



Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 28 de octubre del 2011. Nº 10

Dictamen : 063 del 05/03/2008

C-063-2008

5 de marzo, 2008

Señor

Guido Vega Molina

Presidente Ejecutivo

Consejo Nacional de Producción

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su oficio PE-069-08 del 12 de febrero del 2008, por medio del cual nos solicita emitir criterio en torno a inquietudes surgidas en el proceso de reorganización que se efectúa en el Consejo Nacional de Producción.

Específicamente se nos solicita referirnos a los siguientes aspectos:

“...dado que el Código de Trabajo regula un tope de 8 años para el pago de auxilio de cesantía, ¿qué ocurre con el diferencial existente entre los 8 años que regula el Código de Trabajo y los 25 años que establece la Convención Colectiva del CNP, especialmente bajo la Teoría del Estado como Patrono Único?

a) ¿Puede ser otorgado ese diferencial a título de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al trabajador movilizado horizontalmente a otra institución en cuanto varían sus condiciones laborales en su perjuicio, en el caso de haber superado ya los 8 años de tope establecidos en el Código de Trabajo, virtud de que por convención colectiva del CNP, los funcionarios en su mayoría superan ese límite. Asimismo como indemnización por dejar de percibir el beneficio

del 5% del salario que otorga esta Institución para el Fondo de Garantías y Jubilaciones. En igual sentido en lo referente al 3% de anualidad que es un porcentaje superior al que cancela el Gobierno central. Nótese que no se trata de prestaciones diferenciales, sino de indemnización por el cambio de las condiciones laborales que mantiene el trabajador del CNP con respecto a otras instituciones del Estado en las que estos beneficios no son reconocidos.

b) ¿Debe ser trasladado ese diferencial a la entidad receptora; debe cancelarse la indemnización al funcionario o mantenerlo el CNP?

c) De no otorgar la institución ese reconocimiento o de trasladar el mismo a la institución receptora ¿constituiría ello un enriquecimiento sin causa para la Administración?

Junto con dicho oficio se adjunta el criterio de la Dirección de Asuntos Jurídicos de Consejo Nacional de Producción, emitido mediante oficio DAJ-AAD-023-08 del 17 de enero del 2008, en el que se concluye lo siguiente:

“...el artículo 48, inciso a) de la Convención Colectiva tiene inserta los dos supuestos citados. Por una parte, el “derecho adquirido” en cuanto al posible pago del auxilio de cesantía y por otro una “situación jurídica consolidada” respecto a los años que el trabajador efectivamente ha laborado para la institución (hasta un tope de 25 años)....

Conforme lo expuesto y siendo que existe una “situación jurídica consolidada” para algunos trabajadores del CNP (en un rango de hasta 25 años, según lo efectivamente laborado), amparada en una norma convencional, resultaría entonces que si un funcionario del CNP que ha trabajado por ejemplo 25, 23 o 20 años se traslada horizontalmente a una entidad pública siendo que la relación laboral de ese servidor debe computarse como una sola, “arrastraría” ese beneficio convencional a la institución receptora.

Sin embargo, así como no puede existir un enriquecimiento sin causa del funcionario que sea recontratado por el Estado, al no devolver lo correspondiente el auxilio de cesantía, tampoco el Estado podría apropiarse del monto diferencial entre los 8 años que reconoce el artículo 29 del Código de Trabajo y los 25 años que regula la Convención Colectiva del CNP.

De las consideraciones de hecho y de derecho expuestas podemos concluir que bajo la Teoría del Estado como Patrono Único, el CNP debe cancelar al trabajador movilizado horizontalmente producto del proceso de reestructuración que atraviesa el pago de la indemnización diferencial entre los 25 años que regula la Convención Colectiva y los 8 años que indica el Código Laboral trasladando lo correspondiente a los 8 años de auxilio de cesantía a la entidad respectiva.

El monto diferencial a cancelar lo es a título de indemnización producto de un uso abusivo del ius variando, por parte de la Administración al obligar al funcionario a acogerse a una movilidad horizontal que no se daría si dicho proceso no existiera.

