, el grado de quebrantamiento de los principios de disciplina y jerarquía, necesarios para el buen desempeño de las fuerzas policiales (ordinal 79 Ley 7410). Las amonestaciones orales o escritas por faltas leves, las emitirá el jerarca inmediato del amonestado, sin más trámite que concederle audiencia, la escrita contendrá el relato sucinto del hecho que motiva la infracción y los fundamentos que justifican la sanción disciplinaria (ordinal 80 Ley 7410). Son faltas graves la violación del juramento de lealtad a la Constitución Política, los tratados internacionales y las leyes de la República, cualquier conducta tipificada en las leyes penales como delito doloso, la violación reiterada de los trámites, los plazos o los demás requisitos procedimentales, exigidos por el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos ciudadanos. Las actuaciones arbitrarias, discriminatorias o claramente inspiradas en posiciones político-partidistas, que afecten las libertades ciudadanas, la dignidad de las personas o los derechos humanos, el uso indiscriminado, innecesario o excesivo de la fuerza en el desempeño de sus labores, la violación de la discreción debida y del secreto profesional en asuntos confidenciales, cualquier abuso de autoridad o maltrato de personas, aunque no constituya delito, la renuencia a prestar auxilio urgente, en los hechos y las circunstancias graves en que sea obligatoria su actuación, el abandono injustificado del servicio, el ejercicio de actividades públicas o privadas, incompatibles con el desempeño de sus funciones, la falta manifiesta de colaboración con el

Organismo de Investigación Judicial o las otras fuerzas de policía. La embriaguez habitual o el uso de drogas no autorizadas durante el servicio, la portación de un arma antirreglamentaria, solicitar, aceptar o recibir cualquier beneficio indebido, o aceptar la promesa de una retribución de esa naturaleza, a cambio de hacer u omitir actos, sean o no propios de sus funciones, cualquier otra conducta sancionada con despido en el Código de Trabajo (artículo 81 ibid). En igual sentido, es claro el numeral 88 y 89 de la ley 7410 ibid, que será despido justificado sin responsabilidad patronal el acaecido por la comprobación de que han incurrido en una falta grave, según lo dispuesto en la presente Ley, por incurrir en cualquiera de las causales establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo, por ineficiencia o impericia manifiesta y comprobada en el desempeño del puesto. **Por su parte en cuanto al procedimiento que se debe seguir en materia disciplinaria de los oficiales de seguridad**, dispone la **Ley General de Policía** en su artículo 84, que el Departamento Legal del Ministerio de Seguridad se encargará de investigar preliminarmente toda acusación que implique la suspensión temporal o el despido del servidor amparado por el Estatuto de Policía. De este modo, preparado el informe correspondiente, el departamento citado recomendará alguna medida y trasladará el asunto al Consejo de Personal para que lo resuelva en primera instancia, el afectado por una medida disciplinaria de este tipo tendrá derecho a recurrir al ministro del ramo, dentro de los tres días siguientes al de la notificación y si no se apela, el asunto se remitirá al ministro quien resolverá definitivamente y dará por agotada la vía administrativa. El inicio de la acción penal pública no impide que, simultáneamente, se comience la investigación administrativa, por los mismos hechos y para aplicar el régimen disciplinario, la relación de hechos probados que se pronuncien en la sentencia penal vincula a la instancia administrativa, para los efectos disciplinarios y laborales del caso, aunque con anterioridad haya recaído una resolución administrativa favorable al servidor; en este caso deberá oírsele, sumariamente, antes de aplicar las sanciones que correspondan. Lo anterior no impide que, mientras se resuelve el asunto en la vía penal, la administración tome las medidas provisionales que estime necesarias (artículo 85 ibid). En cualquier caso de procesamiento en sede penal, por delito vinculado con torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, de inmediato la administración suspenderá al servidor y, hasta la decisión del caso, le retendrá, total o parcialmente, el salario (artículo 86 ibid). A partir de la amonestación escrita, toda sanción deberá constar en el expediente que, de cada servidor, llevará el departamento de personal. **Por su parte la Ley Orgánica del Ministerio de Seguridad Pública, número 5482 del 24 de diciembre de 1973**, establece en su ordinal 10 que el ministerio está obligado a tramitar las quejas por irregularidades que cometan las autoridades de policía y resolver lo que proceda dentro de los treinta días siguientes y cuando una autoridad resulta presunta responsable de algún delito cometido en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio deberá hacerlo de conocimiento inmediato de la Procuraduría General de la República para que, si procede, establezca las acciones correspondientes. **A su vez el Reglamento del Departamento Disciplinario Legal, número 28856 del 24 de julio del año 2000, vigente hasta la entrada en vigencia en noviembre del 2010 del Reglamento de Organización del Ministerio de Seguridad Pública**, aprobado mediante decreto ejecutivo N° 36366 del 2 de noviembre de 2010, establecía en su artículo primero y segundo, que se creaba el Departamento Disciplinario Legal, como instancia legal técnica especializada, exclusivamente para efectos de tramitación disciplinaria y de responsabilidad civil que deriven de las faltas e irregularidades de los

servidores del Ministerio de Seguridad Pública, el cual fungía como Órgano Director de Procedimientos Administrativos de primera instancia, emitía la resolución de recomendación con autonomía de criterio ante el órgano competente decisorio de igual forma tramitaba los recursos de revocatoria que suscribía el órgano decisorio competente de primera instancia y los recursos de amparo que se interpongan contra los mismos por razones de procedimientos disciplinarios, así como cualquier otra tramitación referente a los aspectos disciplinarios que deba hacerse ante otras instancias dentro o fuera del Ministerio, teniendo competencia en todo el territorio nacional, y actuando de oficio o por denuncia por queja interpuesta. En el levantamiento de la información o instrucción respectiva, se ajustaba al procedimiento ordinario regulado en la Ley General de la Administración Pública y en cuanto a llegadas tardías y faltas leves de los servidores administrativos, que puedan derivar en sanción de amonestación por escrito, el trámite será sumario y en cuanto a las faltas leves de los servidores policiales que ameriten amonestación, se adecuaba a lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria que regula la relación de servicio de los miembros de la fuerza pública. **De reciente data, el Reglamento de Organización del Ministerio de Seguridad Pública, aprobado mediante decreto ejecutivo número 36366 del 02 de noviembre del año 2010**, el cual derogó el Reglamento del Departamento Disciplinario Legal, número 28856 del 24 de julio del año 2000, dispuso en su ordinal 7, que el Proceso Jurídico Administrativo tendrá las funciones de conocer y preparar los proyectos de resolución de los recursos de apelación en materia disciplinaria, así como de cualquier otra materia administrativa, cuya resolución deba ser emitida por el (la) Ministro(a) y que no esté asignada a alguna otra dependencia. A su vez indica, el numeral 28 del reglamento citado que el Consejo de Personal se encargará de conocer y resolver, en primera instancia, las recomendaciones de suspensiones temporales, al aplicar el régimen disciplinario a los (las) funcionarios (as) policiales, así como elevar el asunto ante el (la) Ministro (a), cuando se apele la resolución de que se trate y conocer y recomendar las causas de despido ante el (la) superior (a) jerárquico (a), en aplicación del régimen disciplinario. Por su parte el Departamento Disciplinario Legal, es la instancia legal técnica especializada, exclusivamente para efectos de tramitación disciplinaria y de responsabilidad civil que deriven de las faltas e irregularidades de los (las) servidores (as) del Ministerio de Seguridad Pública (numeral 90). El Departamento Disciplinario Legal tendrá las funciones de fungir como Órgano Director de procedimientos disciplinarios administrativos ordenados e incoados en contra de los (las) funcionarios (as) del Ministerio y emitir la resolución de recomendación, con autonomía de criterio, ante el órgano competente de decisión, recomendar al Ministro (a) el inicio o no de gestión de despido ante la Dirección General de Servicio Civil, por faltas graves, en el caso de funcionarios amparados a ese Régimen, preparar la información correspondiente y elaborar la acción que firmará el (la) Ministro (a) en las gestiones de despido que se tramitan ante la Dirección General del Servicio Civil, dar seguimiento y elaborar los escritos que suscribirá el (la) Ministro (a) en las gestiones de despido que se tramitan ante la Dirección General del Servicio Civil y remitir la disposición final a la Dirección de Recursos Humanos, para lo de su cargo. Participar con el Consejo de Personal en la disposición de asuntos disciplinarios, recomendar la suspensión provisional con goce de salario de los (las) servidores (as) del Ministerio, previo a la apertura de la causa administrativa y como medida cautelar, de conformidad con lo estipulado en la normativa vigente, coordinar con la Dirección de Recursos Humanos, la suspensión

sin goce de salario de los servidores del Ministerio, cuando se dicte en su contra una medida cautelar y el despido cuando hayan sido condenados penalmente, recomendar la procedencia de la reubicación temporal ya sea del (de la) funcionario (a) que denuncie hostigamiento sexual o del (de la) funcionario (a) denunciado (a), y en caso que tal gestión prospere y así se disponga por parte del órgano competente, coordinar con la Dirección de Recursos Humanos, la ejecución de dicha reubicación, coordinar con la Dirección de Recursos Humanos la suspensión sin goce de salario de los (las) servidores (as) con grado profesional, cuando hayan sido suspendidos de sus respectivos colegios profesionales, recomendar o no la procedencia de una causa administrativa disciplinaria, en asuntos de daño o pérdida de bienes y/o derechos del Estado, posterior a las diligencias administrativas de reparación o reposición que corresponda, disponer el archivo interno de asuntos que no ameriten apertura de causa administrativa, previa resolución emitida en ese sentido por el órgano competente, que no representen interés actual para la Administración o no constituyan pérdida económica para el Estado, remitir al Ministerio Público, los trámites administrativos correspondientes, cuando de los procesos disciplinarios se evidencie la posible comisión de un delito por parte de un servidor del Ministerio, tramitar los recursos de revocatoria que suscribirá el órgano decisorio competente y los recursos de amparo que se interpongan contra los mismos o contra cualquiera de los órganos, por razones de procedimientos disciplinarios, preparar los proyectos de resoluciones interlocutorias y finales, así como los informes que soliciten a la Dirección General Administrativa, por las causas administrativas disciplinarias a su cargo (artículo 91). Para el levantamiento de la información o instrucción respectiva, se estará a lo dispuesto para el procedimiento ordinario regulado en la Ley General de la Administración Pública (ordinal 92). En cuanto a llegadas tardías y faltas leves de los servidores administrativos, que puedan derivar en sanción de amonestación por escrito, el trámite será sumario. En cuanto a las faltas leves de los servidores policiales que ameriten amonestación, se estará a lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria que regula la relación de servicio de los miembros de la fuerza pública. Concluida la instrucción, el Departamento Disciplinario Legal dictará las recomendaciones disciplinarias y de responsabilidad civil, conforme la normativa legal y reglamentaria aplicable en cada caso, según el régimen de relación de servicio al que esté adscrito (a) el (la) servidor (a) y remitirá la información levantada al órgano encargado de decidir, según corresponda: Al Consejo de Personal, si se trata de personal policial y; al (a la) señor (a) Viceministro (a), en los casos de personal administrativo; en este último supuesto, el (la) Viceministro (a), decidirá como órgano decisor de primera instancia si acoge, rechaza o modifica la recomendación hecha por el órgano director de procedimiento. Contra lo resuelto por el (la) Viceministro (a) cabrán los recursos de revocatoria con apelación en subsidio. El órgano decisor podrá apartarse de las recomendaciones del Departamento Disciplinario Legal, razonando los motivos de hecho y de derecho en que funda su decisión; pero en los casos del personal administrativo se debe disponer de la sanción dentro del plazo ordenatorio de diez días naturales contados a partir de la fecha en que el resultado de la instrucción llegó a su Despacho. En el caso del personal policial se estará a lo regulado en la Ley General de Policía. La resolución final debe contener los motivos que la fundamentan, indicación de los recursos ordinarios que proceden contra la misma, el término para interponerlos y el órgano ante el cual se deben interponer. Corresponderá al órgano director del procedimiento realizar la notificación de todas las actuaciones relacionadas

con el procedimiento disciplinario hasta culminar con la recomendación al órgano decisor correspondiente. Corresponderá a la Asesoría Jurídica realizar las diligencias de notificación de las medidas cautelares que disponga el órgano competente, las resoluciones interlocutorias de los recursos que en alzada conoce el (la) Ministro (a), la resolución final del proceso disciplinario y las resoluciones que resuelvan recursos contra el acto final, y devolverá el expediente con la respectiva constancia de notificación al órgano director del procedimiento en el plazo de cinco días hábiles contados a partir de la efectiva recepción del acta de notificación debidamente diligenciada; salvo que la sanción sea despido, en cuyo caso mantendrá el expediente a la espera de un eventual recurso. En este último caso, notificada la resolución o no habiéndose presentado recurso, el expediente se devolverá oportunamente a la oficina que tramitó el procedimiento disciplinario. La ejecución de la sanción corresponderá a la Dirección de Recursos Humanos, la cual deberá ser informada oportunamente por la oficina que realizó la notificación (ordinal 93). La Sección de Inspección Policial del Departamento Disciplinario Legal será la encargada de tramitar la instrucción disciplinaria de todos los asuntos por faltas disciplinarias graves de todos los servidores policiales de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Policía y cualquier otra normativa legal y reglamentaria que rige la relación de servicio de los miembros de la fuerza pública. En caso de que en una misma causa disciplinaria se puedan ver involucrados tanto servidores policiales como servidores administrativos, la tramitación de los procedimientos corresponderá a la Sección de Inspección Policial para efectos de economía procesal (numeral 94). Al (a la) Jefe del Departamento Disciplinario Legal le corresponde emitir y suscribir necesariamente los actos resolutivos propiamente dichos: autos de apertura de procedimientos disciplinarios, resoluciones interlocutorias y la resolución final de recomendación que dirigirá al órgano decisorio respectivo (artículo 95). A su vez los Jefes de Sección velarán por que se cumplan en debida forma los procedimientos de instrucción disciplinaria de los asuntos asignados a la Sección bajo su cargo, para lo cual deberá suscribir en calidad de Jefe de Sección, las distintas actuaciones de tramitación necesarias para la buena marcha de los procedimientos, salvo los autos de apertura, resoluciones interlocutorias y resolución de recomendación final, los cuales corresponde suscribir al Jefe del Departamento Disciplinario Legal; no obstante el (la) Jefe de Sección, deberá revisarlos previamente y consignar su “visto bueno” de previo a ser firmados por el (la) Jefe del Departamento Disciplinario.

II.3) SOBRE LAS ALEGACIONES EN TORNO A LA CADUCIDAD DE LA INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA Y PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA IMPUESTA: En lo referente al ejercicio de la **potestad** disciplinaria y la investigación de los oficiales de policía del Ministerio de Seguridad Pública, establece el ordinal 83 de la Ley General de Policía, número 7410 del 26 de mayo de 1994 en materia de prescripción de las faltas disciplinarias, que las faltas leves prescribirán en un mes y las graves, a los dos años y se interrumpirá cuando se inicie el procedimiento disciplinario. **Aplicado lo indicado al caso concreto**, tenemos que expresa la actora en la audiencia de juicio que acaeció la prescripción y caducidad de la facultad sancionatoria del Ministerio de Seguridad Pública, y la caducidad del procedimiento disciplinario, indica que se incumplió lo dispuesto en los artículos 258 y 261 de la Ley General de la **Administración** Pública, porque no se terminó el procedimiento disciplinario en dos meses, prorrogable un mes más, en razón de lo

cual debió de concluir en tres meses. Expresa que la apertura del procedimiento disciplinario administrativo inicia el 25 de marzo del 2009 y concluye el 2 de octubre del 2009, o sea 6 meses y 7 días, superando los plazos establecidos por ley. Sostiene que la **Administración** desde la conclusión final del acto hasta la materialización del despido utiliza un plazo de un año, 5 meses y 15 días, teniendo como plazo único un mes para su ejecución, por lo que pide la aplicación de los votos de la Sala Segunda número 149-2001, 302-2005, 153-2003 y el 92-2003 y del ordinal 603 del Código de Trabajo, sin que aplique la prescripción de dos años que dispone la Ley General de Policía, sino la de un mes para dar inicio al procedimiento disciplinario desde que se dio causa para la separación o desde que fueron conocidos los hechos que dieron lugar a la corrección disciplinaria. **No obstante, tales argumentaciones no son de recibo y deben rechazarse**, como se observa del estudio de los autos se ha cumplido con los plazos y términos dispuestos en la Ley General de Policía a efecto de investigar y sancionar al señor Freddy Espinoza Agüero. Como se expuso anteriormente, el artículo 83 de la Ley General de Policía, número 7410 del 26 de mayo de 1994, en materia de prescripción de las faltas disciplinarias, dispone que las faltas leves prescribirán en un mes y las graves a los dos años y se interrumpirá cuando se inicie el procedimiento disciplinario. En el presente caso como se aprecia del hecho probado octavo los oficiales de la Delegación de Ciruelas presentan denuncia el día 09 de setiembre del 2008, ante el señor Johnny Carranza Picado, Jefe de Puesto de la Policía Proximidad Alajuela, informándole que el señor Freddy Espinoza Molina, en su condición de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, ha irrespetado el personal y le ha dado un mal uso al recurso policial, además por oficio número 1716-08-PPA del 12 de noviembre del año 2008 el señor Fulvio Fernández Brenes, Jefe de Puesto de la Policía de Proximidad de Alajuela, reporta al Departamento Disciplinario Legal del Ministerio de Seguridad Pública, que el señor Freddy Espinoza Molina, funcionario de la Policía de Proximidad de Alajuela, en su condición de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, ha irrespetado el personal y le ha dado un mal uso al recurso policial (hecho probado noveno). Ante tal situación por resolución de las catorce horas del día 25 de marzo del año 2009, notificada al actor el día 17 de abril del 2009, la Sección de Inspección Judicial le inicia al señor Freddy Espinoza Molina procedimiento administrativo ordinario, bajo el expediente número 86-2009, con el objeto de investigar los hechos supracitados (hecho probado décimo), en mérito de ello a dicha data no ha transcurrido el plazo prescriptorio de dos años expresado, el cual fue interrumpido el 17 de abril del 2009 con el inicio del procedimiento administrativo disciplinario. En razón de ello, como se desprende del hecho probado trece por resolución número 1794-09-DDL de las 15:05 horas del 02 de octubre del 2009, la Sección de Inspección Policial del Departamento Disciplinario Legal del Ministerio de Seguridad Pública en la causa administrativa disciplinaria tramitada bajo el expediente número 0086-IP-2009 en contra de don Freddy Espinoza Molina, dispuso despedirlo por causa justificada. A su vez, el Consejo de Personal del Ministerio de Seguridad Pública mediante resolución 377-2009 C.P de las 11:35 horas del 14 de octubre del 2009, recomendó a la señora Ministra del Ministerio de Seguridad el despido del funcionario Freddy Espinoza Molina por las faltas de mal uso del recurso policial, obstrucción de la labor policial y prevalecerse de su cargo tomando él por sí mismo las atribuciones de chofer (hecho probado catorce). Por su parte, el Despacho del Ministro del Ministerio de Seguridad Pública mediante

