

DAJ-099-C-2017

25 de agosto, 2017.

Señora

Yaxinia Díaz Mendoza

Directora

Dirección Recursos Humanos

Ministerio de Educación Pública

Asunto: Respuesta a oficio DRH-7155-2017-DIR.

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. Se atiende su solicitud de criterio jurídico sobre la procedencia de un permiso sin goce de salario a un funcionario administrativo interino.

FUNDAMENTO JURÍDICO

I. Permisos y licencias sin goce de salario

Los permisos y licencias sin goce de salario, consisten en una suspensión en la relación de empleo, sin que aquella relación se extinga, donde únicamente debe considerarse como suspendida la obligación del empleado público de brindar el servicio para el que fue nombrado, y correlativamente de parte del patrono estaría suspendida la obligación de cancelar el salario.¹

¹ Procuraduría General de la República, Dictamen C-142-2008 de 05 de mayo de 2008

Se encuentran regulado por diversos instrumentos por lo que el derecho aplicable cambiará según la norma a aplicar en cada caso.

Si bien es cierto, tanto los permisos como las licencias son interrupciones de la actividad laboral, existen elementos diferenciadores como las causales, o el lapso por el cual se conceden, siendo breves los permisos y de mayor duración las licencias.²

Ahora bien, en virtud del principio de legalidad consagrado en la Carta Magna y la Ley General de la Administración Pública, el otorgamiento de un permiso o licencia sin goce salarial por parte de cualquier entidad pública deberá sujetarse a una norma jurídica preexistente que consagre las condiciones bajo los cuales pueden otorgarse³.

Así, el Reglamento del Estatuto del Servicio Civil, Decreto Ejecutivo N° 21, específicamente en el artículo 33, establece procedimientos y requisitos para autorizar licencias ocasionales de excepción, los cuales deben ser considerados junto con los términos establecidos en cada dependencia por el Reglamento Autónomo de Servicio. Para las licencias sin goce de salario, en el inciso c) de ese numeral se establecen los diversos plazos y las situaciones particulares que justifican su autorización.

“Artículo 33°.- Podrán disfrutar de licencia ocasional de excepción, de conformidad con los requisitos y formalidades que en cada dependencia establezca el Reglamento Autónomo de Servicio, y sujetos a los siguientes procedimientos y condiciones:

(...)

² Procuraduría General de la República, Dictamen C-101-2010 de 14 de mayo de 2010

³ Procuraduría General de la República, Dictamen C-446-2006 de 08 de noviembre de 2006

c. Las licencias sin goce de salario hasta por un mes podrán concederse mediante resolución interna firmada por el Ministro, Viceministro, o el máximo jerarca de la institución respectiva, mientras que las licencias mayores de un mes podrán concederse con apego estricto a las disposiciones siguientes:

1) Seis meses para asuntos personales del servidor. Esta licencia podrá ser prorrogada hasta por seis meses más en casos muy especiales a juicio del Ministro o máximo jerarca de la Institución.

2) Un año para: i) asuntos graves de familia, incluidos compañeros o compañeras, tales como enfermedad, convalecencia, tratamiento médico cuando así lo requiera la salud del servidor, ii) la realización de estudios académicos a nivel superior de pregrado, grado o postgrado o a nivel técnico que requieran de la dedicación completa durante la jornada de trabajo del servidor y iii) que el servidor se desligue de la institución en la que labora con la finalidad de participar en la ejecución de proyectos experimentales dentro de un programa de traspaso de actividades del sector público hacia el sector privado, que haya sido aprobado previamente por la autoridad superior de su institución.

3) Dos años -prorrogables por períodos iguales- cuando se trate de funcionarios nombrados en cargos de elección en sindicatos debidamente reconocidos y que, además, requieran dedicación exclusiva durante el tiempo de la jornada laboral; todo ello previa la demostración y comprobación respectivas.

4) Dos años a instancia de un gobierno extranjero o de un organismo internacional o regional debidamente acreditado en el país, o de fundaciones cuyos fines beneficien directamente al Estado, o cuando se trate del cónyuge de un becario, que deba acompañarlo en su viaje al exterior. A juicio del máximo jerarca respectivo, estas licencias podrán prorrogarse hasta por un período igual siempre y cuando prevalezcan las condiciones que la originaron.

5) Cuatro años, a instancia de cualquier institución del Estado, o de otra Dependencia del Poder Ejecutivo, o cuando se trate del cónyuge de un funcionario nombrado en el Servicio Exterior; o en los casos de los funcionarios nombrados en otros cargos públicos. El plazo anterior

podrá ampliarse hasta por un período igual, cuando subsistan las causas que motivaron la licencia original.

