

20 de junio del 2019
OJ-068-2019

Diputado
Pedro Muñoz
Fracción Partido Unidad Social Cristiana
S. O.



Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su oficio AL-FPUSC-14-OFI-171-2019 del 22 de abril del 2019, recibido el 24 de abril siguiente, por medio del cual nos plantea varias consultas relacionadas con la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, n.º 9635 de 3 de diciembre del 2018, y con su aplicación a universidades públicas, Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y Poder Judicial. Nos indica que la gestión obedece a que la aplicación de la ley n.º 9635 ha generado dudas, sobre todo en el caso de algunas instituciones públicas en las que existen convenciones colectivas, acuerdos de juntas directivas, decretos, leyes, entre otros, que establecen diferentes esquemas para remunerar a sus funcionarios, y que son diferentes a lo aprobado en el Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.

Concretamente, se nos plantean las siguientes interrogantes:

"1- ¿Dentro del ámbito de aplicación del Título III de la Ley N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas están las Universidades Públicas, la Caja Costarricense del Seguro Social, los funcionarios que conforman el Poder Judicial y los otros funcionarios del Poder Judicial?"

2- ¿El contrato de dedicación exclusiva es considerado un derecho adquirido y la administración tiene la obligación de renovarlo en las mismas condiciones o con las condiciones de la Ley N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas?"

3- ¿Es la prohibición un derecho adquirido y la administración tiene la obligación de renovarla en las mismas condiciones o con las condiciones de la Ley N° 9635?"

4- ¿Cómo se debe calcular la indemnización por auxilio de cesantía desde la entrada en vigor del Título III de la Ley N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas?"

5- *¿Se pueden seguir pagando bienios, quinquenios o alguna otra remuneración por acumulación de años de servicio que sean distintos a la anualidad, en alguna de las entidades contempladas en el ámbito de aplicación Título III de N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas?*

6- *¿Cuál es el límite a las remuneraciones totales en la función pública? ¿Cuál es su ámbito de aplicación? ¿En el límite a las remuneraciones totales están incluidas las horas extras?*

7- *¿Es la anualidad un derecho adquirido o es un derecho que se adquiere una vez que la evaluación de desempeño dé como resultado una calificación mínima de muy bueno"? ¿Cómo debe realizarse el cálculo del incentivo de la anualidad para los funcionarios desde la entrada en vigor del Título III de la Ley N° 9635? ¿Es un pago calculado de forma nominal o porcentual?*

8- *¿Los incentivos que se pagan de forma porcentual deben pagarse de forma nominal desde la entrada en vigor del Título III de la Ley N° 9635?*

9- *¿Se puede seguir aplicando el pago bisemanal desde la entrada en vigor del Título III de la Ley N° 9635?*

10- *¿Podría la Contraloría General de la República no aprobar los presupuestos de las entidades que abiertamente incumplan con la Ley N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas?"*

I.- Consideraciones generales sobre la admisibilidad de consultas a diputados.

Como será de su conocimiento, este Despacho despliega su función consultiva respecto de la Administración Pública. En ese sentido, el artículo 4° párrafo primero de nuestra Ley Orgánica (N° 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas) dispone lo siguiente:

"Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría, debiendo, en cada caso, acompañar la opinión de la Asesoría Legal respectiva (...)" (El subrayado es nuestro).

Diputado
Pedro Muñoz
Fracción Partido Unidad Social Cristiana
S. O.

20 de junio de 2019
OJ-068-2019
Pág. 3

De la norma transcrita fácilmente se infiere que, desde un punto de vista organicista, la Procuraduría General de la República sólo está facultada para emitir dictámenes a petición de órganos o entes que formen parte de la Administración Pública, en tanto ejecuten función administrativa. Y siendo que el Poder Legislativo ejerce solo excepcionalmente función administrativa, directamente relacionada con la función primordial que constitucionalmente les ha sido conferida (*legislativa*) –*art. 1. 3) inciso b del Código Procesal Contencioso Administrativo*-, este Despacho ha considerado que la Asamblea Legislativa, en su condición de órgano colegiado y actuando como Administración Pública, se encuentra legitimada para requerir nuestra intervención en materias que conciernan específicamente al ejercicio excepcional, por su parte, de la función administrativa y que, en tal caso, el respectivo pronunciamiento tendría incluso efectos vinculantes (*art. 2 de la Ley N° 6815 op. cit.*). Una condición que no puede ser subrogada por los diputados individualmente, cuya calidad de diputado es incompatible con la de autoridad administrativa (*Pronunciamiento OJ-001-2008 de 8 de enero de 2008*).

Así las cosas, en lo que al presente asunto se refiere, es obvio que se incumplen los presupuestos básicos de admisibilidad comentados, pues es el señor diputado, individualmente considerado como integrante de aquél Poder de la República, el que requiere nuestro criterio técnico jurídico, y además, no está indagando sobre temas que se relacionen de alguna manera con la función administrativa propia de la Asamblea, razón por la cual este Despacho no podría pronunciarse de manera vinculante al respecto (*Véanse como precedentes la OJ-037-2006 de 21 de marzo de 2006, la OJ-024-2008 de 23 de mayo de 2008 y OJ-059-2011 de 13 de setiembre de 2011*).

