

San José, 26 de mayo de 2018
AI-SAD-001-2018

Señores.
Miembros del Consejo Superior.

Asunto: *Servicio preventivo de advertencia sobre la posibilidad de que se esté dando un error a la aplicación de derecho de vacaciones que corresponde al puesto del Director Ejecutivo.*

Estimados señores:

Éste servicio, se realiza con fundamento en la competencia de asesoría y advertencia establecida a la Auditoría Interna en el inciso d) del artículo 22 de la Ley General de Control Interno,

d) Asesorar, en materia de su competencia, al jerarca del cual depende; además, advertir a los órganos pasivos que fiscaliza sobre las posibles consecuencias de determinadas conductas o decisiones, cuando sean de su conocimiento.

A continuación se expone al respecto:

Esta Auditoría tuvo conocimiento de dos dictámenes emitidos por la Procuraduría General de la República, C-217 del veinticinco de junio del 2008 y C-354 del diecisiete de diciembre del 2015, estos documentos refieren a las vacaciones relacionadas con los puestos de confianza.

Ante lo dictaminado en los mismos procede esta Auditoría a verificar lo correspondiente, examinando los dos expedientes de los Directores Ejecutivos que han ocupado dicho puesto, se observó que no existe regulación que indique como se debería otorgar o pagar este rubro.

El día 25 de abril del presente año, se consultó a la Unidad Administrativa por vía correo ¿Cuál es la normativa que ampara el otorgamiento de vacaciones para estos dos puestos fuera régimen del Estatuto del Servicio Civil? e indica “*se utiliza la misma normativa que para todos los funcionarios que laboran en la institución, según las prácticas que se venían desarrollando en la oficina.*”

Según lo que constató esta Auditoría Interna, la Administración activa aplica el disfrute de vacaciones, conforme a la normativa que rige a los funcionarios de la Dirección Nacional de

Notariado. De acuerdo con los criterios supra, podría la Administración estar siendo afectada si se estuviera dando un otorgamiento y/o un derecho indebido, aún más podría estar generando responsabilidades al encargado de aprobar dichas vacaciones. Se reitera, esto en fundamentos dictados por la Procuraduría General de la República en los dictamen: C-217 del veinticinco de junio del 2008 y C-354 del diecisiete de diciembre del 2015 que indican según lo que interesa:

Dictamen C-217-2008. En lo que respecta al derecho de las vacaciones de un funcionario de confianza, no está demás resaltar de previo, lo que este Despacho en reiterado pronunciamiento ha señalado sobre su carácter especial de empleo dentro de la Administración Pública. Así, mediante el Dictamen No. 461 de 14 de noviembre del 2006, se ha indicado lo siguiente:

"No obstante que este es el principio general, la propia Carta Política permite la creación de puestos dentro del Estado que no estén cubiertos por aquellos principios básicos. De esta manera, el artículo 140, inciso 1 de la Constitución Política, permite al Poder Ejecutivo nombrar y remover libremente a los empleados que sirvan puestos de confianza. De la misma manera, el artículo 192 Constitucional, al establecer la existencia del régimen público, indicó expresamente que podrían establecerse excepciones, tanto en el propia Carta Política como en la ley ordinaria. Sobre ese particular, ha señalado el Tribunal Constitucional, lo siguiente:

" Es obvio que en la mente del constituyente estaba la idea de que no todos los servidores públicos podían estar cubiertos por el régimen especial, pues la forma de escogencia, las especiales capacidades, las funciones de cada cargo, las relaciones de confianza y dependencia no son iguales en todos los casos, de ahí que los principios derivados del artículo 192 son aplicables a ciertos funcionarios -la mayoría- no a todos. La Constitución misma señaló varios casos de funcionarios de libre escogencia y remoción como son los ministros de gobierno, los miembros de la fuerza pública, los directores de instituciones autónomas, representantes diplomáticos, y en general, "los empleados y funcionarios que ocupen cargos de confianza" (art. 140 inciso 1), dejando a la ley (Ley de Servicio Civil dice el artículo 140) la determinación de otros funcionarios, que en casos muy calificados, pudieran ser excluidos del régimen general. Esta posibilidad de excluir ciertos funcionarios la reitera el artículo 192. (...) Por vía de ley el legislador ha excluido varios casos del régimen común. El Estatuto de Servicio Civil en sus artículos 3, 4 y 5, menciona un buen número de funcionarios que no se consideran dentro del régimen. También por ley especial se han excluido los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas, que son de nombramiento del ejecutivo, y en general, una serie de funcionarios, nombrados casi siempre a plazo fijo, y cuyo denominador común es encontrarse en una relación de servicio no típicamente laboral, bajo un

