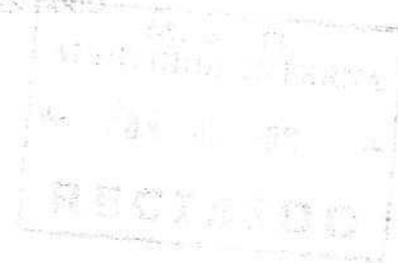




MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA
ASESORIA JURIDICA



San José, 04 julio, 2011
MAG-AJ- 462- 2011

Señor
Mario Molina Bonilla
Auditor Interno
Ministerio de Agricultura y Ganadería
Presente

Estimado señor:

En relación con su consulta sobre la aplicación del artículo 4 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil a los puestos que legalmente no estuvieran excluido o debieron haberlo estado antes de la promulgación de la Ley N° 7767, me permito manifestarle el criterio de esta Asesoría Jurídica:

Dispone el artículo 4 del Estatuto de Servicio Civil en lo que interesa:

“Artículo 4º.- Se considerará que sirven cargos de confianza:

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

Esta norma fue adicionada mediante un Transitorio por medio de la Ley N° 7767 del 24 de abril de 1998, indicando que:

“ Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen en propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza.”

Esta modificación al inciso señalado tiene como antecedente legislativo la necesidad de que el Gobierno que está en el poder pueda desarrollar su proyecto político y para ello amerita que estos cargos que deben ser del más alto nivel de dirección, sean ocupados por personas de su confianza.

Esta posición fue sustentada en la Exposición de Motivos de la Ley N° 7767 justificando su necesidad en que

“...los jerarcas ministeriales pudieran contar con funcionarios, ubicados en los más altos niveles de dirección, que se conviertan en sus estrechos colaboradores, con el propósito de cumplir con los proyectos políticos que cada gobierno pretenda impulsar y ejecutar en los diferentes campos de acción de sus Ministerios...”

Con este sustento es posible determinar cuáles cargos de los ubicados en los niveles superiores, son los que deben quedar excluidos del Régimen de Méritos; a dicho en este sentido la Procuraduría General de la República que

“...Otra argumentación, que tampoco debe dejarse de lado, es que en el texto legal se hace referencia expresamente a los "cargos" (de directores y directores generales); o sea, a "...la nomenclatura interna con la que en una institución se conoce a cada uno de sus puestos", que es la definición que el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil da sobre lo que es un "cargo". Con el uso de ese concepto, queda entonces descartada la posibilidad de que en el texto legal en análisis se haya hecho referencia a lo que son en sí los puestos de "Directores" y "Directores Generales" comprendidos en el Manual Descriptivo de Puestos del Servicio Civil...” (Dictamen N° 196-98, 051-07)

Otro punto fundamental para determinar cuáles son estos puestos de confianza, se refiere a que los titulares de los cargos adicionados al artículo 4 del Estatuto, deben estar directamente subordinados a los ministros o viceministros del ramo de que se trate, según lo ha dispuesto claramente la Procuraduría General de la República (Dictamen 196-98; 051-07).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Dirección Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil, al decir:

“... la norma en estudio sí contiene un muy importante criterio interpretativo, cuando establece que dichos cargos deben depender –directa e inmediatamente especificaríamos nosotros conforme al espíritu de la ley– de la autoridad del respectivo ministro o viceministro según sea el caso, y esto creemos que es como consecuencia de la índole jerárquica o por otra potestad legalmente establecida, lo cual nos brinda una clara idea del fin teológico de la norma, cual es que los puestos de la más alta jerarquía dentro de la estructura orgánica del ministerio, incluyendo a los máximos jerarcas de las oficinas desconcentradas, descentralizadas o adscritas y que son los responsables directos ante el Ministro o Viceministro, sean de confianza y no de

carrera como habían venido siendo anteriormente". (AJ-353-98, AJ-262-2000 y el AJ-492-2001).

En lo que respecta a la idoneidad para desempeñar el cargo, señaló la Procuraduría que

"...Al respecto, considera esta Procuraduría que cuando la norma legal expresa: "...queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico", lo que se tuvo en mente fue mantener a futuro -cuando esos cargos sean ocupados por otras personas- la exigencia de los requisitos ya fijados en el Manual Descriptivo de Puestos; o sea, que con ello se tuvo el cuidado de mantener la exigencia del cumplimiento de ciertos requisitos (más que todo académicos o de experiencia) que garantizan que el titular de esos cargos cuente con los conocimientos que su desempeño demanda. De manera que la intención del legislador debe verse dirigida a impedir que con el cambio de naturaleza del cargo -declarado ahora de confianza, lo que por ende, faculta para el libre nombramiento- se abra la posibilidad de que se nombre a personas en quienes, si bien puede existir un alto grado de confianza, no tienen la suficiente capacidad o preparación para el debido cumplimiento de sus delicadas funciones..." (Dictamen N° 196-98)

Ahora bien, en lo que respecta a la situación de la Secretaria Ejecutiva de Planificación Sectorial, creada mediante la Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria N° 7064, de acuerdo con el artículo 34, tenemos que *".... estará a cargo de un director de nombramiento y remoción del Ministro de Agricultura y Ganadería, previa consulta con los demás miembros del Consejo Nacional Sectorial."*

De conformidad con lo expuesto, cuando se promulgó el Transitorio al artículo 4 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil, el cargo de Director de SEPSA quedó afectado por esa disposición, de tal forma que al quedar vacante el cargo, el procedimiento que se debió haber seguido era solicitar a la Dirección General de Servicio Civil que se declarara el mismo de confianza mediante una resolución razonada y proceder con un nombramiento de confianza y libre remoción, cumplimiento con el requisito de idoneidad técnica para el cargo.