No es ocioso recordar que "*Como está claramente enunciado en nuestra Ley Orgánica, nuestra competencia consultiva se ejercita en atención a las gestiones que la Administración Pública formule, vedándose no sólo las gestiones de particulares, sino que, incluso, la posibilidad de que nos refiramos, en nuestros dictámenes, a casos concretos (excepción hecha de lo que indican los artículos 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública), por la inminente transformación de nuestra ya indicada naturaleza consultiva a una propia de la Administración activa. Si ello es así en las labores que expresamente el Ordenamiento Jurídico nos manda a realizar, mal haríamos en obviar iguales parámetros para la labor de asesoría y colaboración que se presta a los señores diputados*" (*Pronunciamiento OJ-147-2005 de 26 de setiembre de 2005 y en sentido similar OJ-054-2013 de 9 de setiembre de 2013, OJ-018-2017 de 15 de febrero de 2017 y OJ-120-2017 de 18 de setiembre de 2017*).

Y si bien, en un afán de colaborar con los señores miembros de la Asamblea Legislativa, la Procuraduría ha venido evacuando las consultas que formulan los

señores diputados, a efecto de facilitarles el ejercicio de las altas funciones que la Constitución les atribuye, como es el caso de las opiniones no vinculantes que se rinden en relación con un determinado proyecto de ley o en relación con aspectos que pueden considerarse cubiertos por la función de "control político" y que razonablemente puedan considerarse de interés general, lo cierto es que esta forma de colaboración no dispuesta en la Ley tiene como objeto, reiteramos, colaborar en la satisfacción de las funciones parlamentarias y ello mediante un asesoramiento de índole estrictamente jurídico. Dicho asesoramiento que no puede de ningún modo desnaturalizar la función consultiva de la Procuraduría y particularmente mediatizar su función, al punto de impedirle suministrar la asesoría a quien está legitimado para solicitársela, sea la Administración Pública (*OJ-093-2008 de 6 de octubre de 2008*).

En ese sentido, debe comprenderse que el asesoramiento a los (as) señores (as) diputados (as) tiene como límite el contenido propio de la función consultiva, su eficiente ejercicio respecto de la Administración Pública y la razonabilidad y mesura de la consulta que se formule (*Pronunciamientos OJ-018-2007 de 27 de febrero de 2007, OJ-001-2008, OJ-024-2008 op. cit., OJ-080-2011 de 9 de noviembre de 2011, OJ-10-2014 de 28 de febrero de 2014 y OJ-073-2017 de 16 de junio de 2017*).

II.- Objeto de la consulta y alcance abstracto, no vinculante, de nuestro criterio.

Analizado con detenimiento el objeto de la presente consulta, si bien no resulta clara la relación directa que pudiera existir entre el tema consultado y las funciones parlamentarias que individualmente pudiera ejercer el consultante, lo cierto es que la gestión, de algún modo, puede enmarcarse en el control político parlamentario, puesto que reviste un innegable interés público (cfr. Sala Constitucional, sentencias Nos. 592-1999 de las 8:48 horas del 29 de enero de 1999 y 7215-2000 de las 9:25 horas del 18 de agosto de 2000)

Así que reconociendo aquel interés con base en el cual el diputado requiere obtener criterios jurídicos que le permitan de algún modo esclarecer la duda que formula y como una forma de colaboración institucional con la Asamblea Legislativa, actuando siempre dentro de nuestras facultades legales como asesores técnico-jurídicos de las Administraciones Públicas, con base en nuestra jurisprudencia administrativa y judicial¹, procederemos a emitir en abstracto nuestro criterio al respecto, con la advertencia de que tal pronunciamiento carece –reiteramos– de efectos vinculantes, siendo su valor el de una mera opinión consultiva.

¹ Tales dictámenes y sentencias pueden ser consultados en nuestra página web: <http://www.pgrweb.go.cr/scij/>

III.- Existencia de consulta similar y de criterio no vinculante OJ-041-2019, que guarda identidad con las interrogantes jurídicas formuladas.

Revisados nuestros archivos y registros documentales, nos encontramos con que el Señor Diputado formuló una consulta que, en términos generales y por su contenido, guarda identidad a la presente; nos referimos a la hecha por oficio AL-FPUSC-14-OFI-180-2019, de fecha 28 de marzo del 2019; la cual fue atendida por esta Procuraduría General mediante pronunciamiento no vinculante OJ-041-2019, de 29 de mayo recién pasado.

Por la precisión de las consideraciones jurídicas abstractamente vertidas en aquel pronunciamiento, estimamos innecesario ahondar en vastas exposiciones al respecto, más que no existen elementos de juicio que nos inclinen a cambiar nuestra posición sobre esos temas. Será suficiente entonces, extraer de aquél la puntual respuesta a sus interrogantes.

Seguidamente, nos referiremos a las interrogantes que nos fueron planteadas, en el mismo orden en que se nos formularon y para ello referiremos en lo conducente el pronunciamiento no vinculante OJ-041-2019 op. cit.