resolución 2010-1055 D.M. de las 8:00 horas del 12 de mayo del 2010, despidió al señor Freddy Espinoza Molina por encontrarlo responsable de faltas por el mal uso del recurso policial, obstrucción de la labor policial y prevalecerse de su cargo tomando él por sí mismo las atribuciones de chofer (hecho probado 15) y mediante acuerdo número 170-2010 MSP del 25 de mayo del año 2010, de la Presidencia de la República y el Ministerio de Seguridad Pública, se dispuso despedir al señor Freddy Espinoza Molina (hecho probado 16). Como se observa con absoluta claridad a dicha data no ha fenecido el plazo otorgado por ley para la investigación y sanción de las faltas imputadas al promovente. Además, por oficio número 3999-2010-DRH-SEC del 8 de junio del 2010, la Licenciada Floribeth Castillo Canales, Directora de Recursos Humanos le comunica al señor Espinoza Molina el cese de su nombramiento a partir del 01 de julio del año 2010 (hecho probado 17). El día 23 de junio del 2010 el señor Freddy Espinoza Molina fue notificado de las resoluciones 2010-1055 DM, el acuerdo 170-2010 MSP y el oficio 3999-2010 DRH-SEC del 8 de junio del 2010 (hecho probado 18). Mediante libelo del 28 de junio del año 2010, el actor interpone recurso de reposición y reconsideración en contra de las resoluciones 3999-2010 y la 1055-2010 (hecho probado 19) y por resolución 2011-240 DM de las 11:00 horas del 18 de febrero del 2011 se declara sin lugar el recurso de reposición formulado por el promovente en contra de las resoluciones número 3999-2010 y la 1055-2010 (hecho probado 21), siendo notificado el promovente el día 24 de marzo del 2011 de las resoluciones 2011-240 DM, y el oficio 1641-2011 del 17 de marzo del 2011 (hecho probado 23), por lo que a dicha data tampoco ha transcurrido el plazo prescriptorio señalado. **Por tales razones, no son de recibo las argumentaciones expresadas por la promovente** al señalar que se incumplió lo dispuesto en los artículos 258 y 261 de la Ley General de la **Administración** Pública, porque no se terminó el procedimiento disciplinario en dos meses, prorrogable un mes más, en razón de lo cual debió de concluir en tres meses, debido a que tales plazos son de responsabilidad y no de prescripción. El hecho de que en el plazo de dos meses no se termine un proceso ordinario administrativo, no significa que prescriba la causa disciplinaria, porque los dos meses expresados es un plazo ordenatorio y no perentorio, por lo que la sanción por su incumplimiento implica el afrontar responsabilidades disciplinarias para el órgano instructor, pero en modo alguno significa la prescripción de la facultad sancionatoria disciplinaria. Tampoco se observa acaecimiento de término de caducidad alguno, porque según lo estipulado en el artículo 340 de la Ley General de la **Administración** Pública, hay caducidad del procedimiento cuando éste se paralice por más de seis meses por causa imputable a la **Administración**, sin embargo del estudio de los autos, de los hechos tenidos por probados, y del tiempo transcurrido entre los actos procesales dictados y las resoluciones dictadas, no se aprecia que el procedimiento disciplinario administrativo se haya detenido por más de seis meses por causas imputables a la **Administración**, por lo que no ha acaecido el término extintivo supracitado. Tampoco es de recibo el argumento de la actora en torno a que se han incumplido con los votos de la Sala Segunda número 149-2001, 302-2005, 153-2003 y el 92-2003 y del ordinal 603 del Código de Trabajo, el cual establece que los derechos y acciones de los patronos para despedir justificadamente a los trabajadores o para disciplinar sus faltas prescriben en un mes, que comenzará a correr desde que se dio causa para la separación o, en su caso, desde que fueron conocidos los hechos que dieron lugar a la corrección disciplinaria, porque como se expresó tal norma general no resulta de aplicación al

caso concreto en que la Ley General de Policía dispone una norma especial de dos años, como lo estableció la Sección Sexta de este Tribunal en el voto 12 de las 10:30 horas del 8 de mayo del 2013, así como los votos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia números 681-2013 de las 9:45 horas del 19 de junio del 2013, y la número 618-2013 de las 10:20 horas del 0 de junio del 2013, en que se reconoce la especialidad y prevalencia en la aplicación al régimen estatutario de los servidores de la fuerza pública, del plazo de prescripción regulado en el ordinal 83 de la Ley General de Policía.

II.4) RESOLUCIÓN DE LOS CUESTIONAMIENTOS DE NULIDAD: Respecto a las pretensiones de nulidad y resarcitorias incoadas, tenemos que **no lleva razón la gestionante** al pretender la anulación de la nulidad del acto de despido sin responsabilidad patronal de don Freddy Espinoza Molina, su reinstalación y el pago de los derechos laborales. **En mérito de ello, no tienen sustento sus alegatos** en los que fundamenta sus pretensiones, y sostiene no haberse probado, ni demostrado los cargos imputados e indica no haber cometido las acciones investigadas. **Tal denegatoria se sustenta en que** al señor Freddy Espinoza Molina efectivamente se le logró acreditar el acaecimiento de hechos y faltas graves e irregulares, los cuales se analizarán con base en la probanza evacuada en sede administrativa y judicial y de acuerdo con los cargos y hechos imputados, investigados y sancionados. Hechos que fueron denunciados por lo oficiales de la Delegación de Ciruelas el día 09 de setiembre del 2008, ante el señor Johnny Carranza Picado, Jefe de Puesto de la Policía Proximidad Alajuela, informándole que el señor Freddy Espinoza Molina, en su condición de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, ha irrespetado el personal y le ha dado un mal uso al recurso policial (hecho probado 8). En ese sentido, tenemos que respecto al cargo intimado de **“1) Mal uso del recurso policial de la zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble de Alajuela, al utilizar de manera indebida vehículos oficiales, combustible y personal policial como medio de transporte personal por los siguientes hechos: A) Al ser las 3:10 horas del día 8 de agosto del 2008, le ordena a los oficiales de la Unidad 1146 recogerlo en la Delegación de Ciruelas y que lo trasladen a San Rafael, propiamente a Urbanización San Francisco con el fin de visitar a una amiga, para posteriormente y al ser las 5:00 horas del mismo día ordenarle a los oficiales de la móvil 323, que lo recogieran de nuevo en la dirección anotada y que lo trasladaran a la delegación de ciruelas.”**. Debe indicarse que efectivamente se logró demostrar, que el señor Freddy Espinoza Molina, fungiendo como supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, al ser las 3:10 horas del 8 de agosto del 2008 el señor Freddy Espinoza en su condición de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, llamó telefónicamente a los oficiales Deiby Ramírez (Chofer) y al Sargento Francisco Víctor Duarte, a bordo de la unidad policial 1146, ordenándoles que lo recogieran en la Delegación de Ciruelas y lo trasladaran al sector de San Rafael, a la Urbanización San Francisco (hecho probado primero). En ese sentido, y de igual forma al ser las 5:00 horas del 8 de agosto del 2008 el señor Freddy Espinoza en su condición de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, llamó telefónicamente a los oficiales Diego Arrieta y al patrullero Mainor Monge, a bordo de la unidad policial 323, ordenándoles que lo recogieran en el Sector de San Rafael en la Urbanización San Francisco y lo trasladaran a la delegación de ciruelas, estando vestido de civil y portando el radio de comunicación portátil con frecuencia

policial (hecho probado segundo). Tales irregularidades fueron confirmadas y ratificadas en sede administrativa por los funcionarios **Deiby Ramírez Alvarado** el cual manifestó que cuando laboró con don Freddy Espinoza en varias ocasiones y como chofer de la unidad 1146 se le trasladó vestido de civil a la Urbanización San Francisco y luego recogió. **A su vez el oficial Francisco Víctor Duarte expresó** que una vez estando en Ciruelas, el señor Espinoza les ordenó que lo llevaran de civil a San Francisco. Hecho que es ratificado por la agente de policial **doña Clara María Cisneros Arroyo**, la cual manifestó que los demás oficiales le comentaban que a cualquier hora de la madrugada llamaba a los oficiales para que lo fueran a traer de diversos sectores. En lo atinente al cargo de **"B) Utilización indebida de las unidades policiales 323 y 1146 de personal policial y combustible, y salir fuera de su área de jurisdicción, para su uso personal con el fin de que lo trasladen a desamparados de Alajuela, en Urbanización Silvia Eugenia para visitar a otra de sus amigas, viajando el mismo con ropa civil "**. Tal hecho irregular se logró acreditar en el hecho probado séptimo, en el cual se probó que el señor Freddy Espinoza entre agosto y setiembre del 2008 en su condición de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, viajando de civil le ordenó a los efectivos de la Unidad 1146 y la 323, en varias ocasiones, que lo trasladaran a Desamparados de Alajuela, a la Urbanización Silvia Eugenia. Al respecto el oficial Deiby Ramírez Alvarado expresó con absoluta claridad que el promovente los llamaba para que lo llevaran, lo recogieran y lo trasladaran en el sector de Desamparados en la Urbanización Silvia Eugenia, lo que fue ratificado por la oficial doña Clara María Cisneros Arroyo. Si bien ante tales acusaciones el actor ofreció como testigos de descargo a **don Johnny Gómez Narváez, a don Juan Carlos Vargas Buzano y a don Edson Armando Contreras Matarrita**, ellos con sus deposiciones no lograron desvirtuar o desacreditar tal uso indebido del recurso policial en el que el señor Espinoza prevaleciendo de su cargo y rango requería el uso de las unidades policiales para efectos personales, sin demostrar que requiriera tales unidades para fines propios del cargo, sino más bien para ser trasladado y recogido a la Urbanización Silvia Eugenia y la Urbanización San Francisco, viajando vestido de civil. Ante dicho pedido, lo lógico era que el actor informara a sus subalternos la razón del requerimiento a efecto de que se consignara en la bitácora correspondiente el motivo de la solicitud del vehículo oficial. No obstante, al guardar silencio el actor sobre estos hechos tanto en sede administrativa, como judicial, sin dar explicaciones sobre ello, se determina con base en los testimonios evacuados que tales vehículos se usaron indebidamente para fines personales y ajenos al ejercicio del cargo que ostentaba el señor Espinoza, lo que implica un uso abusivo de los recursos materiales policiales puestos bajo su orden con el fin de cumplir con los cometidos de protección de la ciudadanía. No es admisible que los vehículos destinados para la seguridad de la Nación hayan sido utilizados por el promovente a su discreción para fines contrarios para los que fueron destinados, lo que implica una falta grave en el ejercicio de su cargo. Si bien presentó los testigos referidos, el **señor Johnny Gómez Narváez** expresó que no conocía la causa del despido, ni del abuso de una móvil policial, refiriendo lo mismo **Juan Carlos Vargas Buzano** al indicar que sólo conocía del asunto de Montecillos. Por su parte **don Edson Armando Contreras Matarrita**, quien fungía como jefe o supervisor del actor, expresó que sobre tales no se enteró, ni sabía sobre las denuncias. En razón de ello, tales situaciones implican una clara violación de sus deberes como oficial para entonces de la fuerza pública, situación que se encuentra especialmente agravada por

su puesto de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, siendo llamado a dar el ejemplo sobre el uso racional, adecuado y proporcional de los bienes asignados bajo su custodia, uso y responsabilidad. Se observó, de esta forma un claro incumplimiento de la **Ley General de Policía, número 7410 del 26 de mayo de 1994**, y de sus deberes como oficial a cargo de tales delegaciones, incumpléndose así el **Reglamento para Uso de Vehículos del Ministerio de Seguridad Pública, aprobado mediante decreto ejecutivo número 26112 del 09 de mayo de 1997**, el cual dispone que el tipo de unidades usadas para efectos personales por el actor, se trata de vehículos de uso de la Fuerza Pública, destinados al servicio de vigilancia, siendo absolutamente prohibido utilizar los vehículos para fines diferentes aquellos para los cuales han sido designados, no permitiendo que personas no autorizadas para la función o servicio que se propone brindar viajen en vehículos pertenecientes al Ministerio, salvo en los casos que por aspectos de trabajo o emergencia se justifique (artículo 26). Por otro lado, en lo atinente al cargo imputado al promovente de “ **2) Obstrucción labor policial por los siguientes hechos: A) No permitir que los oficiales de la Unidad Policial 1146, Deiby Ramírez y Juan Carlos Vargas Buzano, le fueran a prestar colaboración a otros oficiales de la Fuerza Pública, cuando por medio de la frecuencia de radio les solicitaron ayuda urgente por cuanto estaba en peligro su integridad física, por una riña entre varios sujetos, a lo que el inculpado les indicó a los oficiales de la unidad 1146 que fuera la unidad 323 y los motorizados porque el ocupaba la unidad 1146, para que lo trasladaran de la Delegación de Ciruelas a la parada de autobuses de TUASA, Alajuela, hecho ocurrido el 10 de agosto del 2008 a las 16:20 horas. ”. Sobre este hecho** , se acreditó que al ser las 16:20 horas del 10 de agosto del 2008 el señor Freddy Espinoza llamó telefónicamente a los oficiales Deiby Ramírez (Chofer) y al señor Juan Carlos Vargas Buzano, a bordo de la unidad policial 1146, ordenándoles que lo recogieran en la Delegación de Ciruelas y lo trasladaran al centro de Alajuela, momento en el cual recibieron un llamado de auxilio policial de parte de los oficiales Sequeira, Atencio y Berrocal que se encontraban en San Rafael, pidiendo ayuda, ante lo cual don Freddy Espinoza ordenó que acudiera la unidad 323 y los motorizados y no la unidad 1146 en la que viajaba (hecho probado tercero). A su vez, el testimonio de don **Deiby Ramírez Alvarado**, es claro en que para dicho día en que lo llevaban para Tuasa se requirió su apoyo para unos oficiales que referían estar siendo golpeados en San Rafael, sin embargo no acudió al llamado, y pidió el apoyo de las otras unidades. Siendo tal hecho referido por la **servidora policial Kathyfer Murillo Molina**, la cual sostiene que los compañeros le comentaron que el señor Espinoza prefirió que lo trasladaran primero a él a que atendieran un incidente de violencia doméstica. Además, de que en sede administrativa, **el señor Carl Jonathan Atencio Rojas**, fue contundente en sostener lo que sufrieron por no haber recibido el apoyo debido y oportuno, refiriendo que: “ un día estando mi persona en San Rafael con dos compañeros solicitamos dieciocho o apoyo porque se hizo un disturbio grande, y toda la gente venía en contra de nosotros ya que éramos solo tres oficiales, cuando eso yo era subalterno de él por lo que solicitamos el apoyo cosa que fue difícil que llegara, o sea no llegó el apoyo sino que legó la colaboración de otro sector de allí mismo de Alajuela pero de otro sector, en ese momento yo solicité la cooperación pero no sabía porque no había llegado la móvil y después compañeros míos me indicaron a mí que el había dicho que no era necesario que fueran a hacer otro cosa, no se que cosa, pero del disturbio ese salimos golpeados dos compañeros y mi persona ”. Además,