Un elemento adicional y de gran envergadura que debe evaluarse con sumo cuidado es la posible existencia de un enriquecimiento sin causa de la Administración Pública si se traslada o el trabajador arrastra a su institución receptora, lo correspondiente al diferencial existente entre 8 y 25 años por concepto de auxilio de cesantía que en razón de una norma convencional el trabajador goza, en virtud de una situación jurídica consolidada.”

De previo a pronunciarnos sobre el fondo del asunto, nos permitiremos concretar la consulta efectuada, toda vez que si bien en las solicitudes se nos solicita referirnos al tema de las anualidades y el Fondo de Garantías y Jubilaciones, dichos aspectos no fueron analizados en el criterio de la Asesoría Jurídica del Consejo Nacional de Producción, por lo que omitiremos pronunciamiento al respecto, toda vez que sobre estos aspectos se incumpliría el requisito de admisibilidad.

I. SOBRE EL FONDO.

El Consejo Nacional de la Producción solicita el criterio de este Órgano Asesor en torno a la posibilidad de reconocer un pago parcial del auxilio de cesantía, a título de indemnización, a los trabajadores que se trasladen horizontalmente del CNP a otras entidades del sector público, sustentándose en las siguientes ideas:

- Que la norma convencional establece un derecho adquirido en cuanto al pago del auxilio de cesantía, y una situación jurídica consolidada en torno a la posibilidad de que el pago del auxilio de cesantía se realice con un tope de 25 años.
- Que el traslado horizontal del trabajador en estas condiciones constituye un uso abusivo del ius variandi, pues se varían las condiciones de trabajo sin que el trabajador esté de acuerdo con este movimiento.
- Que podría constituir un enriquecimiento sin causa de la Administración el que no se cancele al trabajador la diferencia de cesantía entre lo establecido por la cláusula convencional y lo establecido por el Código de Trabajo.

Esta Procuraduría no comparte los criterios expuestos por la Asesoría Jurídica del Consejo Nacional de Producción, en atención a que la cláusula convencional no contiene un derecho adquirido ni una situación jurídica consolidada, sino una simple expectativa de derecho.

Como lo señalamos en el dictamen C-266-2007 del 9 de julio del 2007, en el cual se contestó la misma consulta que ahora se realiza, la cesantía es una indemnización por el rompimiento de la relación de trabajo por causas imputables al patrono, por lo que, el derecho surge hasta el momento en que se da efectivamente este rompimiento de la relación de empleo. Al respecto, indicamos:

“En este sentido, debemos recordar que el auxilio de cesantía es una indemnización que surge a favor de los trabajadores cuando existe un despido injustificado o cuando finaliza la relación laboral, debido a alguna causa no imputable al empleado. Tiene por finalidad que el trabajador y su familia puedan hacerle frente a la situación de desempleo involuntario.

La Constitución Política tutela la figura del auxilio de cesantía en el artículo 63, el cual encuentra su desarrollo legal en el artículo 29 del Código de Trabajo. Señalan los artículos en cometario:

Artículo 63: “Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación”.

Artículo 29: “ Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por despido justificado, o algunas de las causas previstas en el artículo 83 u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas...”

Como lo señalamos, el auxilio de cesantía es una expectativa de derecho, debido a que no puede considerarse un derecho definitivamente incorporado en el patrimonio sino hasta el momento en que se da el rompimiento de la relación laboral. Mientras este hecho no ocurra, ningún trabajador puede pretender tener derecho a ella. Sobre este punto la Sala Constitucional ha dicho:

“Es una expectativa de derecho, en el sentido de que sólo tiene acceso al mismo, quien ha sido despedido sin justa causa, el que se vea obligado a romper su contrato de trabajo por causas imputables al empleador, aquél que se pensione o que se jubile, el que fallezca o, en caso de quiebra o insolvencia del empleador; no reconociéndose suma alguna en caso de renuncia o de despido justificado; siempre salvo norma interna o pacto en contrario”. (Sala Constitucional, resolución número 8232-2000 de las quince horas cuatro minutos del 19 de setiembre del año 2000)

