



Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 27 de enero del 2012. N° 01

Dictamen : 100 del 04/04/2008

C-100-2008

4 abril, 2008

Señor

Ronald Vargas Brenes

Director General

Sistema Nacional de Áreas de Conservación

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, damos respuesta a su oficio SINAC-DG-080, del 14 de enero de 2008, recibido en esta Procuraduría el 21 de ese mes, por medio del cual nos plantea las siguientes consultas:

“ 1. El personal pagado por una fuente de financiamiento específica, como una fundación o una organización no gubernamental, que realiza gestiones públicas, al amparo de las atribuciones y competencias encomendadas por ley a la Administración Pública, pueden ser considerados como funcionarios públicos, cuando éstos ejecutan potestades de imperio.

2. En caso de que el personal en mención le corresponda la denominación de funcionario público, es criterio de esta Dirección que las atribuciones y competencias que le asigne esta denominación, deben regir durante el tiempo que el personal contratado brinde servicios a la Administración Pública.

3. A raíz de la acción de inconstitucionalidad [sobre la cual se pronunció nuestro Tribunal Constitucional mediante su resolución n.º 2007-7137 de las 16:47 horas de 23 de mayo de 2007] se procedió a la creación de puestos contratados anteriormente al amparo de la Ley 7111, dentro del Régimen del Servicio Civil. Ante esta situación es importante conocer si al personal que se traslada a este nuevo régimen, le corresponde lo que establece el artículo 11 del Reglamento del Estatuto del Servicio Civil.

4.-

Finalmente se requiere tener claridad si el personal que se traslada al Régimen del Servicio Civil, se le puede reconocer la continuidad de la relación laboral, y cómo debe procederse en el caso de que haya mediado pago de prestaciones por parte de la organización no gubernamental que lo contrató con anterioridad”.

La Asesoría Legal Interna del SINAC, en su oficio SINAC-AL-002 del 10 de enero de 2008 (del cual se nos remitió copia) se pronunció sobre las consultas transcritas, señalando lo siguiente:

“...independientemente de la fuente de financiamiento (sic) por la que sea pagado el personal para desempeñar la función (en este sentido aclaro que la función como tal no tiene diferencia alguna, es decir, que puede ser tanto meramente administrativa o de control y protección como sucede con los servidores que las realizan dentro de las áreas silvestres protegidas de las diferentes Áreas de Conservación a nivel nacional), realiza la función pública como tal, y ello, implica las responsabilidades y obligaciones para las cuales fueron contratados. (...) De tal manera que la condición de funcionario público se mantiene durante todo el periodo que estuvo prestando el servicio para la Administración Pública. (...) Por lo anterior, queda claro que si los puestos están siendo sujetos al régimen de servicio civil y debidamente aprobados por la Autoridad Presupuestaria, debe gestionarse el proceso de idoneidad establecido en el artículo 11 del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil, con el fin de normalizar y formalizar la relación de servicio.

No obstante, aclaro que bajo el marco de interpretación y los pronunciamientos emitidos, el proceso de idoneidad requiere de un requisito fundamental, y es que quien esté desempeñando el puesto tenga como mínimo dos años ininterrumpidos de prestar el servicio al Estado; el mismo Reglamento es claro en que dicho servicio es al Estado, independientemente del o los puestos que haya desempeñado durante dicho periodo”.

Seguidamente, procederemos a dar respuesta a las interrogantes planteadas, con excepción de la n.º 2, debido a que su redacción no es clara, lo que impide conocer qué se quiso consultar.

1. ANTECEDENTES DE ESTA PROCURADURÍA Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA RELACIONADOS CON EL TEMA

Tanto la Contraloría General de la República, como esta Procuraduría, han sostenido, en su jurisprudencia administrativa, que no es correcto contratar personal a través de organismos o figuras de carácter privado, para la ejecución de funciones públicas, encomendadas por ley a la Administración Pública. Ello violenta los principios constitucionales de legalidad, igualdad, idoneidad del funcionario público y estabilidad funcional, contenidos en los artículos 11, 33, 191 y 192 de nuestra Carta Magna, sin considerar otras infracciones constitucionales y legales que podrían derivarse del caso concreto.