requerido sobre la naturaleza de tal incidente expresó que “ Habían unos muchachos tomando licor entonces mis compañeros me dijeron que porque no los revisábamos para ver si andaban nada (SIC) como puñales ese se hace de rutina para ver sino andan algún objeto punzocortante, cosa que a ellos no les pareció que los revisáramos, entonces pasó la mamá de uno de ellos y la mamá llamó al tío y se vino un montón de familia de ellos y vecinos y se nos vinieron encima ”. Hecho este absolutamente irregular, si bien el testigo que aportara el promovente, el **señor Juan Carlos Vargas Buzano** manifestó que si bien no acudieron al llamado porque tenían que entregar un informe policial en Montecillos y que pidieron la colaboración de otras unidades e inclusive los motorizados que acudieron al llamado de auxilio, tal hecho no justifica la forma como se actuó. Ante el pedido de auxilio de los compañeros, en que peligraba su integridad física, lo prudente era pedir el apoyo y acudir de inmediato a su llamado. No se justifica que un informe policial sea más prioritario que auxiliar a sus compañeros, máxime que como refiere **el señor Carl Jonathan Atencio Rojas** salieron golpeados. La Cámara comprende que el actor tenía competencia para definir la **administración** de los recursos en condición de titular subordinado, pero aun así eso no lo exime de afrontar las responsabilidades de sus decisiones. Esta situación implica una desatención de sus obligaciones, sin brindarle el apoyo debido a sus subalternos que lo requerían en forma urgente y sin que sea justificable la cercanía de las otras unidades, porque ante un llamado urgente, lo prudente no es calificar si es o no grave la situación, o quien está más cerca o no, sino más bien acudir de inmediato y además pedir los refuerzos. Por el cargo de supervisor o encargado que ostentaba el señor Espinoza debió de haber acudido a verificar y determinar el estado de sus subalternos y determinar si habían recibido auxilio y colaborar para solventar la situación, siendo injustificable que haya delegado en otros la atención del incidente, pese a corresponderle a él la obligación de asistir. Respecto al cargo de “B) No permitir a oficiales de la móvil 323 Diego Arrieta y Sargento Víctor Duarte que fueran a cubrir un incidente de agresión doméstica en el sector de la Urbanización La Lucha en la casa número 68, ya que el señor Espinoza Molina les ordenó que lo recogieran primero a él, en la Delegación de Ciruelas y lo trasladaran hasta Alajuela Centro y después cubrieran el incidente, hecho ocurrido a las 22:15 horas del 24 de agosto del 2008. ” . Se tiene por demostrado tal hecho grave, toda vez que como se demostró en el hecho probado cuarto, al ser las 22:15 horas del 24 de agosto del 2008 el señor Freddy Espinoza en su condición de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, llamó telefónicamente a los oficiales Diego Arrieta y a Víctor Duarte, a bordo de la unidad policial 323, ordenándoles que lo recogieran en la Delegación de Ciruelas y lo trasladaran al centro de Alajuela, y que lo llevaran primero a él y posteriormente atendieran un incidente de violencia doméstica. Sobre tal situación expresó don **Deiby Ramírez Alvarado** que efectivamente el señor Espinoza pese a que se requirió su atención para atender un hecho denunciado de Violencia doméstica en que se pidió su atención, le pidió al oficial Duarte que lo fueran a dejar primero y después atendieran el incidente. Hecho este que es referido por **la servidora policial Kathyfer Murillo Molina**, la cual sostuvo que le contaron los compañeros tal incidente, prefiriendo que lo trasladaran primero a él a que atendieran un incidente de violencia doméstica. Situación que efectivamente implica un hecho grave y un incumplimiento de sus deberes y obstrucción de su labor policial y sin que los testigos ofrecidos por la actora hayan podido desvirtuar o justificar tal hecho anómalo. En lo referente al cargo de “ C) Ordenarle al oficial Deiby Ramírez chofer de

la móvil policial 1146, y acompañante la patrullera Kathyfer Murillo, dejar sin efecto la incidencia que les pasó la cabina de radio en relación a unos jóvenes que estaban consumiendo droga estaban (SIC)estaban en Urbanización la Perla, Salón Comunal, y que por si ahí siempre es la misma vara y que en su lugar se desplacen al puente de Villa Bonita a recoger a unos efectivos que estaban esperando, hecho ocurrido el 29 de agosto del 2008 a las 17:25 horas ". Al respecto se demostró en el hecho probado quinto que al ser las 17:15 horas del 29 de agosto del 2008 el señor Freddy Espinoza en su condición de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, le ordenó al oficial Deiby Ramírez (Chofer) que se desplace primero la unidad 1146 a recoger al puente de Villa Bonita unos oficiales que se encuentran ahí esperando y que no atienda un incidente reportado a la central telefónica de unos jóvenes consumiendo drogas en el Salón Comunal de la Urbanización La Perla. Sobre este hecho la **servidora policial Kathyfer Murillo Molina** expresó en sede administrativa que en una ocasión el señor Espinoza prefirió que fueran a recoger unos efectivos policiales a Villa Bonita a atender una denuncia por consumo de droga. Finalmente, en cuanto al cargo de " 3) Prevalerse de su cargo, al tomarse el por sí mismo las atribuciones de chofer designado para dicha unidad policial 1146, irrespetando con ello al chofer designado para dicha unidad, oficial Johnny Gómez, y conducir la misma estando vestido de civil, poniendo en peligro la integridad física de los ocupantes " sobre ello, en el hecho probado sexto se constató que al ser las 7:00 horas del 01 de setiembre del 2008 el señor Freddy Espinoza en su condición de supervisor o encargado de la Zona de Ciruelas, San Rafael, Guácima y el Roble, aborda la unidad 1146 con ropa de civil en la Delegación de Ciruelas y se la lleva conduciendo sin ser el chofer, siendo acompañado por los oficiales Johnny Gómez (chofer) y don Dennis Arguedas. Este hecho es referido por don **Deiby Ramírez Alvarado** el cual indica que estando libre y vestido de civil el señor Espinoza le pidió al chofer designado Johnny Gómez Narváez que le diera la unidad y se fue conduciendo. Además, **la agente de Policía doña Clara María Cisneros Arroyo**, expresó que el señor Espinoza tomó la patrulla en horas de la mañana, vestido de civil, a lo cual el chofer designado Johnny Monge expresó que él es el jefe. Sin embargo, **don Johnny Gómez Narváez y don Dennis Efrén Arguedas Paniagua** en sede administrativa sostuvieron que debido a un problema de salud que presentaba en los riñones le pidió Don Johnny a don Freddy Espinoza que se llevara la móvil 1146 para pasar a una farmacia. Ante ello, analizada la probanza evacuada tanto en sede administrativa, como judicial, se observa que efectivamente tal hecho se encuentra explicado, más no justificado, como un acto de compañerismo en razón de las circunstancias referidas por Don Johnny Gómez, sin embargo, pese a la urgencia expresada, lo que debió de haberse hecho era que la unidad no fuera conducida por el señor Espinoza que iba vestido de civil, y que aunque tiene permiso de conducción para operar dicha unidad (hecho probado 24), debió de haberse acudido a otro compañero que tuviera el uniforme completo. La posibilidad de que el actor condujera el automotor oficial sin la vestimenta reglamentaria es la última opción, una vez agotados todos los mecanismos lícitos, lo que en efecto no ocurrió. Si bien tal situación no implica una falta grave, sino leve, no tiene la virtud por sí sola de enervar el acto de despido dictado, ante la gravedad de los hechos tenidos por demostrados. Dichas faltas implicaron la infracción por parte del señor Espinoza Molina de un falta grave que implicó su despido sin responsabilidad patronal y plenamente justificado en los términos de los ordinales 75, 79, 80, 81, 88 y 89 de la Ley General de Policía. Bien

expresa dicha ley que las fuerzas de Policía estarán al servicio de la comunidad, se encargarán de vigilar, conservar el orden público, prevenir las manifestaciones de delincuencia y cooperar para reprimirlas en la forma en que se determina en el ordenamiento jurídico (numeral 4 ibid), postulados básicos que con la conducta reprochada se tienen por incumplidos. Ante tanta inseguridad ciudadana, el aumento de la delincuencia y la escasez de recursos que enfrenta el Ministerio de Seguridad, no es dable permitir que conductas como las reprochadas se presenten en los cuerpos de policía, sobre los cuales la ciudadanía ha depositado su confianza y seguridad para recibir su protección y apoyo para la protección de su vida y de su propiedad. Bien expresa la **Ley Orgánica del Ministerio de Seguridad Pública, número 5482 del 24 de diciembre de 1973, en su ordinal 3**, que la Fuerza Pública tiene por objeto resguardar el orden constitucional, prevenir potenciales violaciones de la integridad territorial de la República, velar por la integridad de los bienes y los derechos de la ciudadanía, asegurar la vigilancia y el mantenimiento del orden público, colaborando en la prevención y la represión del delito, tutelando las libertades y los derechos ciudadanos, para lo cual actuará responsablemente y con espíritu de servicio. En igual sentido, dispuso el **Reglamento de Ética de los Miembros de las Fuerzas de Policía Adscritas al Ministerio de Seguridad Pública, número 31463 del 28 de agosto del 2003**, en su artículo primero que los miembros de las fuerzas de policía tienen el deber de cumplir con la misión encomendada, respetando el ordenamiento jurídico y con espíritu de servicio, debiendo velar por la soberanía nacional, mantener la vigilancia y la seguridad de los habitantes, proteger sus bienes, cooperar en la protección de los recursos naturales de la Nación, prevenir y reprimir toda clase de delincuencia, y todos los demás deberes que le impone el ordenamiento jurídico. Además, dispone tal Reglamento de Ética, que los oficiales de la fuerza pública deben abstenerse de utilizar o propiciar el uso de herramientas y equipo asignado, para asuntos ajenos a la naturaleza de la función policial y al Ministerio de Seguridad Pública, guardar su compostura y disciplina en todo momento, mantener buena presentación personal, portar el uniforme oficial completo, con decoro y aseo, de modo que sea representativo de la buena imagen y reputación que corresponde a los miembros de las fuerzas de policía y al buen nombre del Ministerio de Seguridad Pública, cultivando el honor policial, como suprema cualidad moral que los impulsa a cumplir sus deberes profesionales en plenitud. Consecuentemente, no le asiste la razón al promovente en los alegatos de nulidad esbozados, por lo que debe mantenerse el acto administrativo de despido sin responsabilidad patronal del promovente al no observarse motivos de invalidez e ineficacia que impliquen la nulidad de las resoluciones impugnadas, toda vez que se acreditó en sede administrativa y judicial la gravedad de las conductas en que incurrió el promovente.

II.5)- EXCEPCIONES: En virtud de lo expuesto, **se acoge la excepción de falta de derecho** formulada por la accionada, porque de conformidad con la normativa citada y los fundamentos de hecho expuestos, no le asiste el derecho invocado al actor en sustento de sus pretensiones, sino que por el contrario debe denegarse la acción incoada, sin que se haya observado el acaecimiento de actuaciones irregulares, nulas y violatorias de los derechos fundamentales del señor Freddy Espinoza Molina en el procedimiento administrativo disciplinario número 86-2009 incoado en su contra, o haya acontecido la prescripción de la **potestad** sancionatoria o la caducidad de la

investigación administrativa, por lo cual se rechazan las excepciones de prescripción y de caducidad.”

5. Potestad disciplinaria en el empleo público: Naturaleza jurídica y alcances

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]’

Voto de mayoría

“IV- ASPECTOS JURÍDICOS: Sobre la Potestad Sancionatoria de la Administración: Sobre este tema, esta sección se ha referido en anteriores fallos: La Potestad Sancionatoria de la Administración es la que abre la acción punitiva de la Administración. Es una atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aún a los funcionarios que infringen sus disposiciones en el ejercicio de sus funciones, transgrediendo sus mandatos o desconociendo sus prohibiciones. La naturaleza jurídica de dicha potestad es administrativa y no debe confundirse con aquella que ejerce el juez en el desarrollo de un proceso judicial, pues allí la sanción es de naturaleza penal jurisdiccional. La pena que se exterioriza en el campo del derecho administrativo no tiene carácter penal. Se impone como instrumento de autoprotección para preservar el orden jurídico institucional con la distribución de competencias y el señalamiento de penas de igual carácter. Son sanciones que asumen carácter correctivo o disciplinario, según el ámbito de aplicación. De allí que se hable de potestad sancionatoria disciplinaria y potestad sancionatoria correccional, según los destinatarios sean servidores públicos o particulares. La potestad sancionatoria de la Administración se desenvuelve dentro del ámbito de los más disímiles hechos, actos y actividades complejas de los particulares y de la misma Administración. Está dirigida a reprimir aquellas conductas transgresoras de la normativa administrativa y está sujeta, por lo demás, a los derechos y limitaciones constitucionales y legales que se establecen en la Constitución Política y en las disposiciones generales que la regulan. El acto administrativo no es más que el resultado del ejercicio concreto de una facultad genérica otorgada por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública, que requiere para su dictado del cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia (artículo 129 LGAP). Precisamente el cumplimiento de los trámites sustanciales que requiere el acto administrativo para ser dictado, se concretan en la obligación de la Administración Pública de seguir un procedimiento administrativo por medio del cual, se verifica el supuesto hipotético que condiciona su dictado. La decisión que emana de la Administración Pública, al cabo del procedimiento administrativo, se manifiesta en el dictado de un acto administrativo que contiene la manifestación final de voluntad de la Administración. Es el acto que pone fin al procedimiento administrativo, pronunciándose sobre todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, en los términos del artículo 132 LGAP. A ese acto, la LGAP lo denomina "*acto final*" cuando, por ejemplo, establece que el procedimiento administrativo deberá concluirse, por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación o, en su caso, posteriores a la presentación de la demanda o petición del administrado (artículo 261)

o cuando impone que el procedimiento ordinario será de observancia obligatoria cuando el acto final pueda causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos (artículo 308). Tanto en doctrina, por ejemplo Gallego Anabitarte Alfredo y Meléndez Rexach Ángel, en Acto y Procedimiento Administrativo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, 2001, página 22, como en jurisprudencia, se utiliza con un sentido equivalente al de acto final, la expresión *acto definitivo* para referirse al acto que pone fin al procedimiento administrativo. La citada Potestad disciplinaria, se plasma mediante un acto administrativo, definido como la manifestación unilateral de voluntad dirigida a producir un efecto de derecho y emanada normalmente de la Administración en uso de su potestad de imperio" (Ortiz Ortiz Eduardo. Tesis de derecho administrativo. Tomo II. Primera edición. Editorial Stradtman, S. A. San José, Costa Rica. Año 2000. Página 291). Compuesta dicha actuación formal de elementos formales y materiales, los primeros refieren; al sujeto, al procedimiento y a su manifestación, los segundos al motivo, contenido y fin. Conforme el numeral 129 de la Ley General de la Administración Pública, el sujeto es quien ostenta la competencia, investidura y legitimación, menciona la norma " el acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia", el procedimiento, es el trámite, formalidades fijadas para dictar o emitir la manifestación de voluntad, constituye el iter procedimental que garantiza el debido proceso y el derecho de defensa (Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera edición. San José, Costa Rica. 2007. Páginas 311 y 370). La Ley supra citada, lo contempla mediante los ordinales 308 el ordinario, 326 el sumario y 366 el especial, respecto a la forma de manifestación, debe ser por escrito, salvo que la naturaleza del acto o las circunstancias exijan forma diversa, en cuyo caso será verbal u oral, por signos, tácito, implícito o presunto. De ser escrito indicará el órgano agente, derecho aplicable, disposición, fecha, firma y cargo del suscriptor, conforme lo dispone el numeral 134 de la citada Ley General. El numeral 133, impone que el motivo es la razón del dictado del acto, debe ser legítimo y ser proporcionado al contenido y cuando éste sea impreciso deberá ser razonablemente conforme los conceptos indeterminados empleados, el numeral 132 dispone lo relativo al contenido, lícito, posible, claro y preciso, y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas, proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, el profesor Jinesta Lobo, lo define como" es lo que el acto administrativo, declara, dispone, ordena, certifica o juzga y suele expresarse en las partes dispositivas de las resoluciones administrativas". Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera edición. San José, Costa Rica. 2007. Página 373). El fin definido por el mismo autor nacional; "es el resultado meta jurídico y objetivo último que persigue el acto administrativo en relación con el motivo", el numeral 131 de la Ley General de la **Administración**Pública lo impone como el elemento presente dentro del acto, al cual se subordinan los demás. Si bien la **Potestad** disciplinaria se expresa mediante una manifestad formal de voluntad -acto administrativo-, el mismo debe ser adoptado conforme a los derechos y garantías constitucionales expuesta en la Carta Magna, numerales 39 y 41, tema en el cual la Sala Constitucional ha sido reiterada en su pronunciamientos, la sentencia N° 15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990, ha establecido como elementos presentes en el debido proceso en

sede administrativa, de la siguiente forma: "[El] derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de ' bilateralidad de la audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la **administración** y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada."