Incluso recientemente ese Tribunal Constitucional consideró contrario al derecho de la constitución el que se estableciera una cláusula en una convención colectiva en la cual se permitiera el pago del auxilio de cesantía cuando no existiera una justa causa para ello. Al respecto se indicó, en lo que interesa:

“Por otro lado, tampoco se encuentra justificación alguna para lo dispuesto en el inciso c) del artículo 161, en el tanto se permite el pago del auxilio de cesantía aun en los casos de despido con justa causa. Tal como lo dispone el numeral 63 constitucional ya comentado, la indemnización está prevista para los casos de despido sin justa causa, pues es una consecuencia lógica del rompimiento del contrato de trabajo por decisión unilateral del patrono. Sin embargo, en aquellos casos donde el rompimiento del contrato de trabajo obedece a una causa imputable al trabajador, no se justifica el pago del auxilio de cesantía, pues no existe una causa que lo legitime.” (Sala Constitucional, resolución número 17437-2006 de las diecinueve horas treinta y cinco minutos del veintinueve de noviembre de dos mil seis, el subrayado no es del original)

A partir de lo expuesto, es claro que no se podría reconocer derecho alguno al pago del auxilio de cesantía a un funcionario cuya relación de empleo continúa, toda vez que el derecho surge únicamente cuanto la relación de empleo ha terminado por causas no imputables al empleado .” (el subrayado no corresponde con el original)

Bajo esta misma línea de pensamiento, podemos señalar que en el caso de los trabajadores del Consejo Nacional de Producción trasladados horizontalmente, la cesantía no constituye ni un derecho adquirido ni una situación jurídica consolidada.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido algunos parámetros para la determinación de la existencia de derechos adquiridos y de situaciones jurídicas consolidadas, en aquellos casos en que se da una modificación en la normativa aplicable a una determinada relación laboral. Así, para el caso de la modificación de un artículo del Estatuto de Servicio Civil que establecía la posibilidad de reconocer un auxilio por enfermedad mayor al establecido para el común de los trabajadores a los educadores, dicha Sala señaló:

“Los conceptos de “derecho adquirido” y “situación jurídica consolidada” aparecen estrechamente relacionados en la doctrina constitucionalista. Es dable afirmar que, en términos generales, el primero denota a aquella circunstancia consumada en la que una cosa –material o inmaterial, trátase de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente– ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la “situación jurídica consolidada” representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún. Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que –por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado– haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo «sí..., entonces...»; vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la “situación jurídica consolidada” implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado. En ambos casos (derecho adquirido o situación jurídica consolidada), el ordenamiento protege –tornándola intangible– la situación de quien obtuvo el derecho o disfruta de la situación, por razones de equidad y de certeza jurídica. En este caso, la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley se traduce en la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento no puede tener la consecuencia de sustraer el bien o el derecho ya adquirido del patrimonio de la persona, o de provocar que si se había dado el presupuesto fáctico con anterioridad a la reforma legal, ya no surja la consecuencia (provechosa, se entiende) que el interesado esperaba de la situación jurídica consolidada. Ahora bien, específicamente en punto a ésta última, se ha entendido también que nadie tiene un “derecho a la inmutabilidad del ordenamiento”, es decir, a que las reglas nunca cambien. Por eso, el precepto constitucional no consiste en que, una vez nacida a la vida jurídica, la regla que conecta el hecho con el efecto no pueda ser modificada o incluso suprimida por una norma posterior; lo que significa

es que –como se explicó– si se ha producido el supuesto condicionante, una reforma legal que cambie o elimine la regla no podrá tener la virtud de impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la norma anterior. Esto es así porque, se dijo, lo relevante es que el estado de cosas de que gozaba la persona ya estaba definido en cuanto a sus elementos y a sus efectos, aunque éstos todavía se estén produciendo o, incluso, no hayan comenzado a producirse. De este modo, a lo que la persona tiene derecho es a la consecuencia, no a la regla....