En efecto, la norma contenida en el Transitorio de repetida cita señala en su primera parte una premisa clara que no permite dudas en su interpretación:

"Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen en propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios", ya que se limita a proteger la situación jurídica de los funcionarios que al momento en que se emitió la Ley N° 7767 ocupaban los cargos de directores y directores generales de los Ministerios y demás órganos que se mencionan en el artículo 4 inciso g) del Estatuto, en el tanto tienen el derecho de mantenerse en propiedad hasta que cesen en sus funciones, es una protección a la estabilidad laboral.

El segundo aspecto contemplado en el Transitorio de señalada cita, se refiere propiamente al nombramiento en un cargo que quedó vacante después de la promulgación de la Ley N.º 7767, disponiendo que

“... la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza”,

Esta disposición legal está sujeta a una condición suspensiva para que la norma pueda ser eficaz: estos cargos serán de confianza solo en el momento en que la Dirección General de Servicio Civil así lo declare mediante una resolución, en ese momento pasan a ser de libre nombramiento y remoción, por lo que podrían designarse en ellos a cualquier persona que reúna los requisitos de idoneidad técnica; y, del mismo modo, quien ocupe el cargo podría ser removido en cualquier momento, sin necesidad de demostrar que ha incurrido en causal de despido o que se encuentra en alguno de los casos de excepción en los cuales se autoriza remover con responsabilidad patronal.

Sin embargo, pueden presentarse otras situaciones:

Que al ocurrir una vacante se nombre en el cargo a una persona sin que la Dirección General de Servicio Civil haya declarado la misma de confianza, supuesto en el cual, si se utilizaron para este nombramiento los procedimientos establecidos para el reclutamiento y selección que están normados en el Estatuto y Reglamento de Servicio Civil, ha dicho la Procuraduría General de la República que no podría considerarse que el funcionario pueda catalogarse como “de confianza”, y por ende, que exista la posibilidad de removerlo libremente, pues no se levantó –mediante la resolución que al efecto debe emitir la Dirección General de Servicio Civil– la condición suspensiva prevista en la Ley para que el puesto pasara a ser de confianza.

La otra opción es que el nombramiento se haya llevado a cabo sin sujeción a concurso, libremente, en cuyo caso este acto tendría problemas “*de validez, por haberse aplicado las reglas relativas a un nombramiento de confianza, sin que se hubiese emitido la resolución de la Dirección General de Servicio Civil que ubicara el puesto en esa categoría. Pero aparte de la posible invalidez del nombramiento, y de las consecuencias que de ello podrían generarse, considera este Órgano Asesor que la Administración activa estaría en posibilidad de destituir, también libremente, al titular del cargo, aplicando el principio del paralelismo de las formas...*” (Dictamen N° 051-2007)

Sin embargo, la posición expuesta por en el oficio GESTION-332-2010 del Departamento de Gestión de Recursos Humanos de la Dirección de Servicio Civil, se plantea una posición diferente a la expuesta, ya que, creo entender, que la denegatoria se refiere a que consideran que el cargo de Directora de SEPSA es de confianza por así disponerlo la Ley FODEA, desde su creación en 1987, no por la aplicación del artículo 4 inciso g) y su Transitorio del Estatuto, es decir es un puesto de confianza por así

disponerlo una Ley, sin embargo no se señala en el Oficio de cita cuál sería el procedimiento a seguir bajo este supuesto de creación legal, por lo que me permito recomendar que con el sustento del Departamento de Recursos Humanos del MAG se solicite una ampliación de lo expuesto en este Oficio GESTION-332-2010, ya que sí se indica en éste que el puesto es de confianza, pero que no se puede tomar una plaza del Régimen para ser ocupada en este cargo.

En forma adicional, de más está decir que en resguardo de la Hacienda Pública, el salario es la retribución económica que recibe un funcionario por las responsabilidades, deberes y derechos que del cargo desempeñado se desprenden, por lo que resulta, desde el punto de vista legal improcedente que dos personas desempeñen un mismo cargo; en los supuestos señalados por usted, si a un funcionario se le traslada de un puesto de director a prestar servicios en otra dependencia pública o privada, debe mediar un acto razonado que justifique el beneficio que ello representa para la Institución y en ese lapso de tiempo, las funciones las puede asumir otro funcionario, pero no por ello puede decirse que es titular del cargo, porque éste está siendo ocupado por el propietario, circunstancias que deben quedar establecidas en el acto de traslado temporal, bajo las figuras que disponga el Departamento de Recursos Humanos.

De usted en forma atenta,


Julieta Murillo Zamora

Asesoría Jurídica