V- SOBRE EL FONDO: Se alega por parte de la accionante que los actos formales mediante los cuales se impuso la obligación de pago que debió cumplir y de la cual solicita su devolución, son nulos, ya que los mismos se fundamentan en la denuncia interpuesta ante la Caja Costarricense del Seguro Social por una persona que laboro en su negocio. A fin de realizar un correcto análisis de los fundamentos y pretensiones de la parte actora, resulta necesario hacer un recuento de los hechos tenidos por demostrados en el proceso. En el mes de setiembre de 2009 funcionarios de la Dirección de Inspección del Área de Control Contributivo de la Caja Costarricense del Seguro Social se presentaron a la Distribuidora Mar de Manantiales S.A. donde previa inspección en el lugar, comunicaron al patrono que debía incluir en planillas a la trabajadora Noemy Elizabeth Jorge Pérez, lo cual acató el patrono. En fecha 20 de octubre de 2009, la misma trabajadora se presenta ante la Dirección de Inspección del ente demandado y denuncia que desde el 30 de octubre de 2008 hasta el 14 de octubre de 2009 laboró para el patrono Mar de Manantiales S.A. y que fue hasta el mes de setiembre de 2009, que la aseguró, devengando mensualmente la suma de ciento cuarenta y cinco mil colones con un horario de lunes a sábado de 8 de la mañana a 6 de la tarde. Consecuente a dicha denuncia, la Dirección de Inspección de la accionada el 12 de abril de 2010, le solicita a la actora la presentación de las planillas internas del pago de salarios, los comprobantes de pago por salarios y la póliza de riesgos del trabajo del Instituto Nacional de Seguros, no obstante, pese a la notificación en el mismo negocio con su encargada, la empresa actora no responde a dicha solicitud. Para el 10 de agosto de 2010, la Dirección de Inspección procede a realizar formal traslado de cargos a la empresa actora respecto a la denuncia presentada por la señorita Jorge Pérez, gestión que también se le notifica en su negocio, traslado de cargos que no atendió la parte actora, no aportó prueba ni tampoco señaló para notificaciones. Para el 2 de setiembre de 2010 el ente demandado procedió a emitir el Informe de Inspección 1240-00624-2010-I donde se le atribuye a la sociedad accionante, la responsabilidad por el no pago de las cuotas obrero patronales y otras obligaciones patronales respecto a quien fue su trabajadora Noemy Elizabeth Jorge Pérez del período del 30 de octubre de 2008 al mes de octubre de 2009, imponiéndole la obligación de cancelar a la Caja Costarricense del Seguro Social las sumas no canceladas la cuales fueron determinadas en la planilla adicional emitida por la suma de Seiscientos cincuenta y siete mil ochocientos noventa y nueve

colones misma que debió cancelar el 3 de marzo de 2011, así como otros rubros correspondientes al pago de honorarios y otros gastos administrativos. El actor acepta que no dio respuesta a ninguna de las solicitudes de documentos, así como el traslado de cargos que se le hiciera, sin embargo reclama que no se le notificó el Informe de Inspección final donde se le impuso la obligación pecuniaria pese a que la demandada conocía su dirección y teléfonos, acusa que el único fundamento del Informe de Inspección es la declaración de Noemy Elizabeth Jorge Pérez. En revisión de los actos de los cuales pretende la nulidad la actora efectivamente la Dirección de Inspección de la Caja Costarricense del Seguro Social motiva la imposición del pago en la declaración de la señorita Jorge Pérez, y del examen del citado inter procedimental concluye este órgano colegiado que durante el procedimiento desde su inicio se respetó el debido proceso de la accionante, se le otorgó previo al traslado de cargos y durante la investigación administrativa la oportunidad de aportar documentación sobre las planillas y comprobantes de pago a su empleados, posteriormente se le trasladaron cargos otorgándole un plazo para realizar argumentos de descargo, así como aportar la prueba que considerare oportuna, lo cual no hizo la representación de la parte. Posteriormente se emitió el acto final el Informe de Inspección, la confección de la planilla adicional y el aviso de pago, en los que se impuso el pago de la obligación pecuniaria, reclama que el citado acto final (informe de inspección) no se le notificó alegando violación al debido proceso, lo cual no es de recibo, desde el inicio de la investigación se le notificó la solicitud de documentos, el traslado de cargos y en éste precisamente, se le concedió un plazo para realizar alegatos de descargo, la oportunidad de ofrecer prueba y señalar lugar atender notificaciones, no obstante la empresa actora no atendió ninguno de estos requerimientos, y no señaló lugar para oír notificaciones por lo que aún cuando se le concedieron las oportunidades procesales para ejercer su defensa no lo realizó, siendo rechazado dicho argumento. Respecto al segundo motivo esbozado por la accionante respecto a la carencia de motivación en los actos administrativos, de la revisión de los mismos se extrae que a partir de la denuncia de la señorita Noemy Elizabeth Jorge Pérez la **Administración** tan solo hizo llegar al procedimiento lo relativo al pago de la póliza de riesgos del trabajo ante el Instituto Nacional de Seguros. Si bien se le previno al actor la presentación de documentación y tampoco atendió el traslado de cargos, a la Institución demandada la ley le confiere la facultad de solicitar información a dependencias públicas así como la posibilidad de recabar prueba testimonial a fin de investigar los hechos denunciados ante sus oficinas por parte de la señorita Jorge Pérez. Se echa de menos en el procedimiento administrativo a excepción de la revisión del reporte de la póliza de riesgos del trabajo ante el Instituto Nacional de Seguros donde no aparece la señorita Noemy Elizabeth Jorge Pérez dentro de los empleados del actor incluidos en dicho beneficio, elemento probatorio tendiente a determinar si la denuncia formulada correspondía a la realidad. Si bien el ente demandado cumplió con el procedimiento su Informe de Inspección –acto final-, tan solo contiene la información rendida en la denuncia de la trabajadora. Resulta necesario entonces a fin de determinar si los actos administrativos cuestionados carecen de motivación traer al proceso lo dispuesto por la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social en la que se establece; que habrá un cuerpo de inspectores encargados de velar por el cumplimiento de esta ley y sus reglamentos, los cuales tendrán carácter de autoridades, con los deberes y las atribuciones señalados en los artículos 89 y 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y para los efectos de la ley el Director de Departamento de

Inspección de la Caja tendrá la facultad de solicitar por escrito, a la Tributación y a cualquier otra oficina pública, la información contenida en las declaraciones, los informes y los balances y sus anexos sobre salarios, remuneraciones e ingresos, pagados o recibidos por los asegurados, a quienes se les podrá recibir declaración jurada sobre los hechos investigados, establece además que las actas que levanten los inspectores y los informes que rindan en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, **deberán ser motivados y tendrán valor de prueba muy calificada** (la negrita y el subrayado no corresponde al original) y que podrá prescindirse de dichas actas e informes solo cuando exista prueba que revele su inexactitud, falsedad o parcialidad, que toda la información referida en este artículo tendrá carácter confidencial; su divulgación a terceros particulares o su mala utilización serán consideradas como falta grave del funcionario responsable y acarrearán, en su contra, las consecuencias administrativas, disciplinarias y judiciales que correspondan, incluida su inmediata separación del cargo (artículo 20). Se autoriza a la Caja a ordenar, administrativamente el cierre del establecimiento, local o centro donde se realiza la actividad cuando: a) La persona responsable o su representante se nieguen, injustificada y reiteradamente, a suministrar la información que los inspectores de la Caja Costarricense de Seguro Social le soliciten dentro de sus atribuciones legales. No se aplicará dicha medida si la información requerida se entrega dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución en que se ordena el cierre. b) Cuando exista mora por más de dos meses en el pago de las cuotas correspondientes, siempre y cuando no medie ningún proceso de arreglo de pago o declaratorio de derechos entre el patrono y la Caja, el cierre del establecimiento, local o centro donde se realiza la actividad se hará mediante la colocación de sellos oficiales en puertas, ventanas y otros lugares de acceso al establecimiento. La destrucción de estos sellos acarreará la responsabilidad penal correspondiente y que éste podrá ordenarse por un período máximo de cinco días, prorrogable por otro igual cuando se mantengan los motivos por los que se dictó, para la imposición de esta medida y antes de su resolución y ejecución, la Caja deberá garantizarle al afectado el respeto de su derecho al debido proceso administrativo (artículo 48). Por su parte la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, faculta a los Inspectores de Trabajo a visitar los lugares de trabajo, cualquiera que sea su naturaleza, en distintas horas del día y aún de la noche, si el trabajo se desarrollare durante ésta, pudiendo revisar libros de contabilidad, de salarios, planillas, medios de pago y cualesquiera otros documentos y constancias que eficazmente les ayuden a realizar su labor y que se refieran a los respectivos trabajos y en caso de que encontraren resistencia injustificada, darán cuenta de lo sucedido al Juez de Trabajo que corresponda de lo que informarán a la mayor brevedad a la Jefatura de la Inspección y que en casos especiales y en los que la acción de los Inspectores deba ser inmediata, podrán requerir el auxilio de las autoridades de policía, únicamente para que no se les impida el cumplimiento de sus deberes (ordinal 89). Determina además que las actas que levanten los Inspectores y los informes que rindan en materia de sus atribuciones, tendrá el valor de prueba muy calificada, y sólo se prescindirá de ellas, si hubiere otras que de modo evidente revelen la inexactitud, falsedad o parcialidad del acta o informe (ordinal 94). De la anterior cita normativa se extraen dos elementos esenciales; que los Informes de Inspección deberán ser debidamente motivados y que tienen la condición de prueba calificada en el procedimiento. Sobre su primer elemento, es evidente que tiene como finalidad garantizar el derecho de defensa de los

administrados en razón de que estos Informes deben contener los hechos que se le atribuyen en este caso al patrono en incumplimiento de sus obligaciones así como los argumentos de derecho. En el caso concreto, de la revisión en detalle de dicho informe, el mismo gira en torno al dicho de la señorita Jorge Pérez ante la Dirección de Inspección de la Caja Costarricense del Seguro Social, y que la actora no aportó prueba alguna que desvirtuará dicha denuncia. El segundo elemento de dicho informe, es la condición de prueba calificada que le concede la ley, y precisamente sobre tal condición, la Sala Constitucional atendiendo acción de inconstitucionalidad contra dichas normas, dispuso: “ **.XII.- ANÁLISIS DEL ASPECTO RELATIVO AL VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE LOS INSPECTORES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y DE LA CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL.-**

*Por otra parte y en lo tocante al artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, así como el artículo 20 de la Ley de la Caja Costarricense de Seguro Social, que han sido cuestionados también por otorgar a los informes de los inspectores el carácter de prueba calificada, cabe hacer notar que tal contenido de las normas analizadas no se refiere exclusivamente a la actividad desplegada por los inspectores en relación a los libros de contabilidad y sus anexos, sino a la totalidad de sus atribuciones, dentro de los límites autorizados por el ordenamiento jurídico, y que la valoración de -prueba muy calificada- que se hace de las actas levantadas por los inspectores, así como de los informes rendidos por éstos, no tiene mayor trascendencia frente al sistema de libre apreciación de la prueba que rige en materia laboral, de forma que pueden ser discutidas e impugnadas en su totalidad en su caso, mediante el procedimiento que señala la ley, de manera que no existe lesión al principio del debido proceso contenidos en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, tal y como este ha sido definido por la Sala, principalmente en la sentencia número 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos”...Y, esta otra Sala, refiriéndose al valor probatorio de los informes expedidos por los inspectores (as) de la accionada, ha reiterado el criterio de que el carácter de prueba muy calificada puede, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 493 del Código de Trabajo), ser conferido a informes precisos y claros y en cuanto a los hechos que ahí se contengan. Es decir, para poder válidamente conferírle ese valor a los respectivos informes, los mismos deben contener una descripción detallada de los hechos, así como contar con el respaldo probatorio que acredite lo investigado. Además, la parte afectada siempre puede ofrecer prueba para desacreditar los hechos tenidos como debidamente probados por el órgano administrativo. De ahí que el valor que puede concederse a los informes, no es absoluto, sino, relativo, pues admite prueba en contrario...” (Ver Voto N° 6497, de las 11:42 horas, del 2 de diciembre de 1996). En el presente caso, el Informe fue confeccionado por una funcionaria de la Dirección de Inspección, y en detalle sobre su contenido, el mismo se motiva en tres aspectos el primero de ellos; la breve denuncia de la señorita Noemy Elizabeth Jorge Pérez; el segundo en que revisó la póliza del Instituto Nacional de Seguros y se determinó que se reportan a los mismos trabajadores que en sus planillas donde no se encuentra incluida la señorita Jorge Pérez y tercero que la empresa actora no aportó prueba alguna. Bajo este panorama fáctico, llama la atención a este Órgano Colegiado que teniendo las **potestades** para ello la Dirección de Inspección de la Caja Costarricense del Seguro Social, quien determinó la procedencia del procedimiento administrativo contra Distribuidora Mar de Manantiales S.A. a partir de una denuncia recibida, no realizará*

las diligencias, investigación y recaudación de prueba necesaria para motivar el citado acto administrativo –Informe de Inspección-. Si bien la ley le otorga la condición de prueba calificada al Informe de Inspección, éste debe estar debidamente motivado y sustentado en elementos probatorios sobre los hechos que se le atribuyen a la empresa actora, es el ente demandado quien le atribuye a la empresa actora conductas omisivas en el pago de sus obligaciones patronales para con su empleada y la Caja Costarricense del Seguro Social. No obstante, la **Administración** por el contrario revierte la carga de la prueba, señalando la obligación del administrado en la acreditación de su inocencia lo cual se aleja a todas luces de lo dispuesto en la ley, ésta le otorga a la Caja Costarricense del Seguro Social los medios necesarios y la autoriza a solicitar a oficinas públicas la información que sea de su interés, así como la posibilidad de recibir declaraciones a los trabajadores o terceros que puedan rendir información sobre los hechos denunciados. Aquí, es importante determinar a quién le corresponde la carga de la prueba, cierto es, que ante estrados judiciales quien pretende debe probar los hechos y el derecho que reclama, los alegatos del actor han sido claros al atacar la carencia de motivación de los actos administrativos que le imponen la obligación. En sede administrativa la **Administración** es quien decide el inicio del procedimiento, contra quien, cuales son los hechos que le atribuyen y las probanzas que sustentan su acusación. En este caso, de la revisión del Informe de Inspección final aún cuando la ley le otorgue la condición de prueba calificada, no lo exime de ser motivado, el Informe de Inspección 1240-00624-2010-I a juicio de éste órgano Colegiado carece de fundamento probatorio que confirme el dicho de la señorita Jorge Pérez, lo cual bien pudo acreditarse con las declaraciones de sus compañeros de trabajo, aunado a que en la misma denuncia se informa que recibe la cantidad de ciento cuarenta y cinco mil colones mensuales, sin indicar si los recibió por todos los períodos por lo que dijo haber laborado para la actora, sin dar mayores detalles y sin que los funcionarios encargados se dieran a la tarea de recabarlos, con una declaración más amplia y detallada de la señorita Noemy Elizabeth Jorge Pérez, y de las personas que laboran en el negocio de la actora. Debe indicarse además que previo a la denuncia de la trabajadora, funcionarios de la Dirección de Inspección se presentaron ante el negocio de la actora,- folio 13- y ordenaron a la empresa que debía incluir a la trabajadora Jorge Pérez en la planilla de la empresa, inclusive se constata el salario por el cual debe reportarse, que no coincide con el establecido en la denuncia en sede administrativa, no obstante para esa oportunidad no se dice nada por parte de la trabajadora que informe sobre una condición diferente o particular, a la apreciada por los funcionarios que inspeccionaron el negocio de la actora, y es posterior a su despido que la trabajadora Noemy Elizabeth Jorge Pérez denuncia a la empresa actora sin que esta circunstancia alerte, se investigue o sea analizada en el Informe de Inspección por parte de la entidad demanda. En criterio de ésta Cámara de jueces el contenido del informe no encuentra respaldo probatorio alguno, además en el mismo ni siquiera se hace un análisis de la denuncia sino tan solo se toma como una referencia sin que conste elemento probatorio contundente que permita tener por cierto el incumplimiento que se le atribuye por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social a la Sociedad Anónima Distribuidora Mar de Manantiales. La **Administración** renunció a sus facultades de manera implícita, sin considerar que el acto que debía producirse es de gravamen y que revestía de interés público. Así las cosas considera este Colegio de Jueces que el acto administrativo (informe de inspección) así como los actos administrativos conexos que imponen a la actora la

obligación de pago por supuesto incumplimiento de su obligación como patrono en el no aseguramiento de una de sus trabajadoras, carecen de motivación y deben declararse nulos, corolario de lo expuesto se declara la nulidad de los actos administrativos; Informe de Inspección 1240-00624-2010-I de fecha 2 de setiembre de 2010, la planilla adicional confeccionada por la suma de seiscientos cincuenta y siete mil ochocientos noventa y nueve colones (folio 20), así como la prevención de pago-aviso de cobro fechada 16 de noviembre de 2010, por la suma de setecientos sesenta y un mil novecientos noventa y tres colones (folio 29), respecto a la pretendida nulidad del traslado de cargos, debe tomar en cuenta la parte actora que dicha actuación constituye un acto de mero trámite y resulta improcedente su nulidad. Solicita además la empresa actora que en sentencia se proceda a confeccionar la planilla adicional únicamente por los períodos laborados por la señorita Jorge Pérez que no fueron reportados, es importante dejar claro que la misma empresa actora ha reconocido que la señorita Noemy Elizabeth Jorge Pérez laboró para su negocio del 1 de julio de 2009 al 14 de octubre de 2009, siendo asegurada tan solo por el mes de setiembre de 2009, aceptando que debe cancelar su obligación patronal del 1 de julio al 31 de agosto de 2009 y del 1 al 14 de octubre de 2009, reconociendo para ello que la misma laboró un período mayor al reportado, por lo que considerando este Tribunal que efectivamente los actos administrativos que imponen la obligación a la empresa actora carecen de la motivación necesaria, y ante el reconocimiento de la sociedad actora, deberá la Caja Costarricense del Seguro Social proceder a confeccionar planilla adicional a nombre de la empresa actora respecto a la trabajadora NoemyElizabeth Jorge Pérez del período del 1 de julio al 30 de agosto de 2009 y del 1 al 14 de octubre de 2009, pues fue demostrado que se canceló el mes de setiembre de 2009, y una vez determinada la obligación que le corresponde a la actora, y en razón de que la sociedad accionante debió cancelar la deuda que determinó el ente demandado mediante los actos declarados nulos, procederá la Caja Costarricense del Seguro Social a devolver la cantidad restante cancelada por concepto de la obligación (C 774.867.00), así como de los honorarios cancelados (C 82.040,00) una vez confeccionada la planilla y realizada la liquidación correspondiente, lo cual deberá realizar la entidad demandada en el plazo de un mes a partir de la firmeza de este fallo. Se rechaza la devolución pretendida de un mil colones por ignorarse el concepto por el cual fueron cancelados. Una vez determinada la cantidad a devolver, sobre la misma correrán intereses conforme al ordinal 1163 del Código Civil, a partir de su erogación 03 de marzo de 2011 y hasta su efectivo pago, suma que deberá ser indexada desde la determinación en firme de la suma a devolver y hasta su efectivo pago, en los términos del ordinal 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

VI- ANÁLISIS OFICIOSO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA DEMANDA: Consecuentemente, le asiste el derecho parcialmente invocado a la actora en sustento de sus pretensiones y por consiguiente debió revisarse oficiosamente tal presupuesto, al no haber contestado la demanda la accionada, ni alegar excepción alguna, por lo que debe analizarse oficiosamente el derecho, la legitimación y el interés. Tesis que se sustenta en la reiterada jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (entre otros el Voto 48 de las 14:00 horas del ocho de julio de 1994, así como el fallo de la antigua Sala de Casación número 34 de las 10:20 horas del 22 de marzo de 1961, que impone el revisar de oficio los presupuestos de una sentencia estimatoria, como lo son el interés, la legitimación y el

derecho. De este modo, realizado de oficio el análisis indicado, y a la luz del estudio de fondo efectuado, se determina que le asiste parcialmente el derecho a la gestionante, en mérito de lo cual se admite su pretensión parcialmente. Acorde a ello, si bien hay una clara legitimación tanto activa como pasiva en razón de la relación jurídica material aquí discutida, que versa sobre actuaciones formales del ente demandado en su condición de supervisión y fiscalización de las obligaciones obrero patronales que tiene la accionante, y le asiste el interés actual, dado que se trata de acontecimientos cuya discusión es vigente y actual y sobre la cual se originó un procedimiento administrativo y actos formales que impusieron obligaciones a la actora.”