1. La protección de los derechos adquiridos significa, en este caso, que no obstante la eliminación de las normas, todos los montos recibidos hasta entonces por concepto de auxilio, deben estimarse irrepetibles . En la medida en que habían ingresado definitivamente al patrimonio de los interesados con anterioridad a la reforma legal, resultaría absurdo –e inconstitucional– pretender que deban ser devueltos, o cosa semejante. Y,

2. La tutela de las situaciones jurídicas consolidadas implica que, si bien los interesados no podían pretender que las normas en cuestión (y, con ellas, la regla que creaban) no pudiesen ser nunca más objeto de reforma o incluso, como ocurrió, de derogatoria, sí tenían derecho a esperar que, respecto de ellos mismos y de todas las demás personas que estuviesen sometidas al mismo estado de cosas, se produjese o produzca la consecuencia que anticipaban. Ese estado de cosas estaba caracterizado por la regla que conectaba causalmente su situación fáctica (enfermedad incapacitante) con el efecto previsto en la ley (el disfrute, hasta por lapso indefinido, de una licencia y el pago del auxilio pecuniario correspondiente). El hecho de que la regla haya desaparecido –cosa que el legislador tiene potestad indudable para hacer– no puede tener la virtud de producir que para ellos ya no surja la consecuencia a la que ya tenían derecho. Esto sólo podría ocurrir, ex nunc , para quienes, a la fecha de la reforma legal, no hubiesen adquirido ese título. “ (Sala Constitucional, resolución número 2765-1997 de las quince horas con tres minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete. El subrayado no es original)

Aplicando los criterios anteriores al caso concreto, tenemos que el auxilio de cesantía establecido en la convención colectiva sólo podrá ser considerado un derecho adquirido para aquellos trabajadores del Consejo Nacional de Producción a quienes se les ha cancelado el rubro de cesantía durante la vigencia de la convención, con motivo del cese de la relación laboral. Es decir, sólo podemos considerar que existe un derecho adquirido para aquellos trabajadores para quienes la indemnización por despido ingresó a su patrimonio y que, por lo tanto, no estarían obligados a devolver el dinero recibido ante un cambio en la norma convencional, salvo, claro está, en aquellos supuestos en que se reingrese al servicio del Estado, por disposición del artículo 586 del Código de Trabajo.

Por otra parte, tampoco estamos en presencia de una situación jurídica consolidada. Tal y como lo explicó la Sala Constitucional en la sentencia transcrita, la situación jurídica consolidada surge cuando ha sido reconocida por una norma jurídica o por una sentencia que declare tal existencia, y “ *que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado).*”

En el caso del auxilio de cesantía, el presupuesto fáctico que condiciona el pago del rubro, es precisamente la condición de cesante, es decir, la existencia de una ruptura en la relación laboral que es la que hace surgir el derecho a una indemnización por despido, que constituye el efecto condicionado de la norma. Así, para que en el presente caso estemos ante una situación jurídica consolidada, necesariamente tendrá que haber ocurrido un cese en la relación laboral que de origen a la indemnización por despido o cesantía, para que podamos admitir que, aún cuando no se ha dado efectivamente el pago del auxilio de cesantía, el trabajador tendrá derecho a este pago.

Evidentemente, en el caso de los traslados horizontales el rompimiento de la relación laboral no ocurre, por lo que no se da el presupuesto fáctico necesario para estar ante una situación jurídica consolidada.

En cuanto al segundo argumento indicado por el Consejo Nacional de Producción, tampoco estamos en presencia de un uso abusivo del ius variandi. Recordemos que con la locución “ius variandi” se reconoce al patrono la facultad de modificar unilateralmente el contrato de trabajo, modificación que tiene límites ya que no puede implicar una modificación sustancial a las condiciones de trabajo que afecten los derechos del trabajador.

Para el caso de los traslados de los funcionarios y empleados públicos, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado que el mismo resulta posible, siempre que el traslado no implique un uso abusivo del ius variandi, abuso que puede ser determinado en aquellos casos en que el traslado implique un deterioro de los derechos laborales como lo podría ser una disminución salarial. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado:

