



## Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 25 de mayo del 2012. Nº 5

**Dictamen : 142 del 05/05/2008**

**C-142-2008**

**5 de mayo, 2008**

**Licenciado**

**Alfonso Vargas D.**

**Auditor Interno**

**Federación Municipal Regional del Este (FEDEMUR)**

**Estimado señor:**

Con la aprobación de la señora Procuradora General, nos referimos a su Oficio N° OAIF 032/2008 del 30 de enero de 2008, por medio del cual solicita emitir criterio sobre el despido de funcionarios públicos que se encuentran disfrutando de un permiso sin goce de salario. Específicamente, se solicita emitir pronunciamiento sobre los siguientes aspectos:

- 1. ¿Es procedente que un funcionario público que haya solicitado un permiso sin goce de salario conforme lo señalado en el artículo 145 del Código Municipal sea despedido antes de vencer dicho permiso?*
- 2. Con respecto a la pregunta anterior ¿Tiene derecho el funcionario público a recibir liquidación laboral correspondiente dada dicha situación, partiendo del hecho que son fondos públicos?*
- 3. ¿Si el funcionario público, dada esta situación, fuera recontratado en el sector público, estaría en la obligación de devolver el monto recibido por concepto de liquidación laboral?*

## I. SOBRE LOS PERMISOS SIN GOCE DE SALARIO

Este Órgano Asesor se ha referido en reiteradas ocasiones al tema de los permisos y licencias sin goce de salario, señalando como nota característica de este instituto el que se trata de una suspensión en la relación de empleo donde únicamente debe considerarse como suspendido 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.

Sobre este instituto, este Órgano Asesor recientemente se ha pronunciado al respecto mediante el Dictamen C-78-2008, el cual señala:

“IV.-

*Permisos y licencias: derechos laborales de los servidores públicos.*

*Según referimos en el dictamen C-166-2006 de 26 de abril de 2006, la relación de servicio del funcionario o empleado público con la Administración puede experimentar diversas vicisitudes a lo largo de su existencia. Normalmente durante el servicio activo pueden darse otras situaciones o estados transitorios que no obstan incluso breves cesaciones del ejercicio del puesto, sin que aquella relación se extinga, tales como las vacaciones, permisos y licencias, que por demás constituyen típicos derechos laborales dentro del régimen de la función pública, que la ley -en nuestro caso el Estatuto de Servicio Civil establece de forma general y que se desarrollan y concretizan por múltiples normas jurídicas de muy diverso rango y competencia (leyes especiales, reglamentaciones internas, convenciones colectivas), coexistentes todas en nuestro medio; esto último por la innegable heterogeneidad y dispersión aún imperante en la regulación del empleo público.*

*Para la presente consulta interesan especialmente los permisos y licencias a favor de servidores y empleados públicos. Para comenzar entonces, conviene hacer una clara y concisa diferenciación conceptual entre estos dos institutos jurídicos.*

*En términos muy generales, si bien los permisos y las licencias son interrupciones de la actividad laboral o profesional de los trabajadores en general, su elemento diferenciador es el lapso por el cual se conceden; siendo breves los permisos y de mayor duración las licencias. No puede obviarse también que por lo general ambas pueden tener sustento normativo en causales distintas dispersas en la normativa vigente e igualmente pueden ser o no remuneradas o retribuidas.*

*Hemos afirmado que 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, etc., con apego a principios de justicia, conveniencia y objetividad (Dictamen C-396-2005 de 15 de noviembre de 2005).”*

*Asimismo, ya desde tiempo atrás habíamos hecho referencia al tema en los siguientes términos:*

*“En relación con el tema consultado, se tiene que en virtud de los artículos 37, inciso c) del Estatuto de Servicio Civil y 33 inciso c), aparte 5) de su Reglamento es posible el otorgamiento de un permiso sin goce de salario a aquel servidor que ocupa un cargo bajo el régimen estatutario de cita, para ocupar otro de carácter de confianza, en cualquier lugar de la Administración Pública en forma temporal, siempre y cuando cuente con la autorización de los órganos administrativos respectivos, según lo ordena la normativa de referencia; a saber, el Ministro o funcionario autorizado, con la aprobación respectiva de la Dirección General del Servicio Civil.*