régimen de subordinación jerárquica, sino más bien de dirección o colaboración, donde no median órdenes, sino más bien directrices, en unos casos; o bien, en una relación de confianza que obliga a otorgar una mayor libertad para el nombramiento y la eventual remoción del funcionario; ello independientemente de la naturaleza permanente de la función. Esta relación de confianza puede fundarse, según los requerimientos del cargo, en aspectos puramente subjetivos, de orden personal; pero también puede derivar de elementos objetivos nacidos de una comunidad ideológica (política en el buen sentido del término), necesaria para el buen manejo de la cosa pública conforme a planes y programas. Los casos de excepción, está claro, han de ser muy calificados, con las especiales características señaladas que justifiquen un trato desigual." (Sala Constitucional, resolución número 1119-1990 de las catorce horas del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa, reiterada en los pronunciamientos 2859-1992 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del 8 de setiembre de 1992 y 1619-1993 de las nueve horas treinta y nueve minutos del 2 de abril de 1993, entre otros.)

A partir de lo expuesto, se reconoce la existencia de un grupo de trabajadores que pueden ser excluidos del régimen estatutario, en razón de las especiales características de la relación de empleo que ostentan y que comúnmente han sido definidos como empleados de confianza.

(...)

De esta manera, el Estatuto de Servicio Civil define, en los artículos 3, 4 y 5, una serie de categorías de empleados que han sido considerados como de confianza. Para efectos de nuestro estudio, transcribiremos lo señalado en el artículo 4 de aquel cuerpo normativo, que señala:

"Artículo 4º.-

Se considerará que sirven cargos de confianza:

- a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal.*
- b) El Procurador General de la República.*
- c) Los Gobernadores de Provincia.*
- d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República.*
- e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.*

- f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio*

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

(Inciso así reformado por el artículo 1º de la ley N° 6440 de 16 de mayo de 1980).

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

(Así adicionado este inciso, incluyendo su Transitorio, por la ley No.7767 de 24 de abril de 1998)

Ciertamente, el artículo 192 constitucional autoriza al legislador excepcionar del régimen estatutario de empleo, aquellos puestos de confianza que por sus especiales características son necesarios para la marcha efectiva y eficiente del servicio público. Por ende, las personas que lleguen a ocuparlos, deben reunir también especiales atributos de carácter intui personae, u objetivos y técnicos, de manera que resulten idóneas para el ejercicio de las funciones correspondientes^[8]. De ahí que, el párrafo cuarto del artículo 586 del Código de Trabajo, establece que mientras no se dicten las normas que regulen los derechos de esa clase singular de funcionario como la de análisis, "...gozarán de los beneficios que otorga este Código , en lo que a juicio del Poder Ejecutivo, o en su caso, de los Tribunales de Trabajo, sea compatible con la seguridad del Estado y la naturaleza del trabajo que sirvan."

En ese orden de ideas, esta Procuraduría ha tenido oportunidad de analizar el derecho de las vacaciones que tienen esos funcionarios, señalando, que al no existir disposición jurídica que regule todavía las vacaciones a este grupo de funcionarios a que hace mención el artículo 586 Ibid, no se les podría aplicar la legislación o reglamentación que regula el derecho de las vacaciones progresivas a los funcionarios regulares de la Administración, según la antigüedad del servicio prestado a la Administración Pública. No obstante ello, cabe indicar que, tal y como se puntualizó en el Dictamen No. C-038-2005, de 28 de enero del 2005, que siendo ese beneficio un derecho fundamental que tiene toda persona que trabaja bajo una relación de servicio por cuenta ajena, a la luz de lo que disponen, fundamentalmente, los artículos 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 27 literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, reconocido en el artículo 59 de nuestra Constitución Política, es innegable el otorgamiento a esa clase funcional, del disfrute anual de aquéllas, que en ningún caso podrían comprender menos de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo; derecho que a nivel constitucional puede inclusive entenderse como derivado del derecho a la