"1- ¿Dentro del ámbito de aplicación del Título III de la Ley N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas están las Universidades Públicas, la Caja Costarricense del Seguro Social, los funcionarios que conforman el Poder Judicial y los otros funcionarios del Poder Judicial?"

El artículo 26 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, n.º 2166 de 9 de octubre de 1957, reformado por la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, dispone que la ley n.º 2166 citada es aplicable a " 1. La Administración central, entendida como el Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración adscritos a los distintos ministerios, el Poder Legislativo, **el Poder Judicial**, el Tribunal Supremo de Elecciones, y las dependencias y los órganos auxiliares de estos. 2. La Administración descentralizada: **autónomas** y semiautónomas, empresas públicas del Estado y **municipalidades**."

Por su parte, el "Reglamento del título III de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N° 9635 referente a Empleo Público", emitido mediante el decreto n.º 41564 de 11 de febrero del 2019, en su artículo 3, señala que "Las disposiciones del Título III de la Ley N° 9635 (...) serán aplicables a los servidores públicos de la Administración central y descentralizada (...)" y agrega que "Por

Diputado
Pedro Muñoz
Fracción Partido Unidad Social Cristiana
S. O.

20 de junio de 2019
OJ-068-2019
Pág. 6

*Administración central, se entenderá al Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración adscritos a los distintos ministerios; el Poder Legislativo, **el Poder Judicial**, el Tribunal Supremo de Elecciones, y las **dependencias y los órganos auxiliares de estos.**" Y que "Por Administración descentralizada, se entenderá a todas las instituciones autónomas y semiautónomas, empresas públicas del Estado, universidades públicas, **municipalidades y la Caja Costarricense del Seguro Social**".*

En virtud de lo anterior, es claro que dentro del ámbito de aplicación del Título III de la ley n.º 9635 están incluidos el Poder Judicial, la Caja Costarricense del Seguro Social, institución que forma parte de la Administración descentralizada, con la naturaleza de institución autónoma (OJ-041-2019 op. cit.) y las municipalidades que, por excelencia, constituyen la descentralización territorial de nuestro país².

"2- ¿El contrato de dedicación exclusiva es considerado un derecho adquirido y la administración tiene la obligación de renovarlo en las mismas condiciones o con las condiciones de la Ley N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas?"

Al respecto, tal y como lo indicamos en el pronunciamiento OJ-041-2019:

"El artículo 28 de la Ley de Salarios de la Administración Pública define la dedicación exclusiva como un "... régimen de naturaleza contractual que surge por iniciativa de la Administración cuando se identifica la necesidad de que quien ostente un cargo público se desempeñe en ese puesto de manera exclusiva, lo cual implica que no ejerza su profesión liberal ni profesiones relacionadas con dicho cargo en ninguna otra institución pública o privada, por un periodo de tiempo definido. Es de carácter potestativo y únicamente podrá ser otorgada a los funcionarios del sector público que firmen el respectivo contrato. Su compensación económica se otorga dependiendo del grado académico y las características del puesto."

Un funcionario que suscribió un contrato de dedicación exclusiva no tiene un derecho adquirido a que, una vez vencido el plazo de ese contrato, se deban suscribir nuevos contratos tendentes a preservar indefinidamente el convenio. Por ello, la suscripción de un nuevo contrato dependerá de las necesidades de la Administración y de la anuencia del funcionario.

² Véase al respecto el dictamen C-109-2019, de 25 de abril de 2019. Así como los dictámenes C-160-2019 y C-161-2019, ambos de 10 de junio de 2019.

En cuanto a los porcentajes de compensación económica que se deben cancelar a partir de la entrada en vigencia de la ley n.º 9635 (4 de diciembre del 2018), aplican las reglas contenidas en los Transitorios XXVI y XXVIII de esa ley, así como en los artículos 4 y 5 del Reglamento a su Título III. Dichas normas disponen:

"TRANSITORIO XXVI. *Las disposiciones contempladas en el artículo 28 de la presente ley no serán aplicables a los contratos por dedicación exclusiva que se hayan suscrito y estuvieran vigentes, con antelación a la entrada en vigencia de la presente ley."*

"TRANSITORIO XXVIII. *Los porcentajes dispuestos en el artículo 35 no serán de aplicación para los servidores que:*

1. A la fecha de entrada en vigencia de la presente ley cuenten con un contrato de dedicación exclusiva en vigor.

2. Presenten movimientos de personal por medio de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, siempre que el servidor involucrado cuente con un contrato vigente.

3. Cuando un contrato de dedicación exclusiva pierde vigencia durante la suspensión temporal de la relación de empleo público, por las razones expresamente previstas en el ordenamiento jurídico." (Nota de Sinalevi: Mediante el artículo 2º de la ley N° 9655 del 4 de febrero del 2019, se interpretó de forma auténtica este numeral, en el sentido de que, a las funcionarias y los funcionarios del Ministerio de Educación Pública, que cumplan con los requisitos para asumir un cargo en ascenso en carrera administrativa, se les aplicarán los porcentajes vigentes a la entrada en vigor de la Ley N.º 9635, Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, de 3 de diciembre de 2018.)