[E] "ius variandi abusivo", es decir, variaciones en las condiciones laborales abierta y claramente arbitrarias, por lo se hace necesario determinar si la decisión implica una modificación sustancial de las circunstancias de tiempo y lugar en que se desempeña el interesado, una degradación en sus funciones o bien, un rebajo sustancial del salario devengado, pues en esos casos se lesionaría en perjuicio del servidor el derecho a la estabilidad laboral. También ha sostenido esta Sala que cuando el servidor está en desacuerdo con la adopción de la medida, el traslado se convierte en forzoso y, por consiguiente, su ejercicio debe ser de carácter excepcional, en circunstancias necesarias. Así, debe realizarse con apego al principio de la buena fe, en el marco de la relación estatutaria y colocando en un justo equilibrio el interés público, que debe motivar el traslado, y los derechos del trabajador. De manera que el traslado no puede utilizarse como mecanismo sustitutivo de una sanción disciplinaria. Tampoco resulta permisible aplicarlo como una especie de medida precautoria entretanto se realiza un procedimiento de investigación administrativa. En fin, debe aplicarse el traslado cuando exista una justificada necesidad del patrono, sin detrimento de los derechos laborales del funcionario. Dentro de este contexto debe cumplirse con el principio fundamental del debido proceso, otorgando la audiencia al sujeto que sufrirá el traslado y deberá la Administración plasmar claramente los motivos del traslado, las funciones que deberá realizar, la oficina que atenderá, todo ello **sin menoscabo de sus derechos laborales adquiridos, tales como puesto, salario y similares**. La audiencia le permitirá al interesado manifestar lo que considere pertinente sobre el traslado y, en consecuencia, que se pueda ponderar el eventual perjuicio que pueda ocasionarle el traslado. Según lo indicado, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala el traslado de un servidor debe reunir los siguientes requisitos: **1)** Debe ser un acto debidamente motivado y comunicado al interesado, de forma que el servidor conozca los motivos concretos o específicos que hacen necesaria tal decisión. **2)** El traslado debe ser comunicado en forma oportuna, lo cual significa que la comunicación de la decisión no debe hacerse en forma intempestiva. Aunque no exista plazo legal establecido para comunicar al servidor su traslado, lo razonable es que ello se efectúe con la mayor anticipación posible, a fin de permitir al trabajador tomar las previsiones que requiera, previo a su traslado. Por otra parte, debe darse como mínimo al servidor la oportunidad de impugnar la medida, si así lo estimare conveniente, antes de que ésta sea ejecutada, dada la evidente dificultad que podría enfrentar el trabajador al tener que abandonar su actual lugar de trabajo para cumplir con una orden de traslado, sin haber tenido la oportunidad de ejercer ante el jerarca actual su derecho de recurrir contra el acto dictado. El requisito de la audiencia previa al traslado debe interpretarse como la oportunidad de que el servidor manifieste su posición ante la medida que se le pretende imponer, para lo cual debe la Administración darle una oportunidad de expresarse respecto a la medida, ya sea antes de que se dicte el acto administrativo correspondiente o, al menos, previo a su ejecución. **3)** Deberá suministrarse al trabajador toda la información relativa al traslado. En consecuencia, debe comunicársele las funciones que se le asignan, si ello implica una modificación en sus condiciones laborales (puesto, salario, horario, etc.), y si es traslado es permanente y definitivo o se trata de una medida temporal. En este último caso, deberá indicarse el tiempo de duración del mismo." (Sala Constitucional, resolución número 14786-2007 de las doce horas venticinco minutos del doce de octubre del dos mil siete, el subrayado y resaltado no corresponden con el original).

Como se desprende de la extensa cita, la Administración Pública tiene como límite para la variación de las condiciones de trabajo, los derechos adquiridos de los trabajadores. En el caso de la cesantía, como lo vimos líneas atrás, el derecho surge hasta el momento en que se da la ruptura de la relación laboral, por lo que el eventual pago mayor que el trabajador pudiera recibir en el CNP bajo el amparo de la Convención Colectiva suscrita, no puede considerarse como un derecho adquirido por parte del funcionario, y por lo tanto, la variación en los regímenes para el pago del eventual auxilio de cesantía, no pueden catalogarse como un uso abusivo del ius variandi, ya que no se estaría modificando un derecho cierto del empleado.

