

El empleo público en el marco constitucional: análisis jurisprudencial

Magally Hernández Rodríguez *

Resumen:

En este artículo se ha recopilado, sistematizado y analizado la principal jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de empleo público en Costa Rica. Se examina el marco constitucional del empleo público costarricense, a efectos de comprender los alcances y limitaciones de dicho marco constitucional. Pero además, a efectos de ofrecer una sistematización del parámetro constitucional para el análisis de las normas infraconstitucionales relacionadas con el empleo público.

Palabras clave:

Empleo público. Sector Público. Idoneidad. Estabilidad. Derecho Público. Funcionarios Interinos. Derecho de huelga. Convenciones Colectivas.

* Doctora en Derecho Público (Université de la Sorbonne Nouvelle Paris III, con mención de honor). Doctora en Gobierno y Políticas Públicas (UCR, con mención de honor). Master en Derecho Público (UCR, con mención de honor). Licenciada en Derecho (UCR, con mención de honor). Tercer año de la Carrera de Ciencias Políticas (UCR). Becada del Gobierno Francés y de la UCR durante 2002-2004. Letrada de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desde el 2004 al presente. Profesora Universitaria en la Facultad de Derecho desde 2001 al presente, en grado como en posgrado. Coordinadora de la Maestría en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica desde el 2015 al presente. Asesora Parlamentaria en la Asamblea Legislativa durante 6 años. Conferencista desde el 2001 a nivel nacional e internacional en relación al marco jurídico de las empresas públicas, servicios públicos, gobernabilidad, leyes en materia presupuestaria, trámites administrativos, debido proceso. Varias publicaciones en revistas sobre las empresas estatales, presupuestos públicos y Derecho Administrativo. Varios libros publicados: "Arbitraje Administrativo" 2000, "Fisuras, Desafíos y Mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público" 2007, "Marco jurídico del asociacionismo municipal" 2009, "Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica" 2014.

Résumé:

Dans cet article, la principale jurisprudence de la Cour Constitutionnelle sur l'emploi public au Costa Rica a été compilée, systématisée et analysée. On discute sur le cadre constitutionnel de l'emploi public costaricien, afin de comprendre ses limitations. Mais aussi, afin d'offrir une systématisation du paramètre constitutionnel pour l'analyse des normes infra-constitutionnelles liées à l'emploi public.

Mots clefs:

Emploi public. Secteur publique. Droit Public. Droit de grève. Conventions collectives.

SUMARIO: Introducción. A. Empleo público: régimen único y especial. 1. Régimen especial. 2. Régimen único. 3. Los contratos por servicios profesionales. 4. Los trabajadores de las empresas estatales. B. Características del empleo público: idoneidad y estabilidad. 1. Idoneidad comprobada. 2. Significado de estabilidad (debido proceso en caso de sanción disciplinaria). 3. La “estabilidad impropia” de los funcionarios interinos. C. Convenciones Colectivas y Derecho de Huelga en el sector público. 1. Las convenciones colectivas en el sector público. 2. El derecho de huelga en el sector público. Síntesis Conclusiva. Bibliografía.

Introducción.

El régimen de empleo público en Costa Rica se rige por un cúmulo de normas de Derecho Público, distintas del Derecho común o Derecho privado. De acuerdo a la jerarquía de las normas, se sabe que la Constitución Política se ubica en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, el resto de normas infraconstitucionales deben adecuarse y ser conformes con lo que el Derecho de la Constitución establece. Así entonces, nuestro objetivo con esta pequeña investigación es exponer el marco constitucional del régimen de empleo público en Costa Rica, a efectos de que sirva de referencia para la valoración del resto de normas referidas a la temática.

Procederemos a examinar algunos de los aspectos que han sido tratados por la jurisprudencia constitucional costarricense y que constituyen, en nuestro criterio, los pilares fundamentales en este tema. Lo primero que se impone es precisar los alcances del régimen de empleo público como un marco especial y único (A), las dos características principales que se derivan del propio art.192 Constitucional, a saber, la idoneidad y la estabilidad (B), mencionando dentro de esta última el derecho al debido proceso como requisito para aplicar sanciones disciplinarias. Posteriormente, trataremos el controversial tema de quiénes dentro del sector público pueden celebrar convenciones colectivas y el derecho de huelga en el sector público (C).

A. Régimen de empleo público: ¿especial, único, excepciones?

Sobre la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen especial o estatutario para regular las relaciones de empleo con el Estado, debemos partir

primero de lo que establecen los artículos 191 y 192 de nuestra Constitución Política:

Artículo 191.- Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración.