salud, (artículo 21 de la Constitución) según lo ha enfatizado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en Resolución No. 5969-93 de las 15:21 horas de 16 de noviembre de 1993. Y es que el recién citado numeral 59, reconoce el derecho a las vacaciones tanto a los trabajadores de la empresa privada como a los servidores públicos, sin distinción alguna (véase al respecto la resolución N° 0313-98 de las 15:48 horas del 20 de enero de 1998, de la Sala Constitucional. Y en igual sentido la resolución N° 3835-96 de las 11:36 horas del 26 de julio de 1996, de ese mismo Tribunal), cuyo régimen jurídico constitucional se asienta en dos pilares fundamentales: las vacaciones anuales a que el trabajador tiene derecho son remuneradas, y además, como regla de principio, han de ser disfrutadas efectivamente, salvo las excepciones muy calificadas (véase al respecto, la resolución N° 2001-05418 de las 15:14 horas del 20 de junio del 2001, de la Sala Constitucional, en la que se reconoce expresamente un derecho fundamental a las vacaciones pero no de un derecho fundamental a su compensación).

Siempre a nivel internacional, encontramos el Convenio 52 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), sobre vacaciones pagadas, adoptado en Ginebra, en la Sesión de la Conferencia N° 20 del 24 de junio de 1936, cuya entrada en vigor fue el 22 de setiembre de 1939, y que nuestro país no ratificó *-y ya no puede hacerlo, porque luego de la revisión por el Convenio 132, ya no está abierto a ratificación-*. Dicho instrumento internacional está dirigido a todas las personas empleadas en empresas y establecimientos, sean éstos públicos o privados (art. 1º), y les reconoce el derecho a vacaciones anuales pagadas (art. 2º), es decir, toda persona que tome vacaciones deberá percibir durante las mismas "su remuneración habitual", calculada en la forma que prescriba la legislación nacional (art. 3º, inciso a). Por su parte, el Convenio 132 de la O.I.T., adoptado en Ginebra, en la sesión de la Conferencia N° 54 del 24 de junio de 1970, y que entró en vigor a partir del 30 de junio de 1973, y que tampoco ha sido ratificado por nuestro país, hace igual reconocimiento de vacaciones anuales pagadas a todas las personas empleadas por cuenta ajena, con la excepción de la gente de mar que se rige por el Convenio 146 (art. 2º, punto 1), y en cuanto a su forma de pago, establece que quien tome vacaciones de conformidad con las disposiciones de ese Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, "por lo menos su remuneración normal o media" calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente (art. 7º, punto 1). Si bien dichos instrumentos internacionales no han sido ratificados por Costa Rica, y por ende, no vienen a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico al tenor de los artículos 7, 48 de la Constitución Política, 5º del Código Civil y 6º, inciso b) de la Ley General de la Administración Pública, es incuestionable que sus disposiciones sirven como un importante marco de referencia interpretativo; sobre todo y a modo de ilustración, cuando en la doctrina de la Organización Internacional de Trabajo se señala, en lo que interesa: *"...La jurisprudencia ha seguido así la doctrina internacional en lo que concierne a las normas sobre derechos humanos. Ya no requiere el dictado obligatorio de*

una legislación nacional de aplicación, conforme a un criterio altamente "dualista", sino que acepta con amplitud la aplicación de la norma internacional a través de los órganos jurisdiccionales. Esta doctrina puede aplicarse también a la normativa de la O.I.T., como lo demuestra la experiencia internacional. Existe, efectivamente, un número importante de normas en los convenios que tienen suficiente operatividad propia como para poder prescindir de una transposición legislativa."

De manera que, pese que el funcionario de confianza ha ocupado otros puestos regulares en la Administración Pública, es claro que para los efectos del disfrute de sus vacaciones, no es útil el tiempo laborado anteriormente, pues por el carácter del puesto que ocupa, no le resulta aplicable la normativa que rigen las vacaciones progresivas del resto del funcionariado regular. En consecuencia, solo tendría derecho a disfrutar de las vacaciones de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo, tal y como lo establece el artículo 59 de la Constitución Política.

De igual forma lo aclara en el Dictamen C-354-2015 sobre el funcionario de confianza, abarcando el régimen de empleo público que se fundamenta en dos principios indica:

" ... El régimen de empleo público se fundamenta en dos principios básicos: el ingreso al régimen por idoneidad comprobada y la estabilidad en el empleo, según lo establecido por el artículo 192 de la Constitución Política.

No obstante que este es el principio general, la propia Carta Política permite la creación de puestos dentro del Estado que no estén cubiertos por aquellos principios básicos. De esta manera, el artículo 140, inciso 1 de la Constitución Política, permite al Poder Ejecutivo nombrar y remover libremente a los empleados que sirvan puestos de confianza. De la misma manera, el artículo 192 Constitucional, al establecer la existencia del régimen público, indicó expresamente que podrían establecerse excepciones, tanto en el propia Carta Política como en la ley ordinaria...