"Artículo 4.- Contratos de dedicación exclusiva. *Los porcentajes señalados en el artículo 35 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, serán aplicables a:*

a) Los servidores que sean nombrados por primera vez en la Administración Pública, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, en un puesto en el cual cumplen con los requisitos

legales y académicos para optar por un contrato de dedicación exclusiva.

b) Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635, no contaban con un contrato de dedicación exclusiva.

c) Los servidores que finalizan su relación laboral y posteriormente se reincorporan a una institución del Estado, por interrupción de la continuidad laboral.

d) Los servidores que cuentan con un contrato de dedicación exclusiva vigente con la condición de grado académico de Bachiller Universitario previo a la publicación de la Ley N° 9635, y proceden a modificar dicha condición con referencia al grado de Licenciatura o superior.

En los cuatro supuestos enunciados, la Administración deberá acreditar una necesidad institucional para suscribir el contrato de dedicación exclusiva, en los términos establecidos en la Ley N° 9635; así como verificar el cumplimiento pleno de los requisitos legales y académicos aplicables."

"Artículo 5.- Servidores con contratos de dedicación exclusiva previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635. De conformidad con lo dispuesto en los transitorios XXV y XXVIII, los porcentajes regulados en el artículo 35 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, no serán aplicables a:

a) Los servidores que previo la publicación de la Ley N° 9635, contaban con un contrato de dedicación exclusiva.

b) Aquellos movimientos de personal a través de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, sea en una misma institución o entre instituciones del Estado, siempre y cuando el funcionario cuente con un contrato de dedicación exclusiva previo a la publicación de Ley N° 9635. Lo anterior, siempre que exista la continuidad laboral y no implique un cambio en razón del requisito académico.

c) Las prórrogas de los contratos de dedicación exclusiva de aquellos servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635 suscribieron un contrato de dedicación exclusiva, siempre y cuando la

Administración acredite la necesidad de prorrogar el contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de dicha ley."

En síntesis, los nuevos porcentajes de compensación económica por dedicación exclusiva son aplicables: 1) a los funcionarios que ingresen al servicio público después de la entrada en vigencia de la ley n.º 9635; 2) a los funcionarios que habiendo ingresado al servicio público antes de la entrada en vigencia de la ley n.º 9635, no tenían a esa fecha un contrato de dedicación exclusiva vigente; 3) a los empleados que hayan cesado su relación de empleo con el Estado y se reincorporen posteriormente al servicio público; y, 4) a los servidores que a pesar de contar con un contrato de dedicación exclusiva antes de la entrada en vigencia de la ley n.º 9635, modifiquen su condición académica de bachiller universitario a licenciatura o superior."

"3- ¿Es la prohibición un derecho adquirido y la administración tiene la obligación de renovarla en las mismas condiciones o con las condiciones de la Ley N° 9635?"

Según indicamos en el pronunciamiento OJ-041-2019:

"La prohibición, según la define el artículo 27 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, es una *"... restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación absoluta de tales servidores a las labores y las responsabilidades públicas que les han sido encomendadas. Todo funcionario público que reciba el pago por prohibición tendrá imposibilidad de desempeñar su profesión o profesiones en cualquier otro puesto, en el sector público o privado, estén o no relacionadas con su cargo, sean retribuidas mediante sueldo, salario, dietas, honorarios o cualquier otra forma, en dinero o en especie, o incluso ad honorem."* Agrega esa norma que *"Los funcionarios bajo régimen de prohibición obtendrán una compensación económica por la limitación al ejercicio liberal de su profesión o profesiones en los términos señalados en la presente ley."*

Al ser la prohibición una restricción establecida por ley a determinados puestos del sector público, no puede afirmarse que exista un derecho adquirido a estar sujeto al régimen, o a percibir la compensación económica respectiva, pues ello dependerá del puesto que ocupe cada funcionario. Así, si un servidor que ocupa un puesto sujeto a un régimen

de prohibición pasa a otro puesto que no lo está, no podría seguir recibiendo la compensación económica a título de "derecho adquirido".

A diferencia de lo que ocurrió con la figura de la dedicación exclusiva, en el caso de la prohibición el legislador no aprobó disposiciones transitorias para regular la forma en que se aplicarían los nuevos porcentajes de compensación económica a los funcionarios activos que ya estaban sujetos al régimen. A pesar de ello, ese tema fue abordado en los artículos 9 y 10 del Reglamento al Título III de la ley. El texto de esas normas es el siguiente:

"Artículo 9.- Prohibición. *Los porcentajes señalados en el artículo 36 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, así como aquellos señalados en las reformas legales a los regímenes de prohibición del artículo 57 de esa misma ley, resultan aplicables a:*

a) Los servidores que sean nombrados por primera vez en la Administración Pública en un puesto en el cual cumplen los requisitos legales para recibir la compensación por prohibición.

b) Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635, no se encontraban sujetos al régimen de prohibición y que de manera posterior a la publicación cumplen los requisitos legales respectivos.

c) Los servidores que finalizan su relación laboral y posteriormente se reincorporan a una institución del Estado, por interrupción de la continuidad laboral.

d) Los servidores sujetos al régimen de prohibición con la condición de grado académico de Bachiller Universitario previo a la publicación de la Ley N° 9635, y proceden a modificar dicha condición con referencia al grado de Licenciatura o superior."