6) No podrán concederse licencias continuas argumentando motivos iguales o diferentes, hasta después de haber transcurrido por lo menos seis meses del reintegro del servidor al trabajo, excepto casos muy calificados a juicio del Ministro o máximo jerarca de la institución sin que se perjudiquen los fines de la administración.

Toda solicitud de licencia sin goce de salario (o prórroga) deberá presentarse con los documentos en que se fundamentan y la respaldan y su tramitación deberá hacerse con la antelación que la fecha de rige requiera. En el caso de que el servidor se ausentare del trabajo sin la debida aprobación de la licencia o prórroga, se considerará el hecho como abandono de trabajo, y por lo tanto, podrá despedirse de conformidad con el artículo 43 del Estatuto de Servicio Civil.

Quedan a salvo las circunstancias comprobadas de extrema limitación de tiempo para estos trámites en que, por tal razón el servidor se vea obligado a ausentarse antes de completar debidamente el trámite; en cuyo caso el servidor quedará sujeto a las soluciones administrativas que más convengan a la Administración a fin de que esta pueda resarcirse de los gastos y pagos salariales en que haya incurrido por esta causa.”

Por su parte, esta Cartera Ministerial cuenta con el Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Educación Pública (MEP), norma aplicable a los servidores nombrados con carácter permanente o transitorio, que le prestan sus servicios como consecuencia de una relación de trabajo.⁴ Dicho instrumento dispone sobre el tema en cuestión:

“Artículo 92.- Por vía de excepción, todos los servidores del Ministerio podrán disfrutar de licencias en las circunstancias que se enumeran a continuación:

⁴ Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Educación Pública, art. 2 y 3.

(...)

c) Las licencias sin goce de sueldo podrán ser otorgadas hasta por un año en casos muy calificados, tales como graves asuntos de familia, convalecencia o tratamiento médico cuando así lo requiera la salud del servidor y hasta por dos años a instancia de un gobierno extranjero, de un organismo internacional, de una institución pública, de otro de los poderes del Gobierno o cuando se trate del cónyuge de un becario que por razones de familia debe acompañarlo en su viaje al exterior;

d) Las licencias sin goce de sueldo que excedan de una semana deberán ser otorgadas por el Ministro, las demás podrán ser otorgadas por el Jefe, por medio de la fórmula "ACCIÓN DE PERSONAL", excepto que la importancia de las funciones del servidor exija, en todo caso, acuerdo ejecutivo;..."

Según se extrae de la literalidad de las normas transcritas, al utilizar el verbo “podrá”, (el cual por definición tiene carácter potestativo), **“el otorgamiento de esta clase de permisos constituye una mera facultad y no una obligación para el jerarca, el cual tiene la potestad de valorar los motivos en que se fundamenta la correspondiente solicitud y determinar discrecionalmente si cabe la concesión de tal beneficio, sopesando las consecuencias que ello pueda tener sobre la prestación de los servicios en la institución, las condiciones del funcionario de que se trate... con apego a principios de justicia, conveniencia y objetividad.”**⁵

II. Actos de la Administración Pública y sus límites

Así las cosas, la facultad discrecional no es irrestricta, ya que las actuaciones del ente deben ser dirigidos a la consecución de sus fines en pro de la colectividad, además de encontrarse sujeta al principio de legalidad mencionado

⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen C-396-2005 de 15 de noviembre de 2005

en el apartado anterior, lo cual ha sido explicado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al sostener que *“En el caso de actos producto del ejercicio de una potestad discrecional, éstos se componen de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora. La discrecionalidad es esencialmente la libertad de elección que tiene la Administración, de escoger entre una pluralidad de alternativas, todas igualmente justas, según su propia iniciativa, por no estar la solución concreta dentro de la norma. Esta libertad de la Administración no es arbitraria, su existencia tiene su fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en ésta.”*⁶

Al respecto, nuestra Constitución Política y Ley General de la Administración Pública, ordenan que cualquier acto de la Administración, debe ser garante del interés público y del servicio brindado:

“Artículo 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

(...)

8) Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas...” (Constitución Política)

“Artículo 4º.-La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.” (Ley No. 6227)

“Artículo 10.-

⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 19 de las 14:40 horas del 2 de abril de 1997

1. *La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular...* (Ley No. 6227)

Además, los servicios públicos deben poseer ciertos caracteres primordiales y regirse por una serie de principios, posición ampliamente expuesta por la Sala Constitucional, en la resolución No 2006-17424, donde explicó:

“IV.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE EFICACIA, EFICIENCIA, SIMPLICIDAD Y CELERIDAD DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVAS. La Constitución Política, en su parte orgánica, recoge o enuncia algunos principios rectores de la función y organización administrativas, que como tales deben orientar, dirigir y condicionar a todas las administraciones públicas en su cotidiano quehacer. Dentro de tales principios destacan la eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (artículos –todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 al recoger el principio de “eficiencia de la administración”). Estos principios de orden constitucional, han sido desarrollados por la normativa infraconstitucional... La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2°, de la Constitución Política). La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros... Por su parte, la celeridad obliga a las administraciones públicas cumplir con sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos. Este conjunto de principios le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular.

V.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas –incluidos los asistenciales o sociales– están regidos por una serie de principios que deben ser observados y respetados, en todo momento y sin excepción alguna, por los funcionarios públicos encargados de su gestión y prestación. Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo por su eficacia normativa directa e inmediata, toda vez que el bloque o parámetro de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política) al que deben ajustarse en sus actuaciones está integrado, entre otros elementos, por los principios generales del derecho administrativo (artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública). No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía. Nuestro texto fundamental recoge como derecho fundamental de las personas el del buen funcionamiento de los servicios públicos, consecuentemente los principios que informan los servicios públicos en cuanto hacen efectivo tal derecho tienen un rango constitucional... La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio,... Cualquier actuación –por acción u omisión– de los funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica. La regularidad implica que el servicio público debe prestarse o realizarse con sujeción a ciertas reglas, normas o condiciones preestablecidas. No debe confundirse la continuidad con la regularidad, el primer concepto supone que debe funcionar sin interrupciones y el segundo con apego a las normas que integran el ordenamiento jurídico...”

Teniendo claro el deber de la Administración respecto al servicio brindado, podemos valorar la aplicación de los permisos sin goce de salario al personal que labora para la Administración en calidad de interino, analizando el régimen que los cubre desde su carácter particular.

III. El servidor interino

El artículo 192 de la Constitución Política y los numerales 20 y 37 del Estatuto de Servicio Civil, establecen un régimen de empleo para los funcionarios de la Administración Pública Central, cuyas características son el ingreso por idoneidad y la estabilidad en el empleo, lo que implica que en principio, los servidores incorporados han pasado por el proceso de selección, donde se estudia a los postulantes y se les califica para cada puesto; lo cual da como consecuencia natural, que en situaciones apremiantes, la Administración requiere llenar la plaza de forma inmediata, o bien, es posible, que un titular se separe por alguna razón del ejercicio del puesto, ante tales situaciones, se opta por nombramientos interinos con el propósito de garantizar la continuidad y eficiencia del servicio público,⁷ aspectos ampliamente desarrollados líneas antes.

Dichos nombramientos en calidad de interinos se encuentran autorizados en el Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, en los artículos 10 y 12 y poseen una naturaleza y características que difieren de aquellos en propiedad.

Al respecto, el ente Procurador y la Sala Constitucional han hecho constantes anotaciones sosteniendo la tesis que los funcionarios interinos ostentan una estabilidad impropia, o sea, que a pesar de no existir la posibilidad de que la Administración los remueva libremente, no tienen la estabilidad en el empleo como la de los servidores regulares, para quienes la estabilidad es completa, ya

⁷ Sala Constitucional, sentencia no. 1422-2004, de 10:12 horas de 13 de febrero del 2004

que los interinos pueden ser cesados al regresar o nombrarse a un titular en la plaza.⁸

Es menester tener presente que no se deben marcar diferencias negando derechos fundamentales, lo que devendría en una actuación arbitraria,⁹ sin embargo, tanto la jurisprudencia administrativa como judicial han admitido la posibilidad de otorgar un tratamiento diferente a los funcionarios interinos y a los funcionarios en propiedad, en cuanto a otorgamiento de determinados beneficios, con fundamento en el carácter provisional de la relación, tal y como se lee en la sentencia No. 2006-13504 de las 14:52 horas del 12 de setiembre del 2006, de la Sala Constitucional:

“El antecedente citado destaca la característica más importante del nombramiento interino, que es la provisionalidad del funcionario en su puesto de trabajo, de manera que partiendo de esa calidad sería legítimo establecer diferenciaciones y gradaciones en los derechos y beneficios que puedan recibir estos servidores cuando ocupan un puesto de trabajo...”