*En lo que interesa, los ordinales indicados dicen:*

*"Artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil: Los servidores del Poder Ejecutivo protegidos por esta ley gozarán de los siguientes permisos:*

*(a,b,)*

*c) Podrán disfrutar de licencia, ocasional de excepción con goce de salarios o sin él, según lo establecerá el reglamento de esta ley: (...)*

*Artículo 33 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil: Podrán disfrutar de licencia ocasional de excepción, de conformidad con los requisitos y formalidades que en cada dependencia establezca el Reglamento de Servicio, en las circunstancias que a continuación se indican: (a,b)*

*c) Las licencias sin goce de salario mayores de un mes podrá concederlas el Ministro ó funcionario autorizado, con autorización previa de la Dirección General, hasta por: (1,2,3,4)*

*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; en los casos de los funcionarios nombrados para desempeñar cargos de confianza en cualquier institución del Estado. El plazo anterior podrá ampliarse hasta por un período igual, cuando subsistan las causas que motivaron la licencia original."*

*(Lo resaltado no es del original)*

*Esta Procuraduría ha hecho alusión a las disposiciones de cita, cuando mediante el Dictamen No. C-155-94 de 13 de octubre de 1994, en lo conducente, señaló:*

*"...Es decir cuando se piden permisos de ese número de años para que funcionarios protegidos por el Régimen del Servicio Civil laboren en otra entidad estatal, los mismos pueden otorgarse, pero con restricción de concederse sin goce de salario. Esta razón explícita obedece obviamente a los límites legales y presupuestarios en que debe desenvolverse la actividad del Estado para la eficiencia y efectividad de los servicios prestados, no causando trastornos en los recursos humanos y materiales de la Institución al autorizar a cualquiera de sus funcionarios una licencia tan amplia, como la prevista en la disposición reglamentaria de referencia."*

111.-

*CONCLUSION: De conformidad con los numerales 37, inciso c) del Estatuto de Servicio Civil y 33 inciso c), aparte 5) de su Reglamento es posible que un servidor público que ostente una plaza en propiedad, pida permiso sin goce de salario para laborar en la misma institución a la que pertenece, desde un puesto de confianza, como asesor del jerarca, a través de un contrato, o de un nuevo puesto, previa autorización de los órganos administrativos competentes para ello. (OJ-074-98 del 3 de setiembre de 1998)"*

De la extensa cita anteriormente señalada es claro que, el permiso sin goce de salario es un beneficio que puede gozar el servidor durante su relación laboral con la Administración, el cual no extingue la relación laboral sino que suspende por voluntad de las partes algunas de las obligaciones derivadas de ella, específicamente en lo relacionado con el efectuar la labor para la cual fue nombrado el funcionario y la correlativa de cancelar el dinero correspondiente al salario.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, debemos advertir que el otorgamiento del permiso o licencia es una facultad y no una obligación del jerarca ya que el mismo puede valorar las circunstancias o motivos que lo fundamentan y así determinar si es posible su concesión, es decir, supone una facultad discrecional de la Administración, que podrá concederlo en la medida en que no se afecte el buen servicio público.

Sobre este punto la Sala Segunda en la resolución N°100 de las diez horas cuarenta minutos del veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y cinco, señaló:

“Cuando un patrono le otorga a su empleado un permiso sin goce de salario, **no se extingue la relación sino que se suspenden por voluntad de las partes las obligaciones derivadas de ella.** Sobre el particular la doctrina ha indicado: “Cualquier trabajador puede pedir licencias por razones estrictamente personales (exámenes, estudios, asistencia a congresos, viajes, etc.) o por razones familiares (enfermedad o muerte de algún pariente próximo, matrimonio de un pariente cercano en otra ciudad, etc.). La variedad de razones posibles, así como la propia índole de ellas, explica que no haya una reglamentación estricta al respecto. Pero generalmente se cobijan bajo la denominación genérica de licencias extraordinarias o de licencias sin goce de sueldo. En algunos países se llaman excedencias. Cada empleador las concede en la medida en que le parezca razonable su motivo y su duración. **Pero en ningún caso determinan el cese del contrato, sino su simple suspensión.**”

(Plá Rodríguez Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2 ° Edición, 1978, p.197)”.

Interesa retomar de la cita anterior, el que las licencias o permisos sin goce de salario no implican la terminación de la relación de empleo, simplemente su suspensión, por lo que las demás obligaciones inherentes al cargo se mantienen.