A partir de lo expuesto, se reconoce la existencia de un grupo de trabajadores que pueden ser excluidos del régimen estatutario, en razón de las especiales características de la relación de empleo que ostentan y que comúnmente han sido definidos como empleados de confianza. (...)

De esta manera, el Estatuto de Servicio Civil define, en los artículos 3, 4 y 5, una serie de categorías de empleados que han sido considerados como de confianza. Para efectos de nuestro estudio, transcribiremos lo señalado en el artículo 4 de aquel cuerpo normativo, que señala:

"Artículo 4º.-

*Se considerará que sirven cargos de confianza:
(...)*

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

(Así adicionado este inciso, incluyendo su Transitorio, por la ley No.7767 de 24 de abril de 1998)

Ciertamente, el artículo 192 constitucional autoriza al legislador excepcionar del régimen estatutario de empleo, aquellos puestos de confianza que por sus especiales características son necesarios para la marcha efectiva y eficiente del servicio público. Por ende, las personas que lleguen a ocuparlos, deben reunir también especiales atributos de carácter intui personae, u objetivos y técnicos, de manera que resulten idóneas para el ejercicio de las funciones correspondientes...” [2]

Como ejemplo para esta Institución se puede comparar sobre lo indicado por la Procuraduría General de la República donde manifiesta sobre el cómputo de vacaciones de un Director Ejecutivo de la Institución con un rango adscrito a un Ministerio, en el punto IV que indica:

IV.- SOBRE EL CÓMPUTO DE VACACIONES AL DIRECTOR EJECUTIVO DEL CONSEJO DE TRANSPORTE PÚBLICO.

En la especie, se cuestiona, en lo fundamental, la normativa aplicable, al órgano-individuo, supra mencionado, en aras de determinar, los días de vacaciones que deben disfrutar.

Así las cosas, conviene, como punto de partida, señalar que, el extremo laboral, en estudio, se corresponde con el descanso, mínimo, bisemanal al que tienen derecho los trabajadores, después de cincuenta semanas de trabajo efectivo.

Nuestro ordenamiento jurídico, las regula en los ordinales 59 de la Constitución Política y 153 del Código de Trabajo. Su finalidad última, refiere al reposo necesario para continuar laborando con eficiencia.

Tocante al tema, en análisis, la jurisprudencia administrativa, ha reseñado:

“...la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado mediante sus fallos la naturaleza de las vacaciones...En ese sentido leemos:

“III.-El instituto de las vacaciones, como es ampliamente conocido, constituye uno de los derechos de mayor trascendencia del trabajador (a), y nace como consecuencia de la prestación, en tiempo, de su fuerza de trabajo. Su razón

de ser la constituye el necesario descanso, luego de un lapso efectivo de labores, para que de esa forma reponga las energías gastadas por sus esfuerzos físicos y mentales, y pueda así continuar laborando. De ello se colige que, las vacaciones, tienen un carácter profiláctico, dirigido a proteger la salud del trabajador (a). Por otra parte, garantizan una mayor eficiencia en sus prestaciones; lo cual también beneficia directamente al empleador. Rodríguez Manzini ha dicho al respecto: "Una de las conquistas sociales más recientes fue el reconocimiento del derecho de los trabajadores dependientes a gozar de un descanso anual remunerado. Razones similares a las que se han considerado con relación a la jornada y al descanso, semanal y diario, sirven de argumento básico para reconocer el derecho del trabajador (a) a gozar de un descanso pago, más amplio en cada año, para reponerse de la fatiga que ocasiona su trabajo; y para atender más adecuadamente a las necesidades de esparcimiento y recreación propias y de su grupo familiar..." [31]

Corresponde, entonces, referirnos al Criterio indicado, en el párrafo anterior, para así, aclarar su aplicación, en este asunto, siendo que, este reseñó:

"...Como puede verse, en virtud de la naturaleza que tienen las vacaciones en toda relación de trabajo entre el trabajador, empleado o servidor público y el patrono, sea éste público o privado, es lo cierto que se debe cumplir con el mínimo que esa norma mayor exige al respecto; es decir, deben otorgarse por lo menos dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo. Por ende, basta que la regulación de las vacaciones se fundamente en lo dispuesto por el artículo 59 constitucional para que se cumpla con una de las garantías sociales que tutela ese ordenamiento al trabajador en sentido genérico.