Así, en nuestros dictámenes C-168-2006 del 2 de mayo de 2006, C-111-2007 del 11 de abril de 2007, C-117-2007 del 13 de abril de 2007, C-141-2007 del 7 de mayo de 2007 y C-352-2007 del 2 de octubre de 2007, entre otros, hemos indicado que no existe justificación para que quienes ejercen funciones públicas encomendadas por ley a un Ministerio, estén laborando bajo un esquema de empleo privado, excluido del Régimen de Servicio Civil. Esa exclusión –según

indicamos en nuestro dictamen C-168-2006, del 2 de mayo de 2006– es excepcional, por lo que sólo es posible cuando una norma de rango legal o superior, así lo disponga. Ejemplo de ello son los artículos 3, 4 y 5 del Estatuto de Servicio Civil, en los que se enumeran algunos de los puestos excluidos de ese Régimen, dentro de los cuales se encuentra el del auditor interno, el de los funcionarios de elección popular y el de quienes ocupen puestos de confianza personal del Presidente y de los Ministros.

Por su parte, la Contraloría General de la República también ha manifestado que no es procedente que quienes ejerzan funciones públicas laboren bajo esquemas de empleo privado, ni que sean contratados por instituciones de naturaleza privada. Así lo ha indicado en sus informes DFOE-EC-23/2004 del 8 de setiembre del 2004, en relación con el personal de FONABE contratado a través de un fideicomiso; DFOE-AM-38/2004, remitido mediante el oficio 15775 (FOE-AM-0787 de 10 de diciembre de 2004), en relación con el personal contratado por fideicomisos creados por el FONAFIFO, para laborar ejerciendo atribuciones encomendadas a ese órgano; DFOE-AM-47/2005, del 15 de diciembre de 2005; FOE-AM-0122, del 27 de febrero de 2006; y DAGJ-0504-2006, del 15 de marzo de 2006.

En conclusión, tanto la Contraloría, como este Órgano Asesor, han señalado reiteradamente la improcedencia de acudir a instituciones regidas por el derecho privado para nombrar funcionarios públicos, pues ello implica evadir los procedimientos normales de reclutamiento y selección, y propiciar nombramientos irregulares, lo que podría justificar la imposición de sanciones administrativas, civiles, e incluso penales. A mayor abundamiento, puede consultarse nuestro dictamen C-168-2006 antes mencionado.

Ahora bien, mientras se encuentre vigente el artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil (esto es, mientras no sea derogado por el Poder Ejecutivo, o anulado por un órgano jurisdiccional) consideramos que el procedimiento para incluir dentro del Régimen de Servicio Civil a las personas que se encuentren en la situación que hemos venido analizando, es el descrito en esa norma. Para profundizar sobre el tema, pueden consultarse nuestros dictámenes C-168-2006 del 2 de mayo de 2006, C-111-2007 del 11 de abril de 2007, C-117-2007 del 13 de abril de 2007, C-141-2007 del 7 de mayo de 2007 y C-352-2007 del 2 de octubre de 2007). El artículo 11 de referencia dispone lo siguiente:

“Artículo 11.-

Cuando un puesto excluido del Régimen de Servicio Civil, pasare al sistema de méritos que regulan el Estatuto y el presente Reglamento, el servidor que lo estuviera desempeñando podrá adquirir la condición de servidor regular, si a juicio de la Dirección General ha demostrado o demuestra su idoneidad por los procedimientos que esa Dirección General señale, y siempre que tuviera más de dos años de prestar sus servicios ininterrumpidos al Estado. La misma norma se aplicará al servidor sustituto interino, con dos o más años de laborar ininterrumpidamente en el mismo puesto, si éste quedare vacante al vencer la licencia otorgada al titular de la plaza, y siempre que el servidor sustituto, hubiere sido escogido del Registro de Elegibles que lleva la Dirección General.

Se exceptúan de la presente disposición los servidores propiamente docentes, quienes para estos efectos se regularán por lo dispuesto en el capítulo V del título II del Estatuto”.

De la lectura de la norma anterior se colige que la admisión al Régimen de Servicio Civil –aún bajo las circunstancias que prevé el numeral recién transcrito– no es automática, pues sólo pueden ingresar a él quienes cuenten con dos o más años de servicio y demuestren su idoneidad para desempeñar el cargo. Esos dos elementos no excluyentes deben converger para que ese artículo pueda ser aplicado.

Sobre la demostración de la idoneidad como elemento fundamental para la aplicación del artículo reglamentario que hemos venido mencionando, esta Procuraduría, en su dictamen C-168-2006 antes citado, indicó lo siguiente:

“A juicio de este Despacho, la aplicación del artículo 11 del Reglamento al Estatuto a estas circunstancias, no supone necesariamente el ingreso al régimen de personas ineficientes, en primer lugar, porque los interesados deben superar el examen de idoneidad que aplique la propia Dirección General de Servicio Civil; y, en segundo lugar, porque quienes se han mantenido en el puesto, realizando funciones públicas por más de dos años, de alguna manera han debido mostrar eficiencia en el desempeño de esas funciones pues, de lo contrario, no se justificaría su permanencia en el puesto, sobre todo si se toma en cuenta que hasta el momento, el régimen jurídico que se les ha aplicado ha sido el de empleo privado, donde el trabajador carece de estabilidad.