## II. SOBRE EL FONDO

1. ¿Es procedente que un funcionario público que haya solicitado un permiso sin goce de salario conforme lo señalado en el artículo 145 del Código Municipal sea despedido antes de vencer dicho permiso?

El artículo 73 del Código de Trabajo establece que “ *la suspensión total o parcial de los contratos de trabajo no implica su terminación ni extingue los derechos y obligaciones que emanen de los mismos*” . Sobre los alcances de la suspensión de las relaciones de servicio, resulta interesante transcribir la siguiente resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia:

“III.-

**SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL O DE SERVICIO:** *La suspensión del contrato de trabajo o de servicio implica la paralización temporal de los efectos que despliega dicha relación jurídica, por lo que el legislador previó una serie de situaciones en orden a normar las posibles consecuencias que de dicho estado se derivan. En vista de que el asunto bajo análisis versa sobre una relación de empleo público regulada por el Estatuto de Servicio Civil , al no existir en esa normativa disposición alguna sobre el tema de la suspensión, debe partirse de lo preceptuado en el artículo 51 de dicho estatuto, el cual remite al Código de Trabajo en todos aquellos supuestos en que no exista norma expresa, tanto en esa ley como en su reglamento. Así, el artículo 73 del Código de Trabajo dispone que “la suspensión total o parcial de los contratos de trabajo no implica su terminación ni extingue los derechos y obligaciones que emanen de los mismos. ...” ... Según lo expone Cabanellas, “se ha confundido, frecuentemente, la naturaleza jurídica de la suspensión del contrato de trabajo con los efectos y con las causas que la motivan. La suspensión consiste en la paralización de los efectos del contrato de trabajo en cuanto a la prestación de servicios; y en ocasiones, también, con respecto a la retribución que debe percibir el trabajador. La suspensión puede obedecer a las necesidades del trabajo de las empresas, o a condiciones particulares, relacionadas con el trabajador y que imposibiliten a éste para el cumplimiento de la obligación contraída de prestar sus servicios. De ahí que la suspensión pueda ser impuesta por causas imputables al trabajador o por causas derivadas de la propia empresa. La relación laboral se paraliza hasta que desaparezcan las circunstancias que imposibilitan el cumplimiento de la obligación contractual de realizar el trabajo. No cabe hablar de una suspensión del contrato de trabajo si subsiste esa prestación de servicios.” (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo.*

Compendio de Derecho Laboral. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001, Tomo I, p.715). (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2007-469 de las quince horas diez minutos del veinticinco de julio del dos mil siete, lo resaltado no es del original)

Bajo esta misma línea de pensamiento, la Sala Segunda ha señalado que lo único que se suspende en la relación de empleo es la obligación de realizar el trabajo para el que se fue contratado y la obligación de cancelar el salario convenido, siendo que las demás obligaciones subsisten.

*“De acuerdo con la doctrina, la suspensión del contrato de trabajo se produce cuando sus efectos y obligaciones están paralizados temporalmente y no en forma permanente; a diferencia de la disolución, la cual implica la terminación del vínculo. Guillermo Cabanellas señala: “Si por suspensión se entiende detener o parar algún tiempo una acción u obra, la suspensión del contrato de trabajo es la paralización, durante cierto lapso, del principal efecto del contrato Laboral: la prestación de los servicios” (CABANELLAS (Guillermo) Contrato de Trabajo, Parte General, Volumen III, Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1964, p. 30). ... Sobre el particular, el profesor Américo Plá, citando al laboralista Alonso Olea, señala: “... el contrato de trabajo consiente períodos, a veces largos, de suspensión de efectos en los que el contrato tiene como una vida latente, para reanudar su plena efectividad posteriormente”. Esa frase es plenamente compartida por el primero, quien agrega: “Esta precisión es acertada en cuanto destaca que no es el contrato de trabajo el que se suspende, sino que son sus efectos los que quedan transitoriamente suspendidos. El contrato de trabajo sobrevive: lo que ocurre es que durante cierto tiempo no produce sus efectos principales o, mejor dicho, se suspenden los efectos principales del contrato para ambas partes (la obligación de prestar servicios en el trabajador, la obligación de pagar el salario en el empleador) sin que desaparezcan las restantes obligaciones y efectos. Al contrario, ellas se mantienen potencialmente prontas para que una vez concluida la causa de la suspensión, el contrato recobre su normalidad, renaciendo plenamente el vigor de todas las obligaciones de las partes y recuperando la plenitud de sus consecuencias” (PLA RODRÍGUEZ (Américo) Los Principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1978, Ediciones Depalma, pp. 192-193).(Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2003-516 de las nueve horas treinta minutos del primero de octubre del 2003)*