6. Potestad disciplinaria en el empleo público: Análisis sobre el plazo de prescripción para que la Administración ejecute una autorización de despido cuando existe apelación ante el jerarca impropio

[Sala Segunda de la Corte]^{vi}

Voto de mayoría

“III.- EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN ALEGADA: En criterio del actor, el plazo de la prescripción debe contabilizarse a partir de la resolución emitida por el Tribunal del Servicio Civil toda vez que el Ministro de Seguridad, funcionario competente para ejecutar el despido, no debía esperar a que el Tribunal de Trabajo -actuando como jerarca impropio- resolviera la apelación planteada. Dicho agravio no es de recibo por las razones que se expondrán. El día 23 de abril de 2007, el entonces Ministro de Seguridad Pública plantea ante la Dirección General del Servicio Civil el despido del actor por ejercer en forma liberal la profesión pese a tener prohibición para ello y por utilizar indebidamente bienes y recursos del Estado para beneficio de sus familiares. Dicha instancia, mediante resolución nº AJD-RES-238-2007 del 23 de abril de 2007, confirió traslado de cargos al promovente. Finalizada la correspondiente investigación, por medio del pronunciamiento nº 11035 de las 9:50 horas del 9 de julio de 2007, el Tribunal del Servicio Civil acogió la gestión de despido sin responsabilidad patronal (ver folios 1, 2, 4 a 6, 292 a 299 del expediente administrativo). Disconforme, el actor apeló ante el Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial en condición de jerarca impropio, el cual mediante el voto nº 66 de las 20:05 horas del 25 de enero de 2008, confirmó lo resuelto (folios 302 a 318 y 356 a 362 del expediente administrativo). Con fundamento en lo anterior, se acordó el despido del funcionario a partir del 1 de abril de 2008 (folio 369). Ahora bien, en relación con el plazo de prescripción para que la Administración ejecute una autorización de despido sin responsabilidad patronal, dada la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso b) del artículo 98, del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, esta Sala determinó que era de aplicación el ordinal 603 del Código de Trabajo, que dispone el plazo de un mes (pueden verse, entre otros, los votos números 381, de las 9:40 horas del 29 de noviembre de 1996; 401, de las 9:55 horas del 20 mayo de 2005; y, 561, de las 9:48 horas del 30 de junio de 2006). Este mismo numeral establece que el citado plazo de un mes, comenzará a correr desde que se dio la causa de separación o desde que fueron conocidos los hechos que

originaron la corrección disciplinaria; al respecto se ha indicado que *“...el “conocimiento patronal” de la falta cometida por el trabajador, que dispara el inicio del cómputo de la prescripción, es el conocimiento calificado, que lo es, tanto desde la perspectiva de que el sujeto que conoce debe ser el empleado, o quien en la empresa o entidad tenga la facultad de sancionar, de ordenar la investigación o sentar las responsabilidades originadas en los hechos; como, porque ese conocimiento no sea superficial, genérico, el mero rumor o comentario general, sino que sea preciso, exacto, cierto, particularmente cuando el tipo de falta cometido es poco clara por violar, señala el autor, los principios de la buena fe o exista el abuso de confianza... La jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada, ha señalado que este numeral es aplicable a las relaciones de empleo público entre el Estado y sus servidores, salvo norma especial en contrario, y que el plazo de prescripción, cuando se efectúa una investigación administrativa de los hechos, impide que se de la prescripción de la potestad sancionatoria mientras dure el trámite, la que correrá una vez que termine dicho procedimiento...”*(sentencia n°450, de las 8:00 horas del 1 de junio de 2005). En concordancia con lo expuesto, en un caso como el que nos ocupa, el plazo de prescripción, empieza a correr desde el momento en que la resolución del Tribunal de Trabajo, que confirma la del Tribunal del Servicio Civil que autorizó el despido sin responsabilidad patronal, le es notificada al ministerio gestionante (pueden verse los votos números 561, de las 9:48 horas del 30 de junio de 2006 y el 635, de las 10:20 horas del 1 de agosto de 2008). Desde el punto de vista del actor, el plazo de la prescripción transcurrió en vista de que ese ramo ministerial no debía esperar a que el jerarca impropio resolviera la apelación planteada de ahí que, si se contabiliza el tiempo transcurrido desde la resolución del Tribunal del Servicio Civil, habría acaecido sobradamente el plazo de un mes para sancionar. Dicha tesis no es compartida por los aquí firmantes. No se desconoce que a partir de la sentencia n° 8335 de las 16:44 horas del 13 de junio de 2006 la Sala Constitucional varía su criterio en el sentido de que se reinterpreta lo establecido en el numeral 44 del Estatuto de Servicio Civil para entenderse que el establecimiento de un recurso administrativo o de un proceso contencioso no suspende necesariamente la ejecutoriedad del acto recurrido. En el voto n° 12071 de las 9:09 horas del 18 de agosto de ese mismo año se indica que: *“De forma tal que, a pesar de lo que expresa, literalmente, la norma recién transcrita, cuando se refiere a la admisión en “ambos efectos”, debe interpretarse que el acto impugnado puede ejecutarse. Así lo entiende esta Sala con fundamento en cuatro razones. Primera, interpretando dicho artículo integralmente, examinando lo que se dispone después del primer párrafo, que establece que el Tribunal “resolverá si procede el despido o la restitución del empleado a su puesto” lo cual presupone que el despido se ejecutó; además, en el mismo artículo se agrega que “el servidor podrá renunciar en ejecución del fallo a la reinstalación”, situación que presupone, nuevamente, que el despido se ejecutó. Segunda, los principios de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo suponen su ejecución, aún estando pendiente la impugnación, lo cual tiene su fundamento en que una autoridad administrativa, previa investigación y constatación al respecto, ya logró determinar que el despido era procedente. Tercera, estos argumentos se complementan con un precedente de esta Sala, en el que mediante resolución 2005-006866 de las 14:37 horas del 01 de junio del 2005 se consideró que este tipo de control ejercido por el Tribunal Superior de Trabajo, era inconstitucional por tratarse de una jerarquía impropia bifásica atribuida a un órgano jurisdiccional respecto de una autoridad administrativa, situación que*

contraviene los principios de separación de funciones y de reserva de jurisdicción, entre otros, siendo entonces que si este tipo de jerarquía se consideró inconstitucional, con mucha más razón no podría interpretarse que la presentación de la apelación tenga como efecto la suspensión del acto impugnado. Cuarta, debe entenderse que el recurso de apelación en sede administrativa es una liberalidad del legislador y no una garantía constitucional, pues, según se sabe, los actos administrativos pueden ser impugnados y atacados -de todas formas- siempre en la vía jurisdiccional, así que no viola derechos fundamentales la norma que no admite apelación contra un acto administrativo, o la norma que no contempla el efecto suspensivo de una apelación planteada en sede administrativa” (énfasis no pertenece al original). En efecto, de un análisis de la normativa y de los anteriores pronunciamientos se concluye que resulta potestativo y no exigible u obligatorio -como pretende hacerlo ver el recurrente- para la Administración, ejecutar o no la resolución del Tribunal de Servicio Civil. En el caso concreto, fue precisamente el actor quien apeló administrativamente esa decisión y la Administración optó por esperar a que el Tribunal de Trabajo resolviera esa impugnación. Ello evidencia que el accionante no actuó de buena fe lo cual queda aun más de manifiesto cuando el jerarca impropio confirmó la decisión del Tribunal del Servicio Civil y el actor interpuso un “incidente de nulidad o protesta por actividad procesal defectuosa y concomitantemente excepción de prescripción” así como un “incidente de suspensión de acto de despido” (folios 371 a 395, 409 y 410 del legajo administrativo). Se puede inferir que el promovente estaba al tanto del plazo con el que contaba el empleador para ejecutar la sanción, conocía a cabalidad la jurisprudencia y, pese a saber que la apelación no suspendía necesariamente la ejecución del acto de despido, impugna administrativamente lo resuelto por el Tribunal del Servicio Civil para luego acudir a estrados judiciales alegando la prescripción. Por lo expuesto, no resulta procedente la aplicación de esa figura, toda vez que no medió inercia alguna de parte de la Administración y además sería permitir que el actor se vea beneficiado de su propio dolo.”

7. Potestad disciplinaria en el empleo público: Efectos y análisis del plazo de prescripción para aplicarla a guarda de asistencia rural

[Sala Segunda de la Corte]^{vii}

Voto de mayoría

“III.- Para resolver el recurso planteado, debe tomarse en cuenta que, todos los agravios externados ante la Sala tienen por propósito sustentar la improcedencia de la prescripción de la potestad disciplinaria. La jurisprudencia ha externado la tesis de que el poder disciplinario debe ejercerse de conformidad con los principios de causalidad, de actualidad y de proporcionalidad. Con base en el segundo principio citado, la potestad disciplinaria de la parte empleadora debe ejecutarse en forma oportuna; es decir, la sanción impuesta en un determinado momento debe ser correlativa al tiempo de la comisión de la falta, con lo que también se procura lograr la seguridad jurídica de la persona trabajadora, en el sentido de que tenga conocimiento de que su infracción ha de ser sancionada en un período concreto. En términos generales, el artículo 603

del Código de Trabajo regula el tema de la prescripción relativa a la potestad patronal para despedir. Así, dicho numeral establece que los derechos y las acciones para despedir justificadamente a las personas trabajadoras o para disciplinar sus faltas prescriben en un mes, que comenzará a correr desde que se dio una causal para la separación o, en su caso, desde que fueron conocidos los hechos que darían lugar a la corrección disciplinaria. No obstante, es importante destacar, que para el caso concreto no rige esa normativa, sino, la especial contenida en el artículo 83 de la Ley General de Policía, que reza: *“Las faltas leves prescribirán en un mes y las graves, a los dos años. La prescripción se interrumpirá cuando se inicie el procedimiento disciplinario”*. Dicho numeral prevé un término de prescripción mayor que aquel contemplado en el aludido artículo 603, que por ser especial debe aplicarse en detrimento de este otro que es general. Por otro lado, debe considerarse que cuando se tenga que cumplir un determinado procedimiento o investigación de previo a disciplinar –lo que normalmente ocurre en el sector público-, el término de prescripción se cuenta a partir del momento en que el resultado de la respectiva investigación es puesto en conocimiento del (la) funcionario (a) u órgano competente para resolver; es decir, se debe valorar la posibilidad jurídica para ejercer el poder sancionador. Seguidamente, el artículo 84 dispone: *“Procedimiento en investigación disciplinaria/El departamento legal del ministerio respectivo se encargará de investigar preliminarmente toda acusación que implique la suspensión temporal o el despido del servidor amparado por este Estatuto. / Preparado el informe correspondiente, el departamento citado recomendará alguna medida y trasladará el asunto al Consejo de Personal para que lo resuelva en primera instancia. **El afectado por una medida disciplinaria de este tipo tendrá derecho a recurrir al ministro del ramo, dentro de los tres días siguientes al de la notificación. Si no se apela, el asunto se remitirá al ministro quien resolverá definitivamente y dará por agotada la vía administrativa”** (énfasis suplido).*

IV.- En el asunto concreto, son hechos no cuestionados ante la Sala, los que a continuación se condensan: que el accionante se ausentó del trabajo los días 16 y 17 de julio de 2004; que por oficio del 20 de julio siguiente, el jefe de puesto puso en conocimiento lo acontecido a la jefatura del Departamento Disciplinario Legal del Ministerio de Seguridad Pública; que por resolución de las 8:00 horas del 1° de setiembre de ese mismo año, emitida por este órgano, se inició el procedimiento disciplinario; que por resolución número 1946-2004-DDL-SIP de las 15:00 horas del 5 de noviembre de 2004, ese departamento recomendó el despido del accionante por causa justificada; que en la sesión ordinaria número 362 del 15 de noviembre de 2004, el Consejo de Personal, acogió esa recomendación; que el 13 de diciembre siguiente, el funcionario planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio; que por resolución número 3674-2008 DM de las 8:00 horas del 17 de octubre de 2008, la ministra declaró sin lugar el recurso de apelación y confirmó el despido por causa justificada, ordenando a la Dirección de Recursos Humanos ejecutarlo; que por oficio número 8084-2008-DRH-SED del 31 de octubre de 2008 se le comunicó al actor la anterior resolución y que se le cesaba de sus labores a partir del 16 de noviembre de ese año; y, que el actor recibió la notificación a las 11:57 horas del 11 de noviembre de 2008. Según puede observarse, no transcurrió el término de dos años entre la fecha en que se recomienda el despido y en la que el Consejo de Personal lo adopta. No obstante, transcurrió un tiempo considerable (mucho más de dos años) entre esa

decisión y la data en que la señora ministra dictó la respectiva resolución con motivo del recurso de apelación planteado, con la cual, el acto adquirió firmeza en los términos del citado artículo 84 de la Ley General de Policía; pues, incluso debe advertirse que, aún y cuando no se hubiese planteado el recurso de apelación, conforme con lo regulado en esa norma, el asunto siempre debía pasarse al despacho del jerarca del ministerio para que resolviera en definitiva. No debe confundirse esa discusión con la relacionada con el término de prescripción aplicable a la ejecución de un acto firme; pues, en este caso, lo que se dio fue un abandono injustificado del proceso por parte de la Administración, al dejar pasar casi cuatro años para resolver el recurso de apelación planteado por el funcionario contra el acto dictado por el Consejo de Personal, o sea por un lapso mucho mayor al de la prescripción de la potestad disciplinaria.

V.-La prescripción y los efectos que de ella derivan son de orden público. Cualquier excepción solo puede resultar de la ley ordinaria. Así las cosas, no resulta posible analizar la existencia de la causal invocada para disponer la finalización de la relación de trabajo, para hacer derivar de ella alguna consecuencia jurídica, como por ejemplo para denegar la pretensión principal de reinstalación y acoger la subsidiaria, según se pide en el recurso. El efecto de la prescripción del derecho sancionador consiste en la extinción de la potestad respectiva, lo cual significa que la parte empleadora ya no puede ejercitarla válidamente, sancionando en alguna forma al (la) servidor (a) con base en el mismo motivo. Se entiende que, en aplicación del principio de seguridad jurídica, la omisión o incuria conlleva un perdón tácito y la consiguiente estabilidad del titular del puesto de trabajo. Así las cosas, si se está en el campo privado, donde se permite el libre despido, el ejercicio fuera de tiempo de la potestad disciplinaria da lugar a un despido con responsabilidad económica (preaviso y cesantía). Pero esa no es la situación de que se conoce, puesto que el accionante tiene derecho a la estabilidad en el puesto (artículo 88 de la Ley General de Policía), de modo que el efecto de la prescripción en estos casos extingue por completo la potestad en referencia con base en el hecho causal que se toma en cuenta y no podrá ponerse en práctica el libre despido, porque precisamente lo impide el régimen de inamovilidad establecido en la norma en referencia. Como en este caso, la relación laboral se rompió por decisión de la parte empleadora cuando ya había prescrito la potestad sancionadora, lo que hace surgir el derecho del trabajador a ser reinstalado a su puesto con el pago de salarios caídos, extremos incluidos en la petición principal de la demanda. De ahí que el reclamo no sea tampoco de recibo.”

DICTAMEN 360 DEL 06/10/2008

C-360-2008

6 de octubre, 2008

Señor

Jorge Salas Bonilla, Alcalde Municipal de Tibás

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, me refiero a su atento oficio DA-E-239-2008 de fecha 08 de mayo del 2008, en el cual solicita criterio en torno a la aplicación del artículo 46 de la Convención Colectiva de la Municipalidad de Tibás. Específicamente, solicita criterio en torno a la posibilidad de pagar prestaciones a los Jefes de Departamento acogidos a dicha norma convencional.

Junto a la consulta se nos remite el oficio LI-008-2007, en el cual la Asesoría Jurídica de la Municipalidad de Tibás señala que en razón del dictado de la resolución número 390 de las ocho horas treinta y cinco minutos del once de octubre del dos mil seis, en la cual el Tribunal de Trabajo, Sección Tercera del Segundo Circuito Judicial de San José, concluyó que la convención colectiva de la Municipalidad de Tibás no resulta aplicable a las jefaturas de ese ente corporativo, la Asesoría Jurídica de la Municipalidad de Tibás concluye que el artículo 46 de la Convención Colectiva no resulta aplicable a los funcionarios de nivel gerencial.

De previo a referirnos al fondo de la consulta, debemos aclarar los alcances de nuestro pronunciamiento, toda vez que de los antecedentes remitidos, se desprende que la consulta está referida a un caso concreto. En razón de lo expuesto, y de conformidad con lo dispuestos por los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, nuestro criterio se emitirá haciendo abstracción de la situación particular, siendo una responsabilidad de la Administración el aplicar los conceptos expuestos al caso concreto.

I. SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS

El tema de las convenciones colectivas en el sector público, ha sido reiteradamente analizado por el Tribunal Constitucional, que ha señalado la existencia de límites en el poder de negociación en este sector. Al respecto, se ha indicado que:

“V.- Las convenciones colectivas de trabajo frente al parámetro de constitucionalidad. La posibilidad de negociar colectivamente para los trabajadores que no participan de la gestión pública de la Administración, los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al Derecho común, ha sido reconocida reiteradamente por esta Sala a partir de la sentencia número 03053-94, criterio que reitera o ratifica después en las sentencias 2000-07730 y 2000-04453. (...) Esta Sala ha reconocido por ende que la relación entre el Estado y los servidores públicos, como tesis de principio, es una relación de empleo público o estatutaria; en otras palabras, el servidor del régimen de empleo público se encuentra en relación con la Administración, en un estado de sujeción; aquella puede imponer unilateralmente las condiciones de la organización y prestación del servicio para garantizar el bien público. Esta conclusión no implica que sea inválida cualquier negociación colectiva en el

sector público, pero de conformidad con lo dispuesto en los artículos 191 y 192 constitucionales, únicamente resulta posible respecto de aquellos funcionarios que no realicen gestión pública. (...). No obstante lo anterior, es claro que por tratarse de funcionarios remunerados con fondos públicos, incluso en el caso de aquellos que puedan regir sus relaciones de trabajo por normas producto de una negociación colectiva, la situación de las instituciones públicas empleadoras nunca será equiparable a la de cualquier patrono particular, puesto que por esa vía no puede dispensarse o excepcionarse la aplicación de cualesquiera normas o principios de orden público. Sea cual sea el rango normativo que se reconozca a este tipo de instrumentos, es claro que se encuentran subordinados a las normas y principios constitucionales. (...) En adición a lo anterior, por tratarse de decisiones que acarrear consecuencias financieras a cargo de la Hacienda Pública, es claro que cláusulas como la ahora impugnada pueden ser objeto de revisión no apenas respecto del cumplimiento de los procedimientos para su creación, sino incluso en relación con su adaptación a las normas y principios constitucionales de fondo. Las obligaciones contraídas por las instituciones públicas y sus empleados pueden ser objeto de un análisis de razonabilidad, economía y eficiencia, sea para evitar que a través de una convención colectiva sean limitados o lesionados derechos de los propios trabajadores, sea para evitar que se haga un uso abusivo de fondos públicos.” (Sala Constitucional, resolución número 6728-2006 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de mayo del 2006, el subrayado no corresponde con el original) [\[1\]](#)

A partir de lo expuesto por la Sala Constitucional, podemos afirmar que existen al menos tres límites a las posibilidades de negociación dentro del Sector Público. El primero está relacionado con el ámbito subjetivo de las convenciones colectivas, el segundo, con las materias que pueden ser objeto de negociación y el tercero con la razonabilidad y proporcionalidad de los beneficios acordados.

Para efectos de la presente consulta, nos interesa analizar el ámbito subjetivo.

i. Empleados que pueden celebrar convenciones colectivas.

En el primer supuesto, -las personas que pueden participar en el proceso de negociación-, se ha establecido que es posible celebrar convenciones colectivas con aquellos grupos de trabajadores que no participan de la gestión pública en los respectivos entes públicos, de conformidad con lo señalado por los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 111 inciso 3, “**No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.**”, afirmación que es atenuada en el artículo 112 incisos 2, 3 y 4, y que dispone:

“2. Las relaciones de servicios con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3º, del artículo III, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.

3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativa, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.

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

De conformidad con las actas legislativas de aprobación de la Ley General de la Administración Pública, la intención del legislador al establecer un régimen común de empleo consistía en permitir a los servicios económicos del Estado, la flexibilidad suficiente para competir en un ámbito de libre competencia, pero manteniendo la sujeción de estos empleados, a las normas de derecho público que aseguraran la legalidad y moralidad pública. Así, don Eduardo Ortiz explicaba el párrafo cuarto del artículo 112 antes transcrito, como sigue:

*“La idea nuestra es hacer un deslinde claro entre lo que consideramos que deben ser trabajadores comunes del Estado y servidores regidos por el Derecho Público especial del Estado. Claro que hay un mínimo como el artículo 116 [se refiere al 112 actual] lo revela, **que queremos que sea común en un sentido, es obvio que un trabajador del Estado por muy igual que sea su régimen al del trabajador común de una empresa privada siempre tiene oportunidades que no tiene el trabajador común, entonces queremos garantizar la moralidad y la legalidad de la administración en lo que se relacione estrictamente con ellos, pero siempre conservándoles el estatuto de trabajadores del derecho común.** Esto es lo mismo por ejemplo también en cuanto a empleados de entes autónomos, que son empresas públicas... **se trata de aquellas empresas del Estado que funcionan como si fueran entidades privadas porque venden y hacen lo mismo que los particulares,** por ejemplo el mismo INS cuando vende pólizas, hace lo mismo que una compañía aseguradora cualquiera, la banca cuando hace un préstamo, hace lo mismo que una entidad financiera común, la Cía. Nal. De Fuerza y Luz, que vende energía eléctrica la vende en iguales condiciones en que podría venderla una empresa privada, **nosotros sostenemos que esos empleados de esas entidades deben ser considerados trabajadores comunes y no funcionarios públicos, porqué, porque si no hay una serie de estatutos y reglamentaciones que se les aplica directa o supletoriamente que vienen a entorpecer la marcha de esos servicios en perjuicio del ente público...** Si a la inversa nosotros tratáramos de extender a estos funcionarios el régimen de estabilidad propio de los funcionarios comunes del Poder Ejecutivo, encontraríamos que se crean una serie de entrabamientos tremendos para empresas que tienen que funcionar en condiciones de competencia iguales a las de la empresa privada... **Entonces queríamos preservar ese régimen privado, laboral o mercantil de la empresa pública que tiene un giro mercantil igual al de los particulares.**” (Comisión Permanente de Gobierno y Administración, Acta N°99 Periodo Extraordinario, del 23 de marzo de 1970, el resaltado no es del original)*

Los criterios anteriores han sido retomados por la Sala Constitucional, que ha sostenido la existencia de un régimen mixto para las administraciones cuya actividad sea de naturaleza comercial y que no se diferencie de la actividad comercial desplegada por los particulares. Así, en la resolución 2000-4453 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del veinticuatro de mayo del dos mil, resolución que ha sentado la jurisprudencia [2] de ese Tribunal Constitucional en esta materia, ha señalado que:

“Por su parte, de la interrelación de los artículos 112 inciso 2) y 111 inciso 3) (norma a la cual remite la primera y ambos de la misma Ley) queda también claro que no son funcionarios sujetos al régimen de empleo público, sino obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al Derecho común, que de conformidad con el artículo 112 inciso 2) transcrito, se rigen por el Derecho laboral y no por el Derecho público, lo que les faculta para negociar colectivamente. Así las cosas, el régimen es administrativo, estatutario, para los "servidores públicos", o sea, para quienes prestan servicios a la administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura; sin embargo, la propia Ley General de la Administración Pública establece que " las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 111, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos ". Consecuentemente, y a partir de esta interpretación constitucional y de los textos contenidos en la Ley General de la Administración Pública , en el sector público solo pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo los servidores que no participan en la gestión pública, de tal forma que entes con un régimen de empleo de naturaleza laboral (no pública), como por ejemplo, las empresas del Estado, de las que se ha dicho la doctrina nacional que son " aquellas que funcionan como si fueran empresas privadas, porque venden y hacen lo mismo que los particulares; por ejemplo el mismo INS cuando vende pólizas hace lo mismo que una compañía aseguradora cualquiera, la banca cuando hace préstamos, hace lo mismo que una entidad financiera común, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, que vende energía eléctrica la vende en iguales condiciones en que podría venderla una compañía privada ", entre otros, sí pueden negociar colectivamente de conformidad con las disposiciones que informan el Derecho Colectivo del Trabajo”

Cabe señalar que en nuestro criterio, el presupuesto diferenciador utilizado por el legislador en la Ley General de la Administración Pública está referido a las funciones económicas no diferenciables de las realizadas por el particular, y no a un criterio orgánico referido a la forma en que se estructura el ente al que pertenecen los trabajadores.

“La doctrina ha entendido que cuando la actividad de la Administración Pública es asimilable a la actividad que realizan los sujetos particulares –en materia industrial o comercial, por ejemplo- se trata ya no de gestión pública sino de gestión privada del Estado, a la cual es válidamente someter al derecho privado. Sin embargo, gestión privada no significa necesariamente forma organizacional privada....Entonces para el ejercicio de la actividad industrial o comercial de la Administración Pública – que puede o no implicar la gestión de un servicio público- la Administración puede renunciar a sus prerrogativas y someterse al derecho privado, aunque mantenga una forma pública...”

Sobre este régimen mixto de los empleados, no se hace distinción en cuanto al tipo de organización de la empresa estatal, pues sea esta organizada bajo una forma pública o bajo una forma privada, la jurisprudencia ha mantenido el criterio que en ambos casos el régimen es mixto.” (Hernández Rodríguez, Magally, Fisuras, Desafíos y Mutaciones del Estado de Derecho y del Derecho Público, Editorial Universidad de Costa Rica, 2007, p. 104)

Por otra parte, como lo señala don Eduardo Ortiz Ortiz, la aplicación del régimen de empleo privado a los trabajadores de los servicios económicos del Estado, no implica una “laborización” total del régimen de empleo, pues en ciertos ámbitos el régimen de empleo privado cede ante el Derecho Público, como es el caso de la política salarial que se encuentra sometida a la Directrices emitidas por el Poder Ejecutivo según recomendación de la Autoridad Presupuestaria. En razón de esta situación, el régimen de empleo de este tipo de servicios se ha denominado “régimen mixto”, en el tanto debe considerarse mayoritariamente cubierto por derecho privado, pero sometido al derecho público en diversos aspectos.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado, por demás, una serie de instituciones que no realizan gestión pública y que por lo tanto, no se encuentran cubiertas por el régimen estatutario de empleo público. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado como régimen de empleo mixto a las empresas que han sido organizadas bajo formas de derecho privado (específicamente en el caso de los servicios estatales de televisión y los servicios de correos). Al respecto, ha señalado:

“ En primer término, debe observarse que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2° la Ley No. 8346 del 12 de febrero del 2003, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural, el SINART fue creado como empresa pública, bajo una figura organizativa de derecho privado, en este caso, una sociedad anónima. En ese sentido y, a la luz de lo dispuesto en los artículos 111, inciso 3°) y 112, inciso 2°), de la Ley General de Administración Pública, los empleados del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural no participan de la gestión pública de la Administración y, en consecuencia, se encuentran regidos por el derecho laboral; es decir, por el ámbito legal, común u ordinario. De ahí que, para el cese de funciones de los trabajadores del SINART S.A., se deben de seguir las disposiciones contenidas en el Código de Trabajo y leyes conexas, y no las del Estatuto de Servicio Civil, su Reglamento, o lo que al efecto establezca la Ley General de la Administración Pública. (Sala Constitucional, resolución número 2007-014859 de las trece horas y treinta y cinco minutos del doce de octubre del dos mil siete, el resaltado no es del original.)

Según se desprende del texto del artículo transcrito, por medio de la promulgación de la Ley 7768, la Dirección Nacional de Comunicaciones desapareció como órgano de la Administración Pública, naciendo a la vida jurídica una sociedad anónima estatal, con una naturaleza jurídica distinta a la que poseía la anterior Dirección Nacional de Comunicaciones y, por ende, regida -en cuanto a la relación laboral de sus empleados- por las normas comunes de la contratación laboral privada. Tanto es así, que el artículo 3 de dicha ley, y en cuanto a las normas aplicables, remite al Código de Trabajo y leyes conexas, entratándose de situaciones de índole laboral. En razón de ello, las disposiciones

contenidas en el artículo 192 de la Constitución Política, no alcanzan más a los funcionarios contratados por la empresa Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, ya que los puestos que ocupan, por accesión, fueron excluidos del servicio civil, por cuanto dicha sociedad dejó de ser pública y su régimen contractual es completamente privado” (Sala Constitucional, resolución número 2007-010910 de las quince horas y cincuenta y seis minutos del treinta y uno de julio del dos mil siete)

Cabe señalar, no obstante, que aún dentro de las instituciones y entidades públicas que se encuentran sometidas al derecho laboral al normar sus relaciones laborales, la Sala Constitucional ha reconocido grupos funcionariales que se deben considerar funcionarios públicos en razón de las labores efectuadas, y que por lo tanto, pese a laborar para entidades sujetas al derecho laboral común, con un régimen de empleo mixto como señalamos, deben considerarse excluidos de las convenciones colectivas.

“En este contexto, en lo que respecta propiamente a las clases gerenciales de instituciones autónomas y empresas públicas como RECOPE, la Sala ha entendido en casos precedentes que la ubicación de un funcionario público en el nivel gerencial ciertamente ha servido como elemento idóneo para justificar una regla de trato diferenciado en materia de Convenciones Colectivas –como bien lo recuerda la Procuraduría–:

"Es innecesario recordar con amplitud aquí que la convención colectiva es el resultado de una negociación bilateral que ha tenido lugar entre la entidad pública (para el caso, JAPDEVA) y sus funcionarios. Evidentemente, los intereses de estos últimos en obtener determinadas condiciones de empleo no necesariamente son coincidentes con los institucionales, y hasta en algunos casos pueden ser contrapuestos, habida cuenta de que la entidad pública, que inscribe sus políticas o sus decisiones en materia de personal en el marco más amplio de las políticas o de las decisiones de gobierno, es titular de intereses públicos, es la empleadora, frente a la cual sus funcionarios o empleados oponen sus propios intereses, que por ser suyos son realmente intereses privados. La estructura de la negociación -en un extremo, la jerarquía que expresa la voluntad y los intereses del empleador (la concreta Administración Pública), y en el otro, el sindicato, que sostiene los de los empleados- explica y justifica la exclusión de algunos funcionarios de la aplicación de los beneficios de la negociación. Se trata de aquellos cuya posición y funciones son tales que resultan incompatibles con la posibilidad de tenerles también como beneficiarios del derecho de negociación colectiva, sin riesgo del interés de la Administración, del interés público: puesto que en ellos radica realmente la capacidad de configurar y expresar la voluntad de la Administración frente a los demás empleados, valga decir, puesto que ellos son quienes detentan directamente o influyen de modo determinante en las decisiones que la Administración tome en la negociación con sus empleados, la exclusión se impone al sentido común como objetiva, razonable, y, por ende, no discriminatoria."

De lo anterior se deduce que en el caso del promovente no se lesionó el principio de igualdad, ya que la distinción con relación a los demás trabajadores de su Departamento tiene una justificación objetiva y razonable, por lo que, sobre este punto, debe declararse sin lugar el recurso." (Resolución N°4325-96 de las nueve horas veintidós minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y seis).

Asimismo, otro tanto se ha discutido en lo relativo a cuestiones de organización y condiciones del trabajo; ello, con relación a los funcionarios que se encuentran en niveles inferiores de la estructura administrativa. Así por ejemplo, se ha dicho lo siguiente:

"II.- Para la resolución de este caso resulta de mucha importancia destacar la abundante jurisprudencia -judicial y administrativa- vertida en el sentido de que los funcionarios ubicados en el 'nivel gerencial' de las instituciones autónomas son considerados representantes del patrono - el Estado - y en tal concepto, obligan a este (sic) en sus relaciones con los servidores del Ente, de tal modo que, los incrementos salariales acordados para los empleados no pueden disfrutarlos y su estipendio, (sic) en consecuencia, debe ser revisado con arreglo a un procedimiento distinto del de aquellos. De lo expuesto se colige que los funcionarios de nivel gerencial -al que pertenecen los promoventes- no se encuentran en una misma condición que el resto de los servidores a favor de los cuales se aprobó el incremento salarial, de manera

que, no pueden alegar discriminación alguna en su perjuicio y el recurso deviene en improcedente." (vid. sentencias números 7199 de las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del siete de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro; 7596 de las once horas con doce minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro; 2308 de las dieciséis horas tres minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y cinco; y 3599-97 de las diecisiete horas con dieciocho minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y siete, entre otras).

De esta manera, partiendo del hecho de que la propia Convención Colectiva de RECOPE, en su artículo 4°, dispone excluir de su ámbito de aplicación al Presidente, el Gerente General, los Directores Generales, los Gerentes de Área, el Auditor General, el Subauditor General, los Asesores y Asistentes de la Presidencia y la Gerencia General, los Jefes de Dirección, el Secretario de Actas de la Junta Directiva, así como quienes están nombrados en plaza de Coordinadores Ejecutivos con independencia de las funciones que realicen, resulta de rigor presumir que estos servidores realizan funciones de "Gestión Pública" que, como señala la Procuraduría, entrañan "...un poder de decisión y fiscalización, en su caso, superiores..." (folio 34) y que, por ende, conllevan un régimen de empleo que se encuentra regulado íntegramente por el Derecho Público. (Sala Constitucional, resolución número 2001-12953 de las dieciséis horas con veinticinco minutos del dieciocho de diciembre del dos mil uno, el subrayado es del original)

ii. Funcionarios públicos excluidos del ámbito de aplicación de las convenciones colectivas.

Como se desprende de las citas jurisprudenciales indicadas en el apartado anterior, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que están excluidos de las convenciones colectivas los funcionarios que participan de la gestión pública.

Ahora bien, la dificultad que se ha presentado es definir qué es gestión pública. Una primera aproximación de la definición de funcionarios que realicen gestión pública está dada por la definición de funcionario público.

Así, de conformidad el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, un funcionario público es aquel que "**presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.**"

Por su parte, el artículo 112 de ese mismo cuerpo normativo dispone que "**El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.**"

A partir lo señalado por los artículos anteriores, es claro que deberán considerarse servidores públicos que realizan gestión pública a aquellos funcionarios que prestan servicios a nombre y por cuenta de la Administración Pública mediante un acto válido y eficaz de investidura y cuyas relaciones con la Administración se rigen por el Derecho Público y no por el Derecho Privado.