Así, es reiterado el criterio de la Sala Constitucional cuando subraya, que, "... el propio ordinal 59 de la Constitución Política establece claramente que las dos semanas anuales de vacaciones allí previstas constituyen un mínimo, por lo que como tal puede ser superado a favor de los trabajadores, entendiéndose que debe hacerse en términos razonables y proporcionados...

...Ciertamente, el artículo 192 constitucional autoriza al legislador excepcionar del régimen estatutario de empleo, aquellos puestos de confianza que por sus especiales características son necesarios para la marcha efectiva y eficiente del servicio público. Por ende, las personas que lleguen a ocuparlos, deben reunir también especiales atributos de carácter intuitus personae, u objetivos y técnicos, de manera que resulten idóneas para el ejercicio de las funciones correspondientes.

De ahí que, el párrafo cuarto del artículo 586 del Código de Trabajo, **establece que mientras no se dicten las normas que regulen los derechos de esa clase singular de funcionario como la de análisis**, "...gozarán de los beneficios que otorga este Código, en lo que a juicio del

Poder Ejecutivo, o en su caso, de los Tribunales de Trabajo, sea compatible con la seguridad del Estado y la naturaleza del trabajo que sirvan.”

En ese orden de ideas, esta Procuraduría ha tenido oportunidad de analizar el derecho de las vacaciones que tienen esos funcionarios, señalando, que al no existir disposición jurídica que regule todavía las vacaciones a este grupo de funcionarios a que hace mención el artículo 586 Ibid, no se les podría aplicar la legislación o reglamentación que **regula el derecho de las vacaciones progresivas a los funcionarios regulares de la Administración**, según la antigüedad del servicio prestado a la Administración Pública. No obstante ello... es innegable el otorgamiento a esa clase funcional, del disfrute anual de aquéllas, que en ningún caso podrían comprender menos de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo...”

De la cita realizada, se extrae que, ante la ausencia de norma que regule servidores, exceptuados del Régimen Estatutario, que ocupan puestos de confianza, debe aplicarse el Código de Trabajo, no así, lo dispuesto para servidores regulares.

...Siendo que, se insiste, a los funcionarios de confianza, exceptuados, por antonomasia, del régimen de méritos, les corresponde lo dispuesto en el Código de Trabajo. Sin que se denote contradicción alguna, en la norma Reglamentaria.

De suerte tal que, de conformidad con lo expuesto y la jurisprudencia administrativa, al Director Ejecutivo del Consejo de Transporte Público, le corresponde, el mínimo de dos semanas de vacaciones, por cincuenta laboradas -artículo 153 Código de Trabajo-.

En resumen y es criterio de esta Auditoría Interna, que pareciera que se esté dando un error en la Administración activa en la aplicación de vacaciones de más de dos semanas a este puesto de Director Ejecutivo, ya que lo indicado por la Procuraduría General de la República aclara que se debe aplicar este derecho de vacaciones con respecto a la normativa del Código de Trabajo en el artículo 586 Ibid, y no se les podría aplicar la legislación o reglamentación que regula el derecho de las vacaciones progresivas a los funcionarios regulares de la Administración.

Además, indica que al no existir norma que regule servidores, exceptuados del Régimen Estatuario, que ocupan puestos de confianza, se debe aplicar lo señalado en el Código de Trabajo.

Por tanto, la Administración debe actuar inmediatamente en el análisis correspondiente según cabe los dictámenes dictados por la Procuraduría General de la República, por lo que se recomienda.

Instruir a la Unidad Administrativa y Unidad de Asesoría Jurídica para que valoren inmediatamente estas doctrinas, y tomen las acciones correspondientes sobre este derechos de vacaciones, en caso que corresponda.

Caso contrario, indicar cuál es el fundamento legal debidamente aprobado para el otorgamiento de las vacaciones para el puesto de Director Ejecutivo.

En virtud a lo anterior, y dado que el no tomar medidas para considerar la valoración de dichos puesto y su derecho de vacaciones, solicito respetuosamente informar a esta Auditoría Interna las acciones que va a adoptar la Administración, por lo que cuenta con un plazo de diez días hábiles a partir del recibido de este comunicado.

Cualquier consulta, sírvase indicar lo que corresponda.

Saludos cordiales,

Atentamente,

MAFF. Xinia Solís Torres
Auditora Interna
CPA-5343

Cc. Archivo A.I.