Tampoco podría afirmarse –sin perjuicio de lo que pueda llegar a decidir la Sala Constitucional sobre el tema– que aplicar el artículo 11 del Reglamento al Estatuto en este caso contravenga el artículo 192 constitucional, pues esa norma lo que exige es idoneidad comprobada para el ingreso al régimen, requisito que –aparte de los dos años de servicio– también lo establece el artículo 11 citado.

Cabe indicar que si bien para aplicar el artículo 11 del Reglamento al Estatuto se requiere que la persona interesada haya prestado servicios ininterrumpidos <<al Estado>> por dos años, es lo cierto que quienes han trabajado para el FONABE, aunque hubiesen sido contratados por el fideicomiso, han prestado –desde un punto de vista objetivo– sus servicios al Estado, pues han ejecutado labores públicas encomendadas por ley al FONABE.

Ya esta Procuraduría, en una situación similar, dictaminó que ante la necesidad de que los funcionarios del antiguo CICAD se integraran al Instituto Costarricense sobre Drogas, el mecanismo para incluir a los primeros dentro del Régimen de Servicio Civil era el dispuesto en el artículo 11 del Reglamento al Estatuto (dictamen C-146-2003 del 26 de mayo del 2003). Lo mismo ocurrió al consultárseles respecto al procedimiento para el ingreso al régimen de los servidores del Servicio Fitosanitario del Estado”.

En otro orden de ideas, podría surgir la interrogante de si el artículo 11 de Reglamento al Estatuto del Servicio Civil se refiere al traslado de “puestos” ya creados dentro del sector público, o bien, si aplica en aquellos casos en que las personas trabajan en el sector privado pero realizando funciones públicas encomendadas por ley a la Administración Pública. En el dictamen C-111-2007 del 11 de abril de 2007, al dar respuesta a las consultas que sobre ese tema nos planteó el FONABE, este Órgano Asesor sostuvo lo siguiente:

“Ciertamente, podría pensarse que la norma recién transcrita no es aplicable a la situación en estudio, pues no se trata del traslado al Régimen de Servicio Civil de <<un puesto>> ya creado en el sector público, sino del traslado de uno creado por un fideicomiso. Al respecto, considera esta Procuraduría que el alcance del término <<puesto>> es muy amplio. En el texto original del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil se definía puesto como <<... todo empleo, cargo o destino que requiera el trabajo permanente de una persona>> (artículo 3 inciso i). Partiendo de la amplitud del término, no podría negarse que quienes prestan sus servicios al FONABE de manera permanente, ejerciendo funciones públicas, cuentan con un <<puesto>>, que es precisamente el que debe ser incorporado al Régimen.

De igual forma, si se definiera el puesto –en los términos en que lo hizo en su momento el artículo 24 del decreto n.º 22493 de 2 de setiembre de 1993– como el <<... conjunto de deberes y responsabilidades asignadas por una autoridad competente para que sean atendidos por un funcionario durante la totalidad o una parte de la jornada de trabajo>> o como <<Todo empleo, cargo o destino que requiera el trabajo permanente de una persona>>, igualmente habría que concluir que quienes han venido ejerciendo de manera permanente funciones públicas, encomendadas legalmente a un órgano público como lo es el FONABE, sí ostentan un puesto que debe ser incorporado al Régimen de Servicio Civil.

En todo caso, es evidente que lo ocurrido con el personal del FONABE constituye una situación excepcional, a la que es preciso darle una solución igualmente excepcional. Por ello, aun cuando la figura prevista en el artículo 11 del reglamento al Estatuto de Servicio Civil no hubiese sido concebida específicamente para estos casos, consideramos que es la que mejor se adapta a la situación excepcional que se analiza, sin causar perjuicio excesivo a las personas que han venido ejecutando funciones públicas.”

Cabe apuntar, en todo caso, que la Administración no está obligada a aplicar el artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil a todas las personas que hubiesen sido contratadas por una institución privada para el ejercicio de funciones públicas. Por el contrario, si existen razones para ello (por ejemplo, que se considere que el número de funcionarios con que se cuenta es suficiente para ejercer las competencias que le han sido asignadas) la Administración podría gestionar lo necesario para que ingrese al Régimen solamente la cantidad de personas que sea necesaria. En ese sentido, debe tomarse en cuenta que quienes han ejercido funciones públicas bajo los esquemas que aquí se han venido analizando, sólo adquieren el derecho a la estabilidad en sus puestos cuando se incorporan al Régimen de Servicio Civil.