En efecto, desde el dictado de la resolución número 4453-2000, en la que se reafirmó la posición histórica sostenida por este Órgano Técnico Consultivo, se ha establecido la inconstitucionalidad de las convenciones colectivas de los funcionarios públicos que realizan gestión pública, en el tanto dichos funcionarios se encuentran sujetos a un régimen especial de empleo público, según se definió en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política. Al respecto, señaló el Tribunal Constitucional lo siguiente:

"Uno de los fines perseguidos con el nuevo texto constitucional que se aprobó – posiblemente de los que más discusión suscitó -, fue el de incluir la " concepción constitucional de un régimen laboral público, exclusivo para los servidores del Estado, a fin de regular y dirimir las diversas situaciones que afectan esa relación ", cuyas bases primordiales se encuentran en los

artículos 191 y 192 de la Constitución Política. **De esto se infiere, en aras de obtener la máxima claridad en esta sentencia, que se deba reiterar lo expresado en el precedente jurisprudencial antes referido, en la parte en la que se refiere a la especial circunstancia de que existen dos extremos u ordenamientos en materia laboral: uno que se regula por el Código de Trabajo y el otro, que se regula por el Derecho Público. Segunda:** Partiendo de la conclusión inmediata anterior se reafirma, también, que la relación entre el Estado y los servidores públicos, como tesis de principio y con las salvedades que luego se dirán, es una relación llamada de empleo público o estatutaria, que como tal, está regulada por el Derecho Público; consecuentemente, no puede existir una relación de igualdad o de equivalencia entre las partes involucradas, como idealmente debiera suceder en la relación laboral de origen contractual, principalmente porque la Administración Pública representa un interés general, por la necesidad de la continuidad en la prestación de los servicios públicos y por las limitaciones que se imponen en las regulaciones presupuestarias. En otras palabras, el servidor del régimen de empleo público se encuentra con relación a la Administración, en un estado de sujeción; ella puede imponer unilateralmente las condiciones de la organización y prestación del servicio para garantizar el bien público, lo que elimina la posibilidad de que la relación sea considerada desde una perspectiva de equivalencia de derechos susceptible de negociación entre las partes. **Esta conclusión comprende el que no se pueda reconocer la posibilidad de la negociación colectiva en el sector público, pues la sola idea de la negociación, como medio idóneo para revisar y aprobar las condiciones del empleo público, riñe con los postulados esenciales de la organización del Estado, que en este campo se introdujeron en los artículos 191 y 192 constitucionales.** (Sala Constitucional, resolución número 4453-2000 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del veinticuatro de mayo del dos mil, lo resaltado en negrita no es del original)

Posteriormente, al resolver una gestión de adición y aclaración sobre la sentencia transcrita, el Tribunal Constitucional indicó respecto de las Municipalidades, lo siguiente:

“... la Sala no ha declarado inconstitucionales las convenciones colectivas de algún conjunto definido de instituciones del Estado; esto es, por ejemplo, no ha dicho que no se puedan celebrar convenciones colectivas en las municipalidades o en las universidades. Por el contrario, la sentencia es sumamente clara y no requiere de profundizar en sus conceptos para comprender su tenor, de que hay servidores públicos a los que les está vedada la vía del derecho colectivo de trabajo y que determinar quiénes son esos servidores, es labor que le corresponde a cada uno de los entes públicos en el ejercicio de sus competencias y en última instancia, a los jueces encargados de juzgar las controversias que sobre esta materia surjan. “(Sala Constitucional, resolución número 2000-9690 de las quince horas con un minuto del primero de noviembre del dos mil, el subrayado no es del original)

Ahora bien, consideramos que el verdadero alcance del concepto de funcionario público que realiza gestión pública no puede ser establecido sin tomar en consideración las funciones que realiza el servidor y que serán, en definitiva, las que definan si estamos ante la realización de gestión pública en los términos señalados por la Sala Constitucional y los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública.

Así, la Sala Constitucional al analizar el caso de los abogados de las instituciones públicas ha señalado:

“...es posible que se hagan restricciones o exclusiones de entre los posibles beneficiarios de una convención colectiva de trabajo en razón de la especial ubicación jerárquica institucional de los empleados, tal es el caso de los trabajadores o empleados de confianza o de los que ocupan cargos de alto nivel, de dirección y de muy elevada responsabilidad. Esta medida se justifica en virtud del conflicto de intereses que pueda suscitarse, ya que estos empleados, que participan en las negociaciones como representantes patronales, o cumplen con una función con estrechos vínculos con éstos -de conformidad con el artículo 4 del Reglamento Interior de Trabajo del Banco citado, que establece en lo que interesa: "Las personas que ejerzan cargos de Dirección, Jefatura o de Administración, son representantes patronales ..."-, pueden verse beneficiados de estas negociaciones que dependen de ellos directa o indirectamente,

motivo por el que no es conveniente que sean cubiertos por convenciones colectivas de trabajo. (Sala Constitucional, sentencia n.º 2531-94 de las 15:42 del 31 de mayo de 1994. El subrayado es nuestro).

En segundo lugar, dentro de esta misma categoría de funcionarios que en virtud de sus cargos les resulta improcedente la aplicación de una convención colectiva por razones de incompatibilidad, se encuentran los servidores que influyen de manera determinante en las decisiones que adopte la Administración. La Sala Constitucional ha ubicado dentro de esta categoría a los asesores legales y a los funcionarios de confianza :

"... tanto en el caso de los gerentes, (que se expuso en la sentencia número 2308-95, recién citada) como para el de los asesores legales que ahora se examina, nos encontramos ante una particular y distinta situación con relación a la generalidad de empleados de una organización, esto por el decisivo poder de disposición e influencia que tienen sobre el devenir de la institución y su capacidad para comprometerla, lo que conlleva que sus decisiones produzcan efectos sobre ellos mismos, sin que (en términos generales y eficaces) existan controles para la reversión de tales actos si resultaren lesivos para la organización como un todo. Así, resulta lógico que –como un mecanismo protector de la organización- se aparte y excluya a estos funcionarios de las eventuales ventajas y prebendas a las que se comprometa la institución, ello con el fin de evitar que se pueda condescender en cuestiones con el oculto fin de que les beneficie. A lo dicho, solamente cabe agregar que resulta razonable aplicar los conceptos expresados a los asesores legales, -que en un Estado rígidamente atado al principio de legalidad como el nuestro- se convierten en piezas de singular importancia para la toma de decisiones, por lo que resulta razonable tenerlos como parte del estrato de funcionarios de confianza de la organización y, por allí, excluidos de las características generales que moldean la relación de la institución con sus empleados en general."

(Sala Constitucional sentencia n.º 5577-96 de las 11:18 horas del 18 de octubre de 1996). " (Dictamen C-029-2004 del 26 de enero del 2004, el resaltado no es del original. En el mismo sentido, es posible ver las Opiniones Jurídicas OJ-058-2000 del 31 de mayo del 2000 y OJ-039-2003 del 7 de marzo del 2003, y los dictámenes C-054-2005 del 8 de febrero del 2005 y el C-159-2007 del 24 de mayo del 2007.)

Este mismo criterio ha sido aplicado por la jurisprudencia de éste órgano asesor, al señalar que:

Se ha podido observar de todo lo expuesto, que el funcionario que se encuentre en un determinado nivel jerárquico dentro de una institución pública, o bien ocupen cargos de una alta responsabilidad, o realicen funciones de cierta envergadura dentro de la Administración Pública como las de dirección, administración, asesoría o fiscalización, es decir que se encuentren relacionados directamente con las políticas, estrategias e intereses generales de la entidad o empresa, o bien jerarcas relacionados con la gestión de los ingresos o egresos públicos, son los que se encontrarían impedidos, en principio, para ser destinatarios de una convención colectiva de Trabajo.

Es importante subrayar que la posibilidad de que ese tipo funcional se excluya de la aplicación de los citados instrumentos colectivos, la prevé el artículo 2 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo No. 151, (denominado Convenio sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, aún no ratificado por nuestro país) que a la letra dice:

"2.- La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial."

(Lo destacado en negrilla no es del texto original)

Asimismo es importante tener en consideración en este análisis, lo que recientemente, la Sala Segunda de la Corte Suprema, ha resuelto en relación con los funcionarios que pueden ser incluidos o excluidos de los instrumentos colectivos de trabajo, en concordancia con las Sentencias constitucionales Números, 4453, de las 14:56 horas del 24 de mayo del 2000, y 9690, de las 15:01 horas del 1 de noviembre, ambas del 2000. En ese sentido y en lo conducente, ha indicado:

“V.- ¿Cuáles servidores públicos están excluidos de la negociación colectiva, es decir, cuáles son los que tienen clausurada la vía del derecho colectivo del trabajo, para establecer las condiciones de su empleo? La doctrina de la sentencia de comentario, N° 4453-2000, sigue una orientación clasificatoria o taxonómica de derechos; según lo cual existirían grupos de servidores que estarían excluidos de las convenciones colectivas que se celebren. **La mayoría de esta Sala entiende que esos servidores son los que participan de la gestión pública, es decir, quienes conducen y dirigen los poderes del Estado, los jefes de instituciones autónomas, presidencias ejecutivas, así como los jefes (grupo gerencial) de las empresas del Estado, etc., lo que obedece a la necesidad de asegurar la continuidad del funcionamiento de la Administración Pública, constituida por el Estado, y los demás entes públicos (artículos 1º y 4º de la Ley General de Administración Pública), así como para evitar conflictos de intereses por la doble condición de trabajadores y jefes de la Administración. También estarían excluidos los servidores que por su participación en las negociaciones colectivas puedan verse directamente beneficiados de esas negociaciones, cuestión que desde luego no es conveniente. (Cfr. Sala Constitucional, sentencia N° 2531-94 de 15:42 horas de 31 de mayo de 1994). El Decreto Ejecutivo N° 29576 de 31 de mayo de 2001, denominado Reglamento para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público, dispone en su artículo 6º, párrafo 2º: “No podrá formar parte de esa delegación (representación patronal) ninguna persona que fuere a recibir actual o potencialmente algún beneficio de la convención colectiva que se firme.”(...)”**

Del cúmulo de datos en referencia, es claro que para determinar cuáles funcionarios públicos pueden ser beneficiarios de una convención colectiva de trabajo en una institución municipal como la que se ocupa en este estudio, debe recurrirse al concepto de gestión pública que tanto en el texto transcrito como en las sentencias constitucionales supra citadas se puntualiza para hacer la distinción correspondiente.” (Pronunciamiento número C-164-2008 del 14 de mayo del 2008)

A partir de las consideraciones anteriores, podemos inferir que las funciones que desempeñan los servidores excluidos de la aplicación de la convención colectiva, son las que podemos definir como administrativas, es decir, estarán excluidos los funcionarios que realicen “función administrativa”.

El concepto de función administrativa está contenido dentro del artículo 49 de la Constitución Política, que define el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa como “*garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público*” Sobre este concepto, Ernesto Jinesta Lobo señala:

“Nuestro texto constitucional en su ordinal 49 emplea un concepto que constituye la clave de bóveda del derecho administrativo, cual es el de “función administrativa”. Esta noción presupone una perspectiva dialéctica, el de disfunción administrativa. El término función administrativa, además de tener una connotación dinámica engloba, al presuponer su antítesis, todas las formas jurídicas y no jurídicas de exteriorización de la Administración Pública (v. gr. las actuaciones materiales o técnicas y las omisiones).” (Jinesta Lobo, Ernesto, y otros. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, Escuela Judicial, Poder Judicial, 2006, p. 197)

Bajo la misma inteligencia, doña Magda Inés Rojas Chaves, señala:

“La función administrativa comprende la gestión de los asuntos públicos ordinarios, a través de diversos actos de la Administración. Se trata de una manifestación de actividad que está sujeta no sólo a la Constitución sino también a la ley. En ese sentido, la nota característica de toda actividad administrativa es la sujeción al principio de legalidad.

Dicha función se expresa a través de actos administrativos; noción que, en sentido amplio, comprende los actos administrativos unilaterales (actos administrativos en estricto sensu), los contratos y los reglamentos. Administrar es también ejecutar la decisión política tomada por el Gobierno y la ejecución de la totalidad de la actividad estatal. (Rojas Chaves, Magda Inés, El Poder Ejecutivo en Costa Rica, Editorial Juricentro, 1997, p. 361 y 362.)

Esta función administrativa se manifiesta en las relaciones que la administración pública entabla con las demás administraciones públicas o con los administrados, de ahí que se establezca que la función administrativa deberá analizarse dentro de la relación jurídico administrativa que afecta, modifica o crea.

“La relación jurídico-pública es la que se establece, por lo menos, entre dos sujetos, en la cual existen en cabeza de los mismos derechos y obligaciones correlativas.

En términos generales, se pueden identificar dos grandes tipos de relaciones jurídico administrativas:

a. Las surgidas o concretadas como consecuencia de una conducta o actuación administrativa que tiene sustento en el ejercicio de una potestad administrativa de limitación. En estos casos, el administrado tiene frente a la actuación un derecho reaccional para remover el gravamen que se impone. Consecuentemente, en este supuesto, la potestad es un momento previo o presupuesto de cualquier relación jurídica. Este tipo de relaciones jurídico administrativas, lleva a la conclusión que la noción de relación jurídica debe ser concebida de modo distinto al que lo ha sido en el Derecho común u ordinario, por las particularidades propias del Derecho Administrativo marcadas por la sujeción de las administraciones públicas al principio de legalidad y el concepto de potestad administrativa que relativiza la noción de derecho subjetivo.

b. Las que nacen del ejercicio, por el administrado, de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, frente al cual surge la obligación administrativa de otorgar una prestación, estos son los denominados derechos prestacionales.” (Jinesta Lobo, Ernesto, Op. Cit. P. 201)

Partiendo de lo expuesto y para efectos de nuestra consulta, debemos considerar como servidores que realizan gestión pública a aquellos funcionarios que en el ejercicio de una competencia pública (artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública) realicen actuaciones administrativas cuyo resultado sea la alteración, creación y supresión de relaciones jurídicas administrativas con los administrados o con el resto de los servidores de la institución, actuaciones que pueden ser de fiscalización (como los desempeñados para resguardar el patrimonio de la institución o los efectuados por los auditores institucionales), de dirección (como la emisión de directrices, instrucciones, o el ejercicio de la potestad disciplinaria) o de servicio público, entre otros.

Dicho criterio diferenciador ha sido señalado, aunque de manera muy general, al efectuar las exclusiones particulares de los funcionarios públicos por parte de la jurisprudencia, tanto administrativa como judicial, sobre el tema.

Así, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

*“Así las cosas es claro que la Sala Constitucional no solamente no declaró inconstitucionales todas las convenciones colectivas celebradas en el sector público, sino que otorgó a los juzgadores la posibilidad de valorar **en qué casos se está ante una relación de trabajo en la que se puede ser beneficiario de una convención y las situaciones laborales no susceptibles de ser enmarcadas en ese ámbito, de manera que esa sentencia estableció la posibilidad de distinguir la aplicación de las convenciones colectivas dependiendo de la naturaleza de las funciones desempeñadas por cada grupo de trabajadores que es la que determina si la relación laboral se rige por el derecho público o el derecho laboral común.** Al respecto en el citado voto 4453 dijo: En el caso concreto existe una convención colectiva -la cual cumple con lo dispuesto en el artículo 62 supracitado- por lo que -*

tiene fuerza de ley- y no ha sido dejada sin efecto por ninguna disposición del ordenamiento jurídico, en consecuencia se encuentra vigente; y dado que la situación del actor se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo 50 de la Convención suscrita por la accionada, es de mérito que se le aplique esa norma, por lo que el agravio no es de recibo.

IV.- El reproche de la recurrente en cuanto a la forma de cálculo de la cesantía, pretendiendo que se aplique el artículo 29 del Código de Trabajo y su reforma mediante Ley de Protección al Trabajador, no es atendible. Este caso, en criterio de la mayoría de esta Sala, debe resolverse en aplicación del artículo 50 de la Convención Colectiva como lo reclamó el actor, la cual estaba vigente a la fecha de su retiro por motivo de pensión el 1 de diciembre de 2005. Por ser la Convención Colectiva ley entre las partes, y configurar el artículo 50 normativa especial que expresamente regula el tema de la cesantía, garantizando el derecho a recibir un mes de salario por cada año de servicio hasta un máximo de doce años, o sea doce meses de salario. En consecuencia debe privar la aplicación de esta norma especial sobre la general contenida en el artículo 29 del Código de Trabajo, modificado por la Ley de Protección al Trabajador. La mayoría de esta Sala estima que lo resuelto por el Tribunal se ajusta a derecho y al principio de legalidad, por cuanto la Convención Colectiva, en la que se basó la demanda, forma parte del bloque de legalidad al que está sujeta la administración de la Municipalidad accionada.” (Sala Segunda, resolución número 2008-213 de las nueve horas veinticinco minutos del siete de marzo del dos mil ocho. El resaltado no es del original)

VIII.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: Del escrito de demanda y contestación, se colige que según acción de personal N° 0961, de fecha 30 de agosto de 1974, el actor Carlos Mora Brenes se vinculó laboralmente con la Municipalidad demandada desde el 26 de agosto de ese año, como “peón sanitario” en el Departamento de Sanidad Municipal. Asimismo, que adquirió la propiedad el 15 de abril de 1975 al amparo de la acción de personal N° 01314. También, que la relación laboral terminó el 31 de diciembre de 2003, para acogerse a la pensión por vejez, cuando lo hacía como auxiliar de servicios operativos B, en el Departamento de Acueductos. (Ver folio 5) Pretende el pago de cuatro meses de auxilio de cesantía, según lo dispuesto en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, firmada por los sindicatos y la Municipalidad de Alajuela en 1998, ya que solamente le reconocieron ocho meses por ese concepto.