Como lo indicamos en el apartado anterior, el otorgamiento de un permiso sin goce de salario, no conlleva el rompimiento de la relación de empleo, sino que en la especie lo que opera es una suspensión de ciertas obligaciones derivadas de la relación funcionarial, básicamente el deber del empleado de brindar el trabajo para el que fue contratado y el deber del patrono de pagar un salario. En este sentido, este Órgano Asesor ha señalado que:

*“Normalmente durante el servicio activo pueden darse situaciones administrativas o estados transitorios que no obstan incluso breves cesaciones del ejercicio del puesto, sin que aquella relación se extinga, tales como: las vacaciones, permisos y licencias. Pero otras veces esa situación normal se altera o modifica, sin extinguirse, por diversas causas, ya sea porque el funcionario pasa a ejercer otros cargos y funciones públicas incluso en Administraciones distintas de la propia, ya sea por su propia voluntad o por decisión de la Administración, como es el caso de los traslados, permutas y reubicaciones que la ley –en nuestro caso el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento– establece de forma general y que se desarrollan y concretizan por múltiples normas reglamentarias –de muy diverso rango y competencia– y convencionales coexistentes en nuestro medio; esto último por la innegable heterogeneidad y dispersión imperante en la regulación del empleo público.” (Pronunciamiento C-413-2007 del 19 de noviembre de 2007)*

Bajo este mismo criterio, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que :

*La redacción de la norma, así como el título: "**Las licencias**" dentro del cual se encuentra incluida, confirman que, el permiso sin goce de salario en realidad conlleva una suspensión del contrato de trabajo. Cuando el señor Moya Calvo obtuvo respuesta afirmativa a su solicitud, no finalizó su ligámen con el Ministerio de Planificación, sino que éste se mantuvo suspendido, inalterado, mientras él iniciaba otra relación con el Programa PL-480. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 235 de las nueve horas veinte minutos del veintiuno de octubre de 1993.)*

Ahora bien, si la relación de empleo no ha finalizado por el otorgamiento del permiso sin goce de salario, es claro para este Órgano Asesor que es posible despedir a un funcionario que se encuentre gozando de un permiso sin goce de salario.

Debe considerarse al respecto que, como bien lo apuntamos, los únicos deberes suspendidos con el permiso sin goce de salario, son los originados en la prestación efectiva de las funciones y en el pago del correspondiente salario, siendo que subsisten otros deberes propios de la relación de servicio.

Bajo esta perspectiva, ante la comisión de una falta disciplinaria ocurrida antes del otorgamiento del permiso sin goce de salario, o durante el disfrute del permiso sin goce de salario – por supuesto, en relación con los aspectos no suspendidos del contrato de trabajo-, es posible para la corporación municipal iniciar los procesos disciplinarios correspondientes y, si es del caso, despedir al funcionario municipal, en razón de que la responsabilidad disciplinaria es exigible al funcionario en el tanto subsista la relación de empleo.

Sobre este aspecto, resulta interesante transcribir el dictamen C-082-2008 del pasado 14 de marzo del 2008, en el que señalamos en relación con la responsabilidad disciplinaria y la posibilidad de exigirla a los funcionarios, lo siguiente:

*“Su fundamento (de la responsabilidad disciplinaria) es la relación de sujeción especial que liga a los funcionarios con el Estado, y constituye una garantía de cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario. Sobre ese particular, conviene citar a Gutiérrez Llamazares, quien en comentario a la jurisprudencia española ha escrito:*

*“Responsabilidad disciplinaria (concepto) y potestad disciplinaria: (...) es aquella que se desarrolla en el interior de la relación de servicio y en garantía de cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siendo la especial relación de poder que liga al Estado con los funcionarios públicos la que fundamenta la potestad disciplinaria de la Administración (...).” (GUTIÉRREZ LLAMAZARES, Miguel Angel. Diccionario de Régimen Disciplinario de los Funcionarios. (Análisis jurisprudencial y normativo). Omnia. Barcelona. 2000. P. 1485).*