"Artículo 10.- Servidores sujetos al régimen de prohibición previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635. *Los porcentajes señalados en el artículo 36 de la Ley N° 2166, adicionado mediante artículo 3 de la Ley N° 9635, así como aquellos señalados en las reformas legales a los regímenes de prohibición del artículo 57 de esa misma ley, no resultan aplicables a:*

a) Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635 se encontraban sujetos a algún régimen de prohibición y mantengan la misma condición académica.

b) Aquellos movimientos de personal a través de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, sea en una misma institución o entre instituciones del Estado, siempre que el funcionario se hubiese encontrado sujeto a algún régimen de prohibición, previo a la publicación de la Ley N° 9635. Lo anterior, siempre que exista la continuidad laboral y no implique un cambio en razón del requisito académico."

De conformidad con las disposiciones transcritas, los nuevos porcentajes de compensación por el no ejercicio de la profesión son aplicables: 1) a los servidores que sean nombrados por primera vez en la Administración Pública el 4 de diciembre del 2018 o después, fecha en la que entró en vigencia la ley n.º 9635; 2) a los servidores que aun habiendo ingresado a la Administración antes del 4 de diciembre del 2018, no estaban sujetos, a esa fecha, a algún régimen de prohibición; 3) a los servidores que finalicen su relación de empleo con el Estado y luego reingresen sin continuidad laboral; y, 4) a los funcionarios que, a pesar de haber estado sujetos a un régimen de prohibición antes de la entrada en vigencia de la ley n.º 9635, experimenten ascensos, descensos, traslados, permutas o reubicaciones, pero solo cuando esos movimientos de personal impliquen un cambio en el requisito académico."

"4- ¿Cómo se debe calcular la indemnización por auxilio de cesantía desde la entrada en vigor del Título III de la Ley N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas?"

Al respecto, tal y como lo indicamos en el pronunciamiento OJ-041-2019:

"El artículo 39 de la Ley de Salarios de la Administración pública dispone que la indemnización por concepto de auxilio de cesantía de todos los funcionarios de las instituciones contempladas en el artículo 26 de esa ley se regulará según lo establecido en el Código de Trabajo, es decir, que el pago de ese rubro no debe superar los 8 años.

Por su parte, el Transitorio XXVII de la ley n.º 9635 señala que esa disposición no aplica a los funcionarios cubiertos por convenciones

colectivas que otorguen derecho a más de ocho años de cesantía, los cuales podrán seguir disfrutando de ese derecho mientras se encuentren vigentes las actuales convenciones que así lo contemplen, pero en ningún caso la indemnización podrá ser mayor a los doce años. Agrega ese mismo Transitorio que en los casos en que se haya otorgado un derecho de cesantía superior a los ocho años por instrumentos jurídicos diferentes a convenciones colectivas, y que se encuentren vigentes, la cantidad de años a indemnizar no podrá superar los doce años en el caso de aquellas personas que ya hayan adquirido ese derecho, para todos los demás casos, quedará sin efecto cualquier indemnización superior a los ocho años.

Esta Procuraduría, en su dictamen C-060-2019 del 5 de marzo del 2019, analizó los alcances de las normas mencionadas. Las siguientes, son algunas de las conclusiones a las que arribó ese pronunciamiento:

"Las convenciones colectivas están supeditadas a Ley, incluso a aquella sobrevenida; máxime cuando dicha norma legal está dirigida expresamente a derogar, y por ende, a determinar a futuro la pérdida de vigencia de las normas convencionales anteriores en un contenido o ámbito normativo específico; respetando así derechos adquiridos y el principio de irretroactividad (art. 34 constitucional).

La Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, No. 9635 de 3 de diciembre de 2018, publicada en el Alcance 202 a La Gaceta No. 225 de 4 de diciembre de 2018, introduce una serie de regulaciones jurídicas anteriormente inexistentes como normas escritas, en materia específica del tope de cesantía en el Sector Público; concretamente un tope máximo de ocho (8) años, sea por convención colectiva o instrumentos jurídicos diferentes (art. 39); norma legal con innegable eficacia diferida, al menos respecto de las convenciones colectivas.

La eficacia diferida de la norma contenida en el artículo 39 de la Ley No. 9635 queda evidenciada por las disposiciones de Derecho Intertemporal contenidas en los Transitorios XXVII y XXXVI, de las que implícitamente puede inferirse un régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas consolidadas previas a la Ley, y por el otro, el establecimiento expreso de un régimen transitorio impropio o material, distinto del establecido tanto de la regla convencional anterior, como de la nueva impuesta legalmente, para las situaciones pendientes o en tránsito al momento del cambio

legislativo y mientras entra plenamente en vigor la regla normativa impuesta por la nueva ley (el tope máximo de los 8 años de cesantía).