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

“...cabe recordar que mediante el régimen propio de las concesiones, la Administración puede contratar con el particular la prestación de los servicios públicos que le competen, régimen que es de plena aplicación para las autoridades municipales, sobre todo para la prestación de los intereses y servicios locales, de manera que la recolección de basura, limpieza de aceras y cunetas o la prestación del servicio de suministro de agua potable -entre otros-, bien puede atribuirse a asociaciones privadas o a particulares, mediante el contrato respectivo. En este sentido, y referido a la materia, cabe resaltar que la concesión no traslada la competencia de lo local al particular o entidad privada autorizada en los términos del artículo 10 impugnado, sino que se trata del otorgamiento de un derecho de explotación o de prestación del servicio, de manera que “[...](e)l concesionario tiene evidentemente el deber, y no sólo el derecho, de prestar el servicio público, quedando la titularidad de ese servicio en la Administración, a quien corresponde la organización del servicio público y el control de la prestación que haga el concesionario” (sentencia número 5403-95, de las dieciséis horas seis minutos del tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco); con lo cual, queda claro que, al no existir una

transferencia de las competencias municipales, sino una convención en lo que respecta a su prestación, la cual para su verificación debe contar con la aprobación del Concejo y concretización mediante el respectivo contrato de concesión, no hay infracción a la autonomía municipal. Las tareas municipales admiten participación de la iniciativa privada, salvo que exista ley reforzada que lo prohíba y declare un monopolio municipal al respecto (artículo 46 constitucional); por lo que, más bien, puede decirse que la prestación de los servicios por particulares debidamente aprobada consolida un verdadero derecho a la empresa y a su valor económico, con entera independencia, en tanto existe en nuestro país, el derecho a la libre empresa. ...”

Si el actor laboraba como auxiliar de servicios operativo B, en el Departamento de Acueductos, se trataba de un empleado que no participaba de la gestión pública de la Administración Municipal en razón de la índole del puesto que desempeñaba. Pero además, su posición dentro de la institución o respecto de la negociación colectiva, no se encuentra dentro de aquellas excluidas de los beneficios de una negociación colectiva, según el análisis realizado supra. (Sala Segunda, resolución número 2007-000550 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del quince de agosto del dos mil siete.)

Por lo demás, esta diferenciación entre las funciones administrativas y las demás funciones que el Estado puede desempeñar y que se encuentran sujetas al derecho común, no es extraña en el derecho comparado.

“En Alemania, por expresa previsión de la Ley Fundamental de 23 de mayo de 1943, conviven el modelo de función pública cerrada con el Derecho Laboral. Así está previsto en el apartado cuarto del artículo 33 de la Ley Fundamental, al reservar a los agentes de la Administración ligados a los entes públicos por una relación de servicio y fidelidad, es decir a los funcionarios, el ejercicio de las prerrogativas de poder público, está admitiendo indirectamente que las demás funciones que no conllevan el ejercicio de estas prerrogativas puedan ser, aunque no necesariamente, prestadas por agentes laborales...Sobre esta reserva constitucional que se limita a establecer una reserva del régimen de función pública sin fijar límite alguno, pues no impide al legislador establecer un régimen administrativo para todo el personal de la Administración, vino sin embargo a superponerse la Ley federal marco de la función pública del 27 de febrero de 1985, cuyo art. 2.º2 transforma la reserva en un límite positivo al prescribir que sólo podrán ser desempeñados por funcionarios los puestos que supongan el desempeño de potestades públicas y el ejercicio de autoridades públicas o tareas que por razones de seguridad del Estado o de la vida pública no puedan ser encomendadas a personas vinculadas a la Administración por una relación laboral. Por esta vía se ha generalizado la contratación laboral en los estrados inferiores de la función pública, es decir, en los puestos instrumentales, de apoyo administrativo y que supongan el desarrollo de trabajos físicos o manuales, de donde han sido desplazados los funcionarios que tienen reservadas las funciones de cierta trascendencia y desde luego la función directiva, solución que tiene la ventaja de impedir el solapamiento de funcionarios y laborales en los mismos puestos de trabajo.” (Silvia del Saz, Contrato Laboral y Función Pública, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A, Madrid 1995)

Por su parte, en España, la jurisprudencia [\[3\]](#) de ese país se ha decantado por señalar que la diferenciación entre funcionarios públicos y empleados sometidos al régimen laboral, estará dada por la ley a la que le corresponderá establecer el contenido y la clase de funciones que se reservan para ser desempeñadas únicamente por funcionarios públicos.

“En efecto, entiende el Tribunal que al haber optado la Constitución con carácter preferencial por un régimen estatutario en su art. 103.3, la regla general será la de incorporación a la Administración del personal funcional mediante un acto administrativo unilateral, de tal manera que tendrá que ser también la ley la que determine en qué supuestos la Administración puede reclutar a su personal a través de la celebración de un contrato de trabajo sometido al derecho laboral.” (Cantero Martínez, Josefa. El Empleo Público: entre estatuto funcional y contrato laboral. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 2001. p. 305)

A partir de lo expuesto, debemos concluir que las convenciones colectivas no resultan de aplicación a los funcionarios públicos que en el ejercicio de la competencia que le ha sido designada por la ley, ejerce la función administrativa a través de conductas que inciden en las relaciones jurídico administrativas con los administrados o sus propios funcionarios para crear, modificar o extinguir dichas relaciones.

II. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION COLECTIVA DE LA MUNICIPALIDAD DE TIBÁS A LOS JEFES DE DEPARTAMENTO DE ESA CORPORACIÓN MUNICIPAL

Nos consulta la Municipalidad de Tibás sobre la aplicación de la Convención Colectiva a los Jefes de Departamento de la corporación municipal. A partir de lo expuesto en los apartados anteriores, podemos concluir que la convención colectiva de la Municipalidad de Tibás, como regla de principio, no resulta aplicable a los funcionarios que se desempeñen como jefes de departamento de la corporación, en razón de que dichos funcionarios realizan función pública.

En efecto, en criterio de esta Procuraduría General, las funciones desempeñadas por los jefes de departamento, implican la emisión de conductas en ejercicio de competencias que inciden sobre las relaciones jurídico administrativas. Los puestos de jefatura implican, como regla general, el que el funcionario tenga a su cargo otros funcionarios o empleados públicos, sobre los cuales ejerce la potestad disciplinaria.

El ordenamiento jurídico le otorga al Estado la facultad de disciplinar a sus trabajadores -101 y 102 de la Ley General de la Administración Pública y 149 del Código Municipal-, como una manifestación de la relación de sujeción especial existente entre la Administración Pública en general y sus funcionarios. Esta facultad forma parte de las potestades sancionatorias generales que ostenta el Estado, para sancionar los incumplimientos de las normas que ha dictado.

Al tenor de lo establecido por la doctrina especializada y la jurisprudencia administrativa y constitucional [4], la potestad sancionatoria general del Estado puede clasificarse, según el tipo de relación existente entre el sujeto contra quien se dirige esta potestad y el Estado.

*“Dentro de las facultades propias del Estado -y de la Administración Pública en general- se encuentra la potestad sancionatoria, la cual puede clasificarse en potestad correctiva y en potestad disciplinaria. La primera tiene por objeto sancionar las infracciones a las órdenes o mandatos de la Administración Pública, es decir, a las acciones u omisiones antijurídicas de los individuos, sean o no agentes públicos, y el contenido de las normas que la regulan constituye el derecho penal administrativo. **La segunda tiene como objetivo exclusivo sancionar las violaciones de los agentes públicos a sus deberes jurídicos funcionales, siendo que el contenido de las normas que la regulan constituye el derecho penal disciplinario. Este régimen es una especie de la potestad "sancionadora" del Estado, de la que dimana; potestad que es inherente y propia de la Administración Pública, traduciéndose en la facultad de, por lo menos, un "mínimo" de poder para que ésta aplique sanciones disciplinarias a sus funcionarios o empleados cuando falten a sus deberes. El poder disciplinario es inherente a toda organización pública o privada, es decir, no es exclusiva de la Administración Pública, por ser un poder imprescindible para la gestión ordenada de la responsabilidad pública y privada, pero su fundamento es diverso. Así, el poder disciplinario privado tiene su fundamento en una obligación civil, en virtud de la igualdad jurídica de las partes que informan toda la relación jurídica de derecho privado...En cambio, el poder disciplinario del sector público es creado en virtud de un acto bilateral, pero en su desenvolvimiento, la actividad del funcionario público queda exclusivamente sujeta a la voluntad de la Administración Pública, desde la creación hasta la extinción de la relación, de manera que el servidor se encuentra en un status de especial dependencia con respecto al Estado. El individuo voluntariamente acepta la designación, pero se sitúa en una esfera de sujeción con respecto a la Administración, reglada por el Derecho Objetivo, donde es incuestionable la situación de desigualdad jurídica de las partes en la relación de empleo público; la Administración Pública asume, en consecuencia, una superioridad o preeminencia que se traduce en el poder jerárquico, cuyo correlativo es el poder disciplinario. Este poder, por su propia finalidad se detiene en el círculo de los***

deberes funcionales del agente, y por lo tanto, las sanciones disciplinarias no pueden, jurídicamente, serle impuestas sino durante la existencia de la relación de empleo, es decir, mientras perdure el status de dependencia.". (Sala Constitucional, resolución número 1264-95 de 15:33 horas del 7 de marzo de 1995, citada por resolución número 2437-2005 de las once horas con cuarenta y seis minutos del cuatro de marzo del dos mil cinco)

La potestad sancionatoria es parte de las potestades públicas establecidas por el ordenamiento jurídico, y que han sido reguladas por el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública. Al respecto, éste Órgano Asesor ha señalado:

"El Estado es titular del poder soberano, que se expresa a través de diversas potestades de imperio. Expresión que comprende el conjunto de prerrogativas particulares de que goza la Administración Pública para asegurar el predominio del interés general cuando se encuentra en conflicto con los intereses particulares. Se las conoce como prerrogativas exorbitantes de derecho común, extrañas a los derechos y facultades que comúnmente se reconocen a los particulares: poder de emitir actos administrativos, poder de policía, potestad expropiatoria, principio de ejecutoriedad de sus actos, potestades implícitas en la contratación administrativa, poder sancionador. Diversos actos estatales son manifestación del poder público y como tales propios y exclusivos de la función administrativa. Es en ejercicio de estas potestades, consagradas por la Constitución o la ley, que el Estado hace prevalecer coactivamente el interés general.

Sobre el tema señala el profesor Eduardo Ortiz Ortiz:

*"... el poder fundamental de la Administración es su llamada potestad de imperio, que le permite crear obligaciones o suprimir derechos del particular sin el consentimiento de éste. En este poder resalta la necesidad de lograr el fin público a toda costa, pues su carácter imperativo se explica como un medio para vencer la resistencia del particular en los casos en que tiene que colaborar al logro de dicho fin y no lo hace. De este poder de imperio dimanar otros que también revelan una superioridad de la Administración frente al particular, incompatibles con el principio de igualdad." (E, Ortiz Ortiz: **Tesis de Derecho Administrativo**, Tomo I, Editorial Stradtman, S.A. San José, 1998, p. 39.)*

El ejercicio de estas potestades exorbitantes determina la creación, modificación o extinción de derechos mediante actos unilaterales. En razón de su contenido y fin, estas potestades de imperio presentan características esenciales, las cuales son:

-Indelegabilidad: estas potestades sólo pueden ser ejercidas por la entidad estatal que la ley determine, que no está autorizada para delegarla en otra entidad. Es este un carácter inherente de la potestad de imperio.

-Imprescriptibilidad: tal característica aduce a que el transcurso del tiempo no inmuta el ejercicio de las potestades de imperio a favor del Estado, salvo norma en contrario. Puede prescribir el ejercicio en un caso concreto, pero no la potestad en sí misma considerada.

-Irrenunciabilidad: por imperativo legal las entidades encargadas de ejercer estas potestades no se encuentran facultadas para desconocer el ejercicio de los poderes atribuidos.

-Unilateralidad: las potestades de imperio se ejercen por la sola voluntad del Estado, sin que exista necesidad de contar con el consentimiento del particular.

-Funcionalidad: estas potestades son otorgadas necesariamente en función de la realización de un interés público determinado, para evitar arbitrariedades por parte de la Administración en el ejercicio de estos poderes. La Administración carece de libertad para decidir si ejercita o no sus potestades. Estas son atribuidas por el ordenamiento para la satisfacción del interés general, por lo que en la medida en que este se encuentre comprometido, la Administración debe ejercitar sus potestades. "

En el caso específico de las corporaciones municipales, el artículo 149 del Código Municipal señala expresamente que corresponderá a los jefes de los trabajadores podrían imponer sanciones a los servidores. Al respecto, dispone el artículo en comentario lo siguiente:

“ARTÍCULO 149.- Para garantizar el buen servicio podrá imponerse cualquiera de las siguientes sanciones disciplinarias, según la gravedad de la falta:

a) Amonestación verbal: Se aplicará por faltas leves a juicio de las personas facultadas para imponer las sanciones, según lo determine el reglamento interno del trabajo.

b) Amonestación escrita: Se impondrá cuando el servidor haya merecido dos o más advertencias orales durante un mismo mes calendario o cuando las leyes del trabajo exijan que se le aperciba por escrito antes del despido, y en los demás casos que determinen las disposiciones reglamentarias vigentes.

c) Suspensión del trabajo sin goce de sueldo hasta por quince días: Se aplicará una vez escuchados el interesado y los compañeros de trabajo que él indique, en todos los casos en que, según las disposiciones reglamentarias vigentes, se cometa una falta de cierta gravedad contra los deberes impuestos por el contrato de trabajo.

d) Despido sin responsabilidad patronal.

Las jefaturas de los trabajadores podrán aplicar las sanciones previstas en los incisos a) y b) siguiendo el debido proceso. Enviarán copia a la Oficina de Personal para que las archive en el expediente de los trabajadores.

La suspensión y el despido contemplados en los incisos c) y d), serán acordados por el alcalde, según el procedimiento indicado en los artículos siguientes.

Lo anterior nos lleva a afirmar que la potestad disciplinaria es parte de las funciones administrativas desarrolladas por el órgano o ente administrativo, por lo que, los funcionarios que ostenten dicha potestad, estarán excluidos de la aplicación de la convenciones colectivas, como regla de principio.

Al respecto, éste Órgano Asesor ya ha señalado en otras oportunidades que ciertos funcionarios que ostentan puestos de jefatura dentro de las corporaciones municipales, se encuentran excluidos de la aplicación de las convenciones colectivas, tal el caso de los directores administrativos-financieros y los encargados de departamentos tales como Ingeniería (ver dictamen C-164-2008 del 14 de mayo del 2008).

III. CONCLUSIONES:

A partir de las consideraciones anteriores, este Órgano Asesor llega a las siguientes conclusiones:

1. Dentro del sector público es posible celebrar convenciones colectivas con aquellos grupos de trabajadores que no participan de la gestión pública, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia judicial y administrativa.

2. A partir de la anterior definición, como regla de principio estarán incluidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de un instrumento colectivo, aquellos trabajadores de los servicios económicos del Estado con un régimen de empleo mixto y que desempeñen funciones similares o idénticas a los desarrolladas por los trabajadores privados, de conformidad con lo establecido en los artículos 111 inciso 3, 112 incisos 2, 3 y 4, ambos de la Ley General de la Administración Pública.

3. Aún dentro de las instituciones y entidades públicas con regímenes de empleo mixto, existen grupos funcionariales que se deben considerar funcionarios públicos en razón de las labores efectuadas, y que por lo tanto, deben considerarse excluidos de las convenciones colectivas

4. Por otra parte, deben considerarse que se encuentran excluidos de las convenciones colectivas los funcionarios públicos que realicen gestión pública. Dichos servidores serán aquellos funcionarios que prestan servicios a nombre y por cuenta de la Administración Pública mediante un acto válido y eficaz de investidura, cuyas relaciones con la Administración se rigen por el Derecho Público y no por el Derecho Privado (artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública), que en el ejercicio de una competencia pública (artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública) realicen actuaciones administrativas cuyo resultado sea la alteración, creación y supresión de relaciones jurídicas administrativas con los administrados o con el resto de los servidores de la institución .

5. En razón de las potestades disciplinarias que ostentan los jefes de departamento de los distintos entes municipales, como regla de principio, dichos funcionarios estarían excluidos de la aplicación de las convenciones colectivas, en razón de que realizan gestión pública, según los criterios expuestos en esta consulta.

6. No obstante lo indicado, deberá la Municipalidad de Tibás analizar en cada caso concreto si se cumplen los presupuestos establecidos en la presente consulta para incluir o excluir a los empleados municipales de la aplicación de la convención colectiva.

Cordialmente,

Grettel Rodríguez Fernández.

Procuradora Adjunta

ⁱ Sentencia: 01019 Expediente: 10-004371-1027-CA Fecha: 23/08/2011 Hora: 10:02:00 a.m. Emitido por: Sala Primera de la Corte.

ⁱⁱ Sentencia: 01257 Expediente: 09-002546-0166-LA Fecha: 01/11/2013 Hora: 09:55:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 01180 Expediente: 09-001138-0166-LA Fecha: 16/10/2013 Hora: 10:05:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

^{iv} Sentencia: 00079 Expediente: 11-004762-1027-CA Fecha: 26/08/2013 Hora: 04:15:00 p.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV.

^v Sentencia: 00067 Expediente: 10-004638-1027-CA Fecha: 26/07/2013 Hora: 08:15:00 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV.

^{vi} Sentencia: 00693 Expediente: 09-000632-0166-LA Fecha: 21/06/2013 Hora: 09:30:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

^{vii} Sentencia: 00618 Expediente: 09-000263-0639-LA Fecha: 07/06/2013 Hora: 10:20:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.