*Nuestro Tribunal Constitucional ha insistido en que el fundamento de la responsabilidad disciplinaria debe encontrarse en la relación de subordinación entre la Administración Pública y sus servidores. Al respecto, la sentencia n.º 1264-95 de las 15:33 horas del 7 de marzo de 1995, indicó lo siguiente:*

*“El vinculum iuris que se da entre la Administración Pública y el agente o servidor público implica necesariamente una serie de deberes y derechos, de manera que la transgresión a los primeros determina la responsabilidad del empleado, la cual es regulada o disciplinada distintamente por el derecho objetivo según sea la naturaleza jurídica de la responsabilidad. La transgresión a un deber puede ser ocasionada por una acción u omisión, que producen efectos dañosos para la Administración (interna) o para los administrados o terceros extraños a la relación de empleo público (externa), hechos u omisiones que tienen relevancia en cuanto la infracción consiste en el incumplimiento de un deber de la función o del empleo, que en consecuencia causan responsabilidad y su correlativa sanción.”*

***Por regla general, la responsabilidad disciplinaria es exigible en tanto subsista la relación de servicio, salvo que hubiese operado la prescripción. Es decir que mientras se mantenga vigente la relación de servicio – independientemente de si el funcionario ha sido trasladado de un órgano a otro, o de un ministerio a otro– se configura el presupuesto necesario para requerir responsabilidad al funcionario por las irregularidades en que hubiese incurrido. Valga citar nuevamente la sentencia de amparo n.º 1264-1995:***

***“... las sanciones disciplinarias no pueden, jurídicamente, serle impuestas sino durante la existencia de la relación de empleo, es decir, mientras perdure el status de dependencia. De manera que, el poder disciplinario y sus sanciones están condicionados siempre al ejercicio jurídico del empleo público o de la función, por lo que, sin la existencia del vinculum iuris entre la Administración y el agente, las sanciones disciplinarias son inaplicables.”***

Es de interés puntualizar, en todo caso, que la Sala Constitucional, en sentencias posteriores a la recién transcrita, ha afirmado la posibilidad de que los procedimientos administrativos tendientes a acreditar la responsabilidad disciplinaria de un servidor, sobrevivan a la propia relación de servicio, posibilidad que ha sido acogida por esta Procuraduría en el dictamen C-414-2006 del 17 de octubre de 2006. Cabe transcribir, en lo conducente, la sentencia n.º 5424-2002 de las 11:10 horas del 31 de mayo de 2002:

“...en lo que se refiere a la procedencia de continuar con el procedimiento administrativo seguido contra el recurrente, se considera en armonía con la resolución número 622-93 de las 15:48 horas del 8 de febrero de 1993, que: “no es aceptable la tesis de la “falta de interés” para el archivo de los procedimientos disciplinarios, precisamente porque puede darse el caso de que el interesado, que ya se desempeñó interinamente, solicite en el futuro un puesto dentro de la organización judicial, y la única forma válida en que podrían consignarse hechos como esos en su expediente, que se produjeron dentro del período de su nombramiento, es mediante la observancia de las garantías constitucionales que se señalaron. Con base en lo anterior, si de conformidad con lo preceptuado por la Ley, ese Tribunal disciplinario puede localizar a la persona contra la cual se dirige la queja, deberá hacerla de su conocimiento y proceder en la forma que se indicó.” (Sentencia número 622-93 de las 15:48 horas del 8 de febrero de 1993). Es así, como no es procedente el reclamo del promovente a fin de que se archive el expediente, toda vez que lo que se pretende con la medida impugnada, es a efectos de la seguridad jurídica, que se establezca mediante la continuación del procedimiento administrativo la responsabilidad que corresponde por los hechos investigados, para que ante la eventualidad de un posterior nombramiento del funcionario, pueda descontar la sanción administrativa impuesta en dicho procedimiento, siempre en estricto apego de los derechos y principios constitucionalmente establecidos. De tal forma que se garantice la continuidad y el respeto de las disposiciones disciplinarias establecidas, en aras de un mejor funcionamiento de la actividad que compete al Organismo de Investigación Judicial. En consecuencia, debe seguirse el procedimiento administrativo –bajo estricto cumplimiento de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución– de tal forma que culmine éste con el dictado del acto final, siendo inherente al recurrente, en su condición de individuo, su derecho a recurrir dicho acto ante el superior jerárquico, e incluso el de discutir en sede jurisdiccional lo resuelto por el último. En consecuencia, resulta improcedente el recurso de amparo y así debe declararse.”