A mayor abundamiento, debe considerarse que la cesantía, al ser una indemnización por despido injustificado, como regla de principio, sólo surge cuando se dan las especiales condiciones bajo las cuales el legislador constitucional y legal lo estableció. Es decir, no es cualquier rompimiento de la relación de empleo la que da lugar al surgimiento de la cesantía, ya que podrían existir supuestos en los cuales no procede el pago de la cesantía, como ocurre cuando el despido es por razones justificadas.

Bajo esta inteligencia, no es cierto que el funcionario del CNP tenga derecho al pago de la eventual cesantía en la forma dispuesta por el convenio colectivo, toda vez que será únicamente en determinados supuestos en los que, acaecido el rompimiento de la relación de empleo, surja además la indemnización por despido o cesantía. Así, no existiría un derecho que el empleador esté violentando con el traslado a otra institución, ya que como lo hemos reiterado, el derecho aún no ha surgido.

Los mismos argumentos no llevan a rechazar el tercer argumento esgrimido por el CNP en torno a la existencia de un enriquecimiento sin causa de la Administración Pública. Como lo indica la Asesoría Jurídica del ente consultante, la devolución de los dineros ordenada por el artículo 586 del Código de Trabajo, tiene su fundamento en la prohibición de un enriquecimiento por parte del trabajador estatal, entendiendo que tal circunstancia ocurre si el empleado recibe una indemnización por su condición de cesante, y posteriormente reingresa al servicio del Estado, perdiendo esa condición de cesante al ser recontratado por el mismo patrono.

Al respecto, en el dictamen C-266-2007 del 9 de julio del 2007, indicamos:

“Aunado a lo anterior, debemos señalar que el servidor que reciba el pago de la indemnización laboral por despido y reingrese a laboral para el Estado, se encuentra obligado por disposición expresa del artículo 586 del Código de Trabajo a devolver los dineros recibidos por concepto de indemnización.

Dispone el inciso b) artículo 586 del Código de Trabajo, en lo que interesa, lo siguiente:

“Los servidores que se acojan a los beneficios de este artículo no podrán ocupar cargos remunerados en ninguna dependencia del Estado, durante un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía. Si dentro de ese lapso llegaren a aceptarlo, quedarán obligados a reintegrar al Tesoro Público las sumas percibidas por ese concepto, deduciendo aquellas que representen los salarios que habrían devengado durante el término que permanecieron cesantes.” (la negrita no es del original)...

Adicionalmente, tanto la jurisprudencia de esta Procuraduría como de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, han señalado que la devolución de la indemnización recibida como auxilio de cesantía tiene por finalidad evitar un enriquecimiento sin causa del funcionario que ha sido recontratado por el Estado.

“Aplicando el marco conceptual que emplea la Sala a este asunto, tenemos que ciertamente lo pretendido por la norma es legítimo, porque ordena al ex servidor empleado nuevamente por el Estado, la devolución de parte de lo percibido por el mismo Estado en su calidad de patrono, por concepto de auxilio de cesantía, en la parte que corresponde al tiempo en que el servidor ya no está cesante, por haber recuperado su condición de asalariado público. De forma que, contrario a lo que afirma el accionante, el mecanismo cuestionado no está prohibido por el artículo 63 constitucional, que lo que prevé es el auxilio de cesantía o indemnización a favor del trabajador despedido, para el período de desocupación. También resulta legítima la norma cuestionada porque es una disposición que integra el Código de Trabajo, que tiene rango legal. En cuanto al examen de idoneidad, la medida dispuesta en el artículo cuestionado resulta apta para alcanzar el objetivo fijado, pues al convertirse el servidor despedido nuevamente en asalariado del Estado, desaparece la justificación de la indemnización por auxilio de cesantía. Véase que el fin de la indemnización es proteger al trabajador cesante como consecuencia del despido injustificado, situación que desaparece cuando se hace acreedor del salario, a cargo del mismo Estado patrono. A lo anterior se agrega que resulta incompatible percibir a cargo del mismo patrono, el monto por salario y a la vez por auxilio de cesantía correspondientes ambos rubros al mismo período. Tal práctica no sólo resultaría desmedida sino que desnaturalizaría el sentido de la indemnización por cesantía, que como se dijo extiende la protección durante el tiempo que efectivamente estuvo cesante el servidor. Debe quedar claro que la norma cuestionada impone únicamente la obligación de reintegrar al Tesoro Público las sumas percibidas por concepto de cesantía, las que no incluyen los salarios que habría devengado durante el término por ese concepto en que sí permaneció cesante, lo que elimina toda amenaza al derecho constitucional a la indemnización por despido sin justa causa. Ahora bien, en el mismo sentido que expresan los informantes, la Sala estima que la norma se ajusta al criterio de necesidad explicado, pues la adopción del mecanismo de devolución de parte de lo percibido por concepto de indemnización evita el enriquecimiento sin causa de una de las partes de la relación, en este caso del servidor público, que al ser contratado nuevamente por el Estado, pierde la condición de cesante y se convierte en