2. SITUACIÓN DEL PERSONAL SOBRE EL QUE VERSA LA CONSULTA

La gestión que nos ocupa ha sido planteada en términos muy generales, pues alude a servidores contratados “por la Administración Pública”, a través de una “fuente de financiamiento específica, como una fundación u otra organización no gubernamental”. De la lectura de la consulta se desprende que se trata de personal contratado por organizaciones no gubernamentales, a través de convenios efectuados al amparo del artículo 33 inciso 15 de la Ley de Presupuesto Ordinario, Fiscal y por Programas para el año 1989, ley n.º 7111 de 12 de diciembre de 1988; así como del decreto ejecutivo n.º 32825 de 19 de setiembre de 2005. Ambas normativas fueron anuladas por nuestro Tribunal Constitucional mediante su resolución n.º 2007-7137, de las 16:47 horas del 23 de mayo de 2007. Esas disposiciones normativas, que fueron el sustento jurídico de una serie de convenios entre las organizaciones no gubernamentales y el MINAE, indicaban lo siguiente:

“Artículo 33.-

(...) 15. Autorízase al Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas para que concierte convenios de cooperación con organizaciones conservacionistas privadas sin fines de lucro, a fin de que dichas organizaciones contraten personal que labore en las áreas silvestres de los diferentes programas, que para tal efecto lleva a cabo este ministerio. Los gastos por concepto de salarios, cargas sociales y demás responsabilidades patronales, correspondientes a estos nombramientos, corren por cuenta de las organizaciones contratantes. El nuevo personal así contratado, en lo relativo al desempeño de sus funciones, tendrá las mismas obligaciones y atribuciones que rigen para los funcionarios regulares del Ministerio.”

“Artículo 1.-

Las personas contratadas por organizaciones conservacionistas para que laboren en y para las Áreas de Conservación en todo el territorio nacional, **ostentarán el carácter de autoridad de policía** durante el desempeño de sus labores en relación a la protección, vigilancia y conservación de los recursos naturales en las competencias derivadas de la aplicabilidad de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, Forestal y del Servicio de Parques Nacionales, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 7111 inciso 15 artículo 33”. (El resaltado no es del original).

“Artículo 2.-

En el ejercicio de sus funciones las personas a las que se refiere el artículo anterior **podrán detener, transitar, entrar a las áreas silvestres, practicar inspecciones y decomisar dentro de cualquier finca o establecimiento industrial y comercial involucrado, los productos y subproductos de las actividades prohibidas, junto con los implementos utilizados, así como expulsar de las áreas silvestres protegidas y poner a la orden de las autoridades judiciales correspondientes a las personas infractoras de las prohibiciones establecidas en la normativa jurídica vigente.**” (El resaltado no es del original).

Aunque el artículo 1° transcrito del decreto n.° 32825 establece que el personal a que se refiere ostenta el carácter de autoridad de policía, no podríamos interpretar que la consulta únicamente versa sobre ese tipo de personal, en razón de que el artículo 33 de la ley n.° 7111, no restringe el criterio de contratación.

Ahora bien, de la lectura del criterio de la Asesoría Legal del SINAC, podría pensarse que la consulta versa específicamente sobre el personal contratado por la Fundación de Parques Nacionales para la realización de funciones públicas, encomendadas al SINAC o al MINAE; sin embargo, ese elemento adicional no permite una especificación mayor en cuanto a las características del personal sobre el que versa la consulta, en razón de que esa Fundación ha concertado diversos convenios y acuerdos con la Administración Pública, tal y como se desprende del oficio FOE-AM-0524 del 25 de julio de 2006, emitido por la Contraloría General de la República.

Bajo esa perspectiva, contestaremos los puntos en consulta con la misma generalidad con que fueron planteados, haciendo la advertencia de que será preciso que la Administración activa analice cada caso específico, con el fin de determinar si la persona interesada en ingresar al Régimen de Servicio Civil realmente ejercía funciones públicas encomendadas a la Administración.