De este modo, si la Sala ha admitido que la responsabilidad administrativa del funcionario, subsiste fuera del plazo de vigencia de su nombramiento, para efectos de completar las investigaciones disciplinarias en caso de gestionarse su recontractación, la norma impugnada fija el procedimiento que determina las consecuencias dentro de la Administración Pública de un despido sin responsabilidad patronal.” (Ver, en igual sentido, la resolución n.º 9779-2006 de las 11:51 horas del 7 de julio del dos mil seis). (Lo subrayado es nuestro)

Por último, a manera de ejemplo, debe citarse la resolución número 1999-316 de las diez horas treinta minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve, en la cual la Sala Segunda declaró procedente un despido efectuado a un funcionario que tenía suspendidos los efectos del contrato de trabajo por una incapacidad, al considerar que el funcionario violentó los deberes funcionariales durante la suspensión. Al respecto, se señaló:

“El principal efecto de la suspensión del contrato, en estos casos, consiste en el natural y necesario cese de las labores o actividades prestadas por el trabajador. Sin embargo, en **atención al contenido ético del contrato -que siempre subsiste- las partes deben abstenerse de realizar cualquier acto que conlleve una ilegítima lesión a los intereses o a los derechos de la contraparte. Al respecto, debe indicarse, que <sup>2</sup> ¼ durante la suspensión del contrato de trabajo, el trabajador, si bien no tiene que laborar, continúa obligado al cumplimiento de determinadas prestaciones, entre ellas, la de abstenerse de realizar actos que puedan constituir faltas de respeto hacia el empleador o competencia desleal hacia él, o cualquier otra circunstancia que configure un incumplimiento grave a sus deberes <sup>1</sup> ¼ <sup>2</sup>** (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*. Bibliográficas Omeba. Buenos Aires. 1968, Tomo 1., p. 678). Se debe concluir, entonces que, la conducta del trabajador, de laborar en su Consultorio Privado, durante el período en el cual estuvo física y médicamente incapacitado, extendiendo dictámenes para Licencias de Conducir, no fue la debida; pues, con su actuar, quebrantó no solamente la ineludible lealtad hacia la Institución para la cual laboraba, sino también el cardinal principio de la buena fe; que es rector y esencial en todo contrato de trabajo o, como en este caso, de toda relación de servicio; pues, el mismo, exige rectitud, honradez, confianza, lealtad y buen proceder, tanto por parte del patrono como de parte del trabajador. En ese sentido, cabe citar el Voto número 303, de las 10:10 horas, del 26 de noviembre de 1.997, el cual, sobre este tema, señaló: <sup>2</sup> ¼ **Si la prestación de servicios se suspende, debido a la enfermedad del trabajador, es obvio que tanto la buena fe como la confianza derivada del vínculo contractual, lo obligan a abstenerse de realizar aquellas actividades que le**

***impidan una efectiva reincorporación al ambiente laboral, lo que, a su vez conlleva el deber de cumplir todas las indicaciones médicas necesarias para el mejoramiento de su salud ¼ 2. “***

**2. Con respecto a la pregunta anterior ¿Tiene derecho el funcionario público a recibir liquidación laboral correspondiente dada dicha situación, partiendo del hecho que son fondos públicos? 3. ¿Si el funcionario público, dada esta situación, fuera recontratado en el sector público, estaría en la obligación de devolver el monto recibido por concepto de liquidación laboral?**

*El despido es la “rescisión unilateral del contrato de trabajo o relación laboral por parte del empleador, el cual puede ser justificado o injustificado, según sea la causa que motive la acción. (...) El despido es justificado cuando el trabajador incurre en alguna de las faltas establecidas en la ley o reglamentos. Esta modalidad de despido no requiere de ningún aviso previo, pues debe darse en el mismo momento en que se cometió o se conoció la falta y genera para el trabajador la pérdida del auxilio de cesantía y el preaviso. El despido injustificado es aquel que no se ajusta a ninguna de las causales establecidas por la ley para autorizar al patrono a despedir sin responsabilidad patronal. Este despido obedece tan solo a la voluntad unilateral del empleador, quien, por lo tanto, debe otorgar el preaviso que corresponda, según lo dispuesto en el numeral 28 del Código de Trabajo, y cancelar al trabajador el auxilio de cesantía.” [1]*