Así que partiendo del hecho de que el auxilio de cesantía nace y se convierte en un derecho cierto o adquirido, incorporado al patrimonio, cuando ocurre el hecho generador o presupuesto fáctico que condiciona su pago, cual es la terminación o rompimiento efectivo del vínculo laboral o de empleo por las causas normativamente previstas al efecto, y que, en consecuencia, aquél derecho se rige estrictamente por la norma que esté vigente en el momento en que ocurra aquel supuesto condicionado, a modo de norma de conflicto en sentido estricto no expresamente regulada, aquellos servidores o empleados municipales que hubiesen tenido una terminación efectiva del vínculo laboral o de empleo por alguna de las causales normativamente previstas al efecto por la Convención Colectiva, antes del 4 de diciembre de 2018 –fecha de rige por publicación de la Ley No. 9635–, tendrían derecho al pago de la cesantía conforme a aquellas normas convencionales entonces vigentes en esa corporación territorial.

*Distinto es el caso de aquellos otros servidores o empleados municipales que, con posterioridad al 4 de diciembre de 2018, terminen de forma efectiva su vínculo laboral o de empleo por alguna de las causales normativamente previstas al efecto por la Convención Colectiva, ya que con la Ley No. 9635, el expresamente legislador establece un régimen transitorio impropio y por demás provisional, según el cual, aun cuando por aquellos instrumentos de negociación colectiva se les otorgan más de ocho (8) años de cesantía –que sería diferidamente el nuevo tope máximo legalmente impuesto para el Sector Público (art. 39 *Ibídem.*)–, podrán seguir disfrutando de ese derecho "mientras se encuentren vigentes las actuales convenciones (...) pero en ningún caso la indemnización podrá ser mayor a los doce años" (Transitorio XXVII y art. 13 inciso a) e in fine del Decreto Ejecutivo No. 41564-MIDEPLAN-H).*

Una vez denunciadas las actuales convenciones colectivas a su vencimiento en el Sector Público, perderá vigencia y eficacia el Transitorio XXVII de la Ley No. 9635, y entrará en plena vigencia el tope de cesantía de ocho (8) años previsto en su artículo 39, a efectos de renegociarlas en estricta sujeción a lo establecido en esa Ley y demás regulaciones que dicte el Poder Ejecutivo (Transitorio XXXVI).

De modo que las convenciones colectivas posteriormente negociadas deberán ajustarse inexorablemente a dicho tope."

Adicionalmente, en lo que concierne al pago de indemnizaciones por reorganización, en nuestro dictamen C-086-2019 de 3 de abril de 2019 indicamos la forma en que quedó regulado el tema con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas:

"Tomando en consideración la derogación expresa del inciso f) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil, y la modificación introducida al artículo 47 de ese mismo cuerpo legal, por parte del artículos 58 inciso b) y 57 inciso f), respectivamente, introducidos a la Ley de Salarios de la Administración Pública por la Ley No. 9635 -de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas-, así como la aplicación de su régimen transitorio (Transitorio XXVII y art. 13 inciso a) e in fine del Decreto Ejecutivo No. 41564-MIDEPLAN-H), y en especial por la inexistencia de identidad entre las indemnizaciones normativamente previstas al efecto, según ordinal 111 inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil:

a) Si la reorganización operada implica la necesidad de prescindir de los servicios de algunos empleados cubiertos por instrumentos de negociación colectiva, sea porque no se requieren dentro de la nueva estructura orgánica, o porque éstos no acepten la reducción subsecuente de sus salarios, con posterioridad al 4 de diciembre de 2018, la indemnización procedente para aquellos cubiertos Convenciones Colectivas, sería aquella correspondiente al pago de prestaciones, concretamente por concepto de auxilio de cesantía, pero en ningún caso dicha indemnización podrá ser mayor a los doce años mientras se mantengan vigentes tales instrumentos colectivos (Dictamen C-060-2018, de 05 de marzo de 2019).

b) Para aquellos otros empleados excluidos de la aplicación de esos instrumentos colectivos, que también pudieran ser cesados por reorganización, resultaría directamente aplicable el precepto normativo contenido en el artículo 39 de la citada Ley No. 9635; es decir, un tope máximo de los 8 años de cesantía; norma que para estos casos tiene eficacia inmediata -a partir de su fecha de publicación- y que, por su rango normativo, prevalece por sobre el ordinal 27 inciso c) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.

Diputado
Pedro Muñoz
Fracción Partido Unidad Social Cristiana
S. O.

20 de junio de 2019
OJ-068-2019
Pág. 15

c) Mientras que, en el supuesto de rebaja o disminución salarial aludida, deberá seguirse aplicando la indemnización especial reglamentariamente prevista, a modo de regla general, por el citado ordinal 111 inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, hasta tanto no se ejerza con respecto a ella la potestad derogatoria o de reforma reglamentaria que ostenta el Poder Ejecutivo (art. 140.3 de la Constitución Política)."

De lo expuesto hasta el momento se desprende que el pago de cesantía a los servidores públicos que hayan ingresado al servicio activo el 4 de diciembre del 2018 (fecha en que entró en vigencia la ley n.º 9635) o después, no puede superar 8 años de salario. Quienes ya eran funcionarios activos a esa fecha y estaban cubiertos por convenciones colectivas con un tope de cesantía mayor a 8 años, pueden percibir hasta 12 años de cesantía como máximo, mientras esas convenciones se encuentren vigentes. Y quienes ya eran funcionarios activos a esa fecha y estaban cubiertos por otros instrumentos jurídicos (diferentes a las convenciones colectivas) que otorguen más de 8 años de cesantía, pueden recibir hasta doce años siempre que hubiesen adquirido el derecho a la cesantía antes del 4 de diciembre del 2018, lo que implica que, si ese derecho no se había consolidado al 3 de diciembre del 2018, solo podrían recibir cesantía por un máximo de 8 años.