Partiendo de lo expuesto, debemos señalar que esta Procuraduría reafirma la posición que se sostuvo en los dictámenes reseñados en el apartado anterior. Bajo esa inteligencia, se impone reiterar que quienes hayan sido contratados por una entidad de carácter privado, en tanto hayan realizado y realicen funciones públicas encomendadas por ley a la Administración, pueden ser catalogados como funcionarios públicos, independientemente del origen de los recursos económicos con los cuales les hayan sido cancelados sus salarios. El punto medular en esos casos no es la naturaleza de los fondos (públicos o privados), sino el ejercicio de funciones públicas que le hubiesen sido asignadas a un órgano o ente del Estado. Igualmente, consideramos que el personal que realice funciones de ese tipo, no debe estar fuera del Régimen de Servicio Civil, y que para su ingreso a ese Régimen (en caso de que así se considere necesario), es aplicable el artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil.

A pesar de lo anterior, no podría entenderse que esa condición de funcionarios públicos implica la existencia de una relación de empleo público. En realidad, se les cataloga como "*funcionarios públicos*" por el hecho de haber realizado "*funciones públicas*", pero su relación de empleo debe considerarse regida por las condiciones que se establecieron en los contratos respectivos.

Ahora bien, es importante tener presente que al aplicarse el artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil a situaciones como la que aquí se analiza, podrían presentarse dudas en relación con el reconocimiento de extremos como anualidades, vacaciones, etc. A nuestro juicio, debe analizarse cada tema de forma independiente, a efecto de no conferir beneficios que sean incompatibles con las condiciones bajo las cuales se produjo la prestación de servicios; o bien, para no negar derechos que, bajo esas mismas condiciones, sí podrían ser reconocidos.

Además, es necesario comentar que la denominación de "*funcionario público*" le corresponde al personal en estudio en la medida en que ejecute funciones públicas. Como consecuencia de ello, en el momento en que, por disposición del empleador (la entidad privada que los contrató), o por solicitud del trabajador, se hubiese producido –o se produzca– un cambio en las funciones desempeñadas por éste último, podría perder la posibilidad de ser considerado funcionario público.

Por otra parte, se nos consulta cómo debe procederse en el caso de que haya mediado pago de prestaciones por parte de la organización no gubernamental que contrató a la persona. Al respecto, debemos indicar que el artículo 11 del

Reglamento al Estatuto de Servicio Civil se aplica en aquellos casos en que el interesado se ha mantenido desempeñando funciones públicas de manera ininterrumpida a favor del Estado por al menos dos años. Esa es una condición objetiva para la aplicación del procedimiento de excepción que contiene esa norma. Por consiguiente, si en los dos años inmediatos anteriores a la aplicación del artículo 11 de referencia se ha producido un rompimiento de la relación mediando el pago de prestaciones legales, no podría aplicarse el artículo de cita, precisamente porque no se podría cumplir con el presupuesto objetivo para ello, como lo es, el de haber cumplido con un periodo mínimo de dos años de labor ininterrumpida a favor del Estado, al momento de solicitar el nombramiento como servidor regular.

3. CONCLUSIONES

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría arriba a las siguientes conclusiones:

1. En términos generales, las personas contratadas por entidades de derecho privado (organizaciones no gubernamentales, fundaciones, asociaciones o fideicomisos) que realicen funciones públicas al amparo de atribuciones y competencias encomendadas por ley a la Administración Pública, pueden ser consideradas como funcionarios públicos, por lo que deben estar sometidas a una relación de empleo público, y cubiertas por el Régimen de Servicio Civil.

2. Las personas a que se refiere el punto anterior, deben ser catalogadas como funcionarios públicos desde el momento en que iniciaron el ejercicio de funciones públicas, y en el tanto las sigan ejecutando.

3. El mecanismo para incluir a ese personal dentro del Régimen de Servicio Civil, es el previsto en el artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil.

4. Las consecuencias laborales del reconocimiento de la continuidad de la relación respecto a temas como anualidades, vacaciones, etc., deben analizarse, para cada tema, en forma independiente, a efecto de no conferir beneficios que sean incompatibles con las condiciones bajo las cuales se desarrolló la relación; o bien, para no negar derechos que bajo esas mismas condiciones sí deberían ser reconocidos.

5. Si en los dos años inmediatos anteriores a la aplicación del artículo 11 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil se produjo un rompimiento de la relación que unía a quien venía realizando funciones públicas y al ente que lo contrató, mediando el pago de prestaciones legales, no podría aplicarse el artículo de cita, precisamente porque no se podría cumplir con el requisito de haber acumulado un periodo mínimo de dos años de labor ininterrumpida a favor del Estado al momento de solicitar el nombramiento como servidor regular.

Del señor Director General del Sistema Nacional de Áreas de Conservación , atentos se suscriben;

MSc. Julio Mesén Montoya

Procurador de Hacienda

Msc. Irene Bolaños Salas

Abogada de Procuraduría

JCMM/IBS/Kjm