En el caso de las relaciones de empleo público, en virtud de lo establecido por el artículo 192 de la Constitución Política, es claro que los despidos deben responder a la existencia de una justa causa que motive el cese, ya que los despidos sin justa causa, por disposición de la norma constitucional señalada, únicamente pueden ser acordados por las administraciones públicas “ *en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.*”

En razón de que la consulta no especifica cuál tipo de despido debe considerarse, nos vamos a referir únicamente al supuesto de los despidos sin responsabilidad patronal.

El auxilio de cesantía es la indemnización económica que recibe el trabajador con una relación por tiempo indefinido, cuando la relación de empleo finaliza por despido injustificado o por cualquier otra causa no imputable al empleado.

La cesantía es una expectativa de derecho, ya que el trabajador solo tiene acceso a la misma cuando se da el rompimiento de la relación laboral. 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 de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 8232-2000 de las quince horas y cuatro minutos del diecinueve de setiembre del dos mil)*

En nuestro ordenamiento jurídico, la cesantía se encuentra regulada en el artículo 63 de la Constitución Política y en el artículo 29 del Código de Trabajo. Señalan los artículos en cometerio:



*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 (...)"*

De las normas citadas, es claro que la cesantía desde la perspectiva constitucional es una indemnización que se otorga por los daños causados al trabajador, al quedar desempleado por una causa que no le resulta imputable. Sobre la naturaleza jurídica del auxilio de cesantía, la Sala Constitucional ha señalado que:

*"En cuanto a su naturaleza jurídica, la indemnización por cesantía, es compleja. Se trata de un resarcimiento de los daños causados al trabajador por la decisión patronal mediante la cual se decidió la terminación del contrato, así como la creación de un obstáculo que disuade al patrono de utilizar el despido injustificado, tratándose de mitigar el desempleo. Desde esa doble percepción, se entiende la razón por la que el Constituyente estableció como requisito para el surgimiento del derecho, que el contrato laboral terminara de forma incausada".*

(Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 643-2000 de las catorce horas y treinta minutos del veinte de enero del dos mil)

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, al existir una causa justa que faculta al empleador para dar por terminada la relación de empleo, no se configuran los presupuestos para el reconocimiento del auxilio de cesantía, por lo que el pago de estos extremos laborales resulta improcedente.

Por último, en lo referente a si el funcionario debe devolver los dineros recibidos por concepto de auxilio de cesantía, de conformidad con lo establecido en el artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, es lógico por la respuesta anterior, que tal supuesto es de imposible configuración al no corresponder el pago de esos extremos laborales según lo explicado líneas atrás.

### **III. CONCLUSIONES**

Con base en lo antes expuesto, este Órgano Asesor concluye lo siguiente:

1. El otorgamiento de un permiso sin goce de salario, no conlleva el rompimiento de la relación de empleo, sino que en la especie lo que opera es una suspensión de ciertas obligaciones derivadas de la relación funcional, básicamente el deber del empleado de brindar el trabajo para el que fue contratado y el deber del patrono de pagar un salario.

2. Ante la comisión de una falta disciplinaria ocurrida antes del otorgamiento del permiso sin goce de salario, o durante el disfrute del permiso sin goce de salario – por supuesto, en relación con los aspectos no suspendidos del contrato de trabajo-, es posible para la corporación municipal iniciar los procesos disciplinarios correspondientes y, si es del caso, despedir al funcionario municipal, en razón de que la responsabilidad disciplinaria es exigible al funcionario en el tanto subsista la relación de empleo.

Atentamente,

Grettel Rodríguez Fernández Berta Marín González

Procuradora Adjunta Asistente Profesional Jurídico

GRF/BMG/Kjm

---

[1] VARGAS CHAVARRIA (Eugenio). El Despido (Con Jurisprudencia). 2° Ed., San José costa Rica, Investigaciones Jurídicas S. A, 2007, págs 9-12