Cabe señalar que la regla anterior aplica tanto para la cesantía originada en despidos con responsabilidad patronal, como para los demás supuestos en los que el Código de Trabajo prevé el pago de "*las prestaciones e indemnizaciones*" que pudiere corresponder a los servidores o a sus causahabientes, como ocurre con los supuestos de jubilación o muerte del trabajador, según lo dispuesto en el artículo 85 del Código de Trabajo. En ese sentido, nótese que el artículo 12 del Reglamento al Título III de la ley 9635 hace referencia tanto a la cesantía a la que se tenga derecho por el cese con responsabilidad patronal, como a la cesantía a la que se tenga derecho "*según lo dispuesto en el Código de Trabajo*".

"5- ¿Se pueden seguir pagando bienios, quinquenios o alguna otra remuneración por acumulación de años de servicio que sean distintos a la anualidad, en alguna de las entidades contempladas en el ámbito de aplicación Título III de N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas?"

Según indicamos en el pronunciamiento OJ-041-2019:

"El artículo 40 de la ley n.º 9635 dispone que "No procede la creación, el incremento, ni el pago de remuneración por concepto de "discrecionalidad y confidencialidad", ni el pago o reconocimiento por concepto de bienios, quinquenios o ninguna otra remuneración por acumulación de años de servicio distintos de las anualidades, en ninguna de las instituciones contempladas en el artículo 26 de esta ley."

Por su parte, el artículo 16 del Reglamento al Título III de la ley 9635 establece que *"El pago de los beneficios de confidencialidad y discrecionalidad, bienios, quinquenios u otra acumulación de años de servicio distintos a las anualidades, no podrá ser otorgado en ningún caso a los servidores que sean nombrados por primera vez en una de las instituciones que reconozcan dichos incentivos, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 9635"*.

Adicionalmente, el Transitorio XXV de la ley 9635 señala que *"El salario total de los servidores que se encuentren activos en las instituciones contempladas en el artículo 26 a la entrada en vigencia de esta ley no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten."*

Partiendo de lo dispuesto en las normas aludidas, las instituciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la Ley de Salarios de la Administración Pública no pueden pagar bienios ni quinquenios a los funcionarios que hayan ingresado a laborar el 4 de diciembre del 2018 o después, fecha en que entró en vigencia la ley n.º 9635. En el caso de los servidores que percibían esos sobresueldos válidamente antes de la entrada en vigencia de la ley citada, podrán conservar ese pago como un rubro fijo pues, de lo contrario, su salario total disminuiría, en contravención a lo dispuesto en el Transitorio XXV citado de la ley n.º 9635."

"6- ¿Cuál es el límite a las remuneraciones totales en la función pública? ¿Cuál es su ámbito de aplicación? ¿En el límite a las remuneraciones totales están incluidas las horas extras?"

Al respecto, tal y como lo indicamos en el pronunciamiento OJ-041-2019:

"El límite a las remuneraciones totales en la función pública está regulado en el artículo 42 de la Ley de Salarios de la Administración Pública. De conformidad con esa norma, la remuneración total de aquellos servidores cuya designación sea por elección popular, así como de los jefes, los

Diputado
Pedro Muñoz
Fracción Partido Unidad Social Cristiana
S. O.

20 de junio de 2019
OJ-068-2019
Pág. 17

titulares subordinados y cualquier otro funcionario de las instituciones contempladas en el artículo 26 de esa ley, no podrá superar, por mes, el equivalente a veinte salarios base mensual de la categoría más baja de la escala de sueldos de la Administración Pública, con excepción del Presidente de la República, para el cual, el artículo 41 de esa ley fijó su remuneración mensual bruta en veinticinco salarios base mensual de la categoría más baja de la escala de sueldos de la Administración Pública.

El artículo 27 de la misma Ley de Salarios de la Administración Pública define el "*salario total*", como la "*suma del salario base con los componentes e incentivos adicionales*", definición que fue reiterada en el artículo 1, inciso k), del Reglamento a la ley n.º 9635.

A pesar de que la ley n.º 9635, ni su reglamento, indican expresamente si el límite a las remuneraciones totales aplica solo sobre el salario ordinario del servidor, o si también restringe la posibilidad del pago de jornada extraordinaria cuando dicho pago supere ese límite, considera esta Procuraduría que si un funcionario ha laborado una jornada extraordinaria, su patrono está obligado a cancelarle el salario extraordinario respectivo, aunque esa remuneración supere el límite al que se refiere el artículo 42 citado de la Ley de Salarios de la Administración Pública pues, de lo contrario, la Administración incurriría en un enriquecimiento sin causa. Ello implica que el límite a las remuneraciones totales aplica sobre la remuneración ordinaria del funcionario, no sobre la extraordinaria.