asalariado.“ (Sala Constitucional, resolución 7180-2005 de las quince horas con cuatro minutos del ocho de junio del dos mil cinco, el subrayado no es del original)

Al respecto, debe señalarse que éste Órgano Asesor ha indicado que el criterio antes expuesto resulta de aplicación a los casos en que el monto a cancelar por concepto de auxilio de cesantía esté previsto en una convención colectiva, por lo que no existe un fundamento jurídico para no aplicar el artículo 586 a las relaciones entre el CNP y sus servidores.” (el subrayado es del original)

Es evidente que el argumento no podría ser aplicado en sentido contrario, es decir, pretendiendo indicar que existiría un enriquecimiento sin causa de la Administración Pública por la no entrega de los dineros correspondientes a la cesantía, pues como lo hemos reiterado, no existe ningún derecho de los empleados del Consejo Nacional de Producción, para que se les reconozca el auxilio de cesantía cuando la relación de empleo no ha terminado.

Bajo esta inteligencia, no estaría el CNP obligado a reconocer un pago de cesantía que no ha surgido, y por lo tanto, tampoco estaríamos en presencia de un enriquecimiento injustificado de la Administración Pública, pues no existe una obligación jurídica de pagar.

En este sentido, debemos recordar que la Administración Pública está sujeta al principio de legalidad administrativa, según el cual, *“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella...”* (artículo 11 de la Constitución Política)

Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campos es casi absoluto.” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2001-11944 de las quince horas con cuarenta y nueve minutos del veintiuno de noviembre del dos mil uno.”)

“El artículo once de la Constitución Política consagra el principio de legalidad. Este principio significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el “principio de juridicidad de la Administración”. En este sentido es claro que, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración tiene, no solo el deber sino la obligación, de hacer lo que esté a su alcance para enderezar la situación. Así las cosas, si la Gerencia General del Consejo Nacional de Producción determinó que el acto por el cual se efectuó el nombramiento de los funcionarios estaba viciado, lo correcto era ordenar -como lo hizo-, la apertura de procedimientos administrativos con el fin de averiguar la verdad real de los hechos.” (Sala Constitucional, resolución número 1998-897 de las diecisiete horas con quince minutos del once de febrero de mil novecientos noventa y ocho.)

Por otra parte, el artículo 56 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece una sanción penal para el funcionario público que, *“en representación de la Administración Pública y por cuenta de ella, otorgue o reconozca beneficios patrimoniales derivados de la relación de servicio, con infracción del ordenamiento jurídico aplicable.”*

De conformidad con lo expuesto, esta Procuraduría General de la República reitera que no es posible el pago parcial del auxilio de cesantía a los trabajadores de Consejo Nacional de Producción que se trasladen a laborar para otras entidades públicas, con lo que se reitera lo expresado en el pronunciamiento C-226-2007 del 9 de julio del 2007.

II. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo expuesto, esta Procuraduría General de la República reitera que no es posible el pago parcial del auxilio de cesantía a los trabajadores de Consejo Nacional de Producción que se trasladen a laborar para otras entidades públicas, con lo que se reitera lo expresado en el pronunciamiento C-226-2007 del 9 de julio del 2007

Atentamente,

Grettel Rodríguez Fernández

Procuradora Adjunta

c. Sr. Javier Flores Salazar, Ministro de Agricultura y Ganadería