V.- Sobre el caso concreto.- De todo lo anterior queda claro que los servidores interinos tienen como común denominador la provisionalidad de su nombramiento, esto implica que los beneficios que ofrezca la Institución a sus funcionarios regulares, pueden ser objeto de un distinto tratamiento, y al otorgarlo puede mediar una mayor discrecionalidad de la Administración. De ahí que, se podrían establecer las gradaciones necesarias para permitir ciertos derechos y beneficios que disfruta el funcionario en propiedad, pero condicionado a la mayor o menor provisionalidad de nombramiento del interino. Un funcionario interino podría verse compelido a dejar su puesto cuando cesa el motivo por el cual fue nombrado -al que fue llamado para cubrir una necesidad institucional,

⁸ Procuraduría General de la República criterios C-102-09 de 15 de abril del 2009 y C-169-09 11 de junio del 2009

⁹ Sala Constitucional, resolución número 00928-99 de las 9:42 horas del 12 de febrero de 1999

por carecer de o por estar ausente temporalmente su titular -, siendo este un aspecto de peso para determinar la limitación que tendría la Institución para otorgar los beneficios reclamados, al que -aún discrecionalmente- están dispuestos para los servidores propietarios”.

En igual sentido, la Procuraduría indicó que *“...si bien, para el otorgamiento de ciertos beneficios a los servidores que ocupan puestos regulares, -como los previstos en el artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil- media una mayor discrecionalidad por parte de los órganos administrativos competentes, ciertamente ese margen potestativo se restringe en tratándose de servidores nombrados de manera interina. Lo anterior, habida cuenta que, **resultaría incongruente que por una necesidad institucional, se contrate este tipo de personal para ocupar provisionalmente puestos cuyos titulares se encuentran ausentes por diversos motivos, (o bien para ocupar puestos vacantes) y que sin embargo la Administración pueda concederles los permisos de igual manera como lo podría hacer con los que gozan de una estabilidad absoluta en sus cargos. Por lo que puntualiza esa jurisdicción, que la discrecionalidad administrativa para el otorgamiento de ciertos beneficios a los interinos, estaría condicionada a la mayor o menor provisionalidad de los nombramientos respectivos, a fin de que los permisos que corresponderían puedan darse de forma razonable y proporcional a la necesidad imperante; y se agrega ahora, que los mismos sean otorgados sin menoscabo del servicio público que se presta... En cuanto a los demás presupuestos del precitado numeral 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, y como se ha indicado ya, es de resorte de la potestad discrecional del Estado el otorgar o no, esa clase de permisos, tomando en consideración para ello, todas las condiciones y circunstancias en que se encuentra ocupando el puesto un servidor interino, y fundamentalmente la necesidad por la cual se le ha contratado,***

que en última instancia lo es para la prestación y continuidad del servicio público que allí se presta.” (Dictamen C-015-2009 del 28 de enero del 2009.)

IV. Conclusiones

De lo expuesto se extrae que los nombramientos interinos poseen una naturaleza provisional, su estabilidad es relativa o impropia, a diferencia de los nombramientos en propiedad que ostentan derecho a la estabilidad absoluta.

Según la tesis que mantiene la Procuraduría General de la República y como se interpreta de la literalidad de las normas estudiadas, el otorgamiento a los funcionarios interinos de cualquiera de los permisos o licencias, de las que se encuentran contempladas en el artículo 33 del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil, es de resorte potestativo de la Administración y no constituye un derecho adquirido.

Así las cosas, la decisión administrativa sobre el punto bajo análisis, para su otorgamiento o no, debe considerar principalmente:

- Las condiciones de cada nombramiento para asegurarse que brindar el beneficio no sea incompatible con la naturaleza de la relación y figura del interinazgo, lo cual puede darse, en el caso de los interinos sustitutos, al caer en el sin sentido de tener que sustituir al sustituto del funcionario regular, y en el caso de los nombramientos de interinos en plazas vacantes, en períodos extensos donde la Administración quede atada para efectos de la realización de los concursos para los nombramientos en propiedad.

- El cumplimiento del deber de la Administración, al asegurar que sus actos resguarden la prestación y continuidad del servicio público, por lo que dichos permisos pueden ser otorgados si no implican menoscabo del mismo.

Finalmente debe tenerse presente que toda actuación debe estar debidamente justificada y razonada, al tenor de los artículos 132, 133 y 134 de la Ley General de la Administración Pública.

Cordialmente,

Enrique Tacsan Loría
Director

Realizado por: Licda. Dayana Cascante Núñez, Asesora legal

Revisado por: Mba Maria Gabriela Vega Díaz, Jefa Dpto Consulta y Asesoría Jurídica