Si el patrono público considera que la remuneración ordinaria de sus servidores, sumada a la extraordinaria, no debe superar el límite establecido en el artículo 42 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, deberá abstenerse de asignarles trabajos extraordinarios que impliquen superar dicho límite, pues la jornada extraordinaria, una vez laborada, debe remunerarse."

"7- ¿Es la anualidad un derecho adquirido o es un derecho que se adquiere una vez que la evaluación de desempeño dé como resultado una calificación mínima de muy bueno"? ¿Cómo debe realizarse el cálculo del incentivo de la anualidad para los funcionarios desde la entrada en vigor del Título III de la Ley N° 9635? ¿Es un pago calculado de forma nominal o porcentual?"

Según indicamos en el pronunciamiento OJ-041-2019:

"El artículo 45 de la Ley de Salarios de la Administración Pública establece que la evaluación del desempeño es un mecanismo para la mejora continua de la gestión pública y del desempeño y desarrollo integral de los funcionarios públicos. Partiendo de ello, no es posible afirmar que el pago futuro del incentivo de eficiencia que se otorga como parte de la anualidad sea un derecho adquirido, toda vez que ese pago depende del resultado de la evaluación del desempeño. Lo anterior sin perjuicio de las anualidades correspondientes a periodos pasados, las cuales ya pasaron a integrar el salario bruto del servidor, salario que no puede ser disminuido según lo dispuesto en el Transitorio XXV de la ley 9635.

La anualidad, de conformidad con el artículo 50 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en relación con el Transitorio XXI de la ley n.º 9635, debe ser un monto nominal fijo para cada escala salarial, cuyo cálculo se realiza sobre el salario base, aplicando un 1.94% para las clases profesionales y un 2.54% para las no profesionales. El salario base que debe utilizarse para dicho cálculo (según lo dispuesto en el artículo 1º del decreto n.º 41729 de 20 de mayo del 2019, el cual reformó el artículo 14 del Reglamento al Título III de la ley n.º 9635) es el que corresponde al mes de julio del 2018."

"8- ¿Los incentivos que se pagan de forma porcentual deben pagarse de forma nominal desde la entrada en vigor del Título III de la Ley N° 9635?"

Al respecto, tal y como lo indicamos en el pronunciamiento OJ-041-2019:

"El artículo 54 de la Ley de Salarios de la Administración Pública dispone que cualquier incentivo o compensación existente que a la entrada en vigencia de esa ley esté expresado en términos porcentuales, debe convertirse, a futuro, en un monto nominal fijo. Ese monto debe obtenerse (según lo establecido en el artículo 1º del decreto n.º 41729 citado, el cual reformó el artículo 17 del Reglamento al Título III de la ley n.º 9635) utilizando el salario base correspondiente al mes de julio del 2018.

Los únicos sobresueldos que se pueden calcular porcentualmente después de la entrada en vigencia de la ley n.º 9635 son los que esa misma ley haya establecido en términos porcentuales, como la compensación económica por prohibición y la compensación económica por dedicación exclusiva."

"9- ¿Se puede seguir aplicando el pago bisemanal desde la entrada en vigor del Título III de la Ley N° 9635?"

Diputado
Pedro Muñoz
Fracción Partido Unidad Social Cristiana
S. O.

20 de junio de 2019
OJ-068-2019
Pág. 19

Según indicamos en el pronunciamiento OJ-041-2019:

"El artículo 52 de la Ley de Salarios de la Administración Pública establece que las instituciones cubiertas por dicha ley, dentro de las cuales se encuentra, como ya indicamos, la CCSS, deberán ajustar la periodicidad del pago de sus funcionarios a la modalidad mensual con adelanto quincenal.

Por su parte, el transitorio XXIX de la ley n.º 9635 dispone que las instituciones que cancelen los salarios de sus servidores con una modalidad distinta a la contemplada en el artículo 52 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, deberán hacer los ajustes correspondientes dentro de los tres meses posteriores a la entrada en vigencia de dicha ley."

"10- ¿Podría la Contraloría General de la República no aprobar los presupuestos de las entidades que abiertamente incumplan con la Ley N° 9635, Ley para el fortalecimiento de las finanzas públicas?"

Al respecto, tal y como lo indicamos en el pronunciamiento OJ-041-2019:

"De conformidad con el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, n.º 7428 de 7 de setiembre de 1994, corresponde a ese Órgano Auxiliar de la Asamblea Legislativa aprobar o improbar los presupuestos de las instituciones autónomas, dentro de las que se encuentra la CCSS.

La labor de aprobación de los presupuestos de las diversas instituciones públicas a las que se refiere el artículo 18 aludido, supone una labor de fiscalización tendente a determinar si tales instrumentos se ajustan a las disposiciones legales y técnicas existentes.

A raíz del proceso de fiscalización mencionado, la Contraloría General de la República podría improbar, parcial o totalmente, el presupuesto de una institución cuando ese presupuesto incumpla las normas de distinto rango que rigen la materia."

Se deja así evacuada su consulta en términos no vinculantes.




MSc. Luis Guillermo Bonilla Herrera
Procurador Adjunto
Área de la Función Pública

LGBH/sgg