Artículo 192.- Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.

Ahora bien, de allí se pueden derivar varios aspectos a dilucidar: ese régimen de empleo público es especial (1), es único (2), algunos ejemplos de excepciones (3 y 4).

1. Régimen Especial: ¿contrapuesto al Derecho privado?

Del debate en la Asamblea Nacional Constituyente de los artículos 191 y 192 de la Constitución Política (lo cual se recoge en la Ley General de la Administración Pública, artículos 3, 111 y 112), se concluye que el empleo público en Costa Rica está regulado por un marco jurídico especial, el Derecho Público, con principios propios y en ocasiones hasta contrapuestos al Derecho privado (SCV 1992-001696).

La Sala Constitucional (SCV 2018-00231) ha sido clara en indicar que, nuestros constituyentes originales consignaron en la Constitución Política de 1949, que debía existir ***un régimen laboral administrativo*** que regulara las relaciones entre los servidores públicos y el Estado, a fin de proteger a los primeros de destituciones arbitrarias (estabilidad en el empleo) y de profesionalizar la función pública (búsqueda de la eficiencia en el servicio y de la idoneidad del funcionario).

El objeto de tal cometido fue procurar que la Administración Pública contara con factores organizativos que le permitieran satisfacer el derecho de los ciudadanos al buen funcionamiento de los servicios públicos.

El régimen de servicio civil no es un privilegio corporativo, sino ***una garantía de la imparcialidad institucional***. De ahí que la relación laboral de

empleo público esté sujeta a ciertas especificidades y principios, como los de mérito y capacidad en el acceso, y también a determinadas **normas de derecho público**, como el régimen de incompatibilidades, que garanticen objetividad e imparcialidad en la prestación del servicio público. Tales objetivos quedaron plasmados por el Constituyente. El voto mencionado indica claramente lo siguiente:

Expuesto lo anterior, resulta claro y evidente, que, a partir del año 1949, el ordenamiento jurídico que regula la relación de empleo entre la administración pública y sus servidores en nuestro país, se rige por el derecho público, principio que se reitera en el artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública (ver al efecto, la sentencia No. 1995-3125 de las 16:24 horas del 14 de junio de 1995). Este régimen implica, necesariamente ... que esa relación, por su propia naturaleza, se basa en principios generales propios, no solo distintos a los del derecho laboral (privado), sino incluso muchas veces contrapuestos a estos...

Así, la relación de empleo público que regula a los servidores públicos, es una relación especial de derecho público o estatutaria, que por tal naturaleza jurídica excluye la aplicación del derecho laboral común. Siendo las normas básicas de su regulación constitucional los ordinales 11, 191 y 192 de la Constitución Política. Una de las principales diferencias entre las normas de Derecho público y las de Derecho privado, en cuanto a este tema, está por ejemplo en que, mientras en Derecho laboral opera el principio de libre despido, en el Derecho público del empleo público, más bien el trabajador goza de estabilidad, tal como se detalla más adelante.

En **síntesis**, el régimen jurídico del empleo público en Costa Rica ciertamente es especial, se rige por normas y principios de Derecho público, distintos (y hasta contrapuestas del Derecho privado), y ello es así en virtud de lo establecido por nuestro Constituyente en los artículos 191 y 192 mencionados.

2. Régimen Único: ¿abarca a todos los servidores públicos?

Tal como se vio, el artículo 191 Constitucional comienza indicando: *“Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos...”*. Nótese la palabra “UN”, quiere decir ello que: ¿se trata de UN SOLO régimen?, ¿todos los servidores públicos están incluidos?

De previo a buscar respuesta a estas preguntas en nuestro marco constitucional, resulta indispensable discutir sobre el concepto de servidor público.

a) Sobre el concepto de “servidor público” en la jurisprudencia constitucional.

Lo primero que se debe indicar sobre la precisión del concepto de servidor público es que, nuestra Constitución Política no se ocupa de dar concepto alguno. Así entonces, un acercamiento a una definición debe partir de lo indicado por el legislador y la jurisprudencia constitucional. En cuanto a las leyes, el artículo 111 de la LGAP es el primero que debemos mencionar, el cual indica:

Artículo 111.-

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.
2. A este efecto considéranse equivalentes los términos " funcionario público ", " servidor público " empleado público ", " encargado de servicio público " y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.
3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

De dicha norma se pueden extraer las siguientes **características** de la definición de servidor público:

- Funcionario, servidor y empleado público, son conceptos sinónimos
- El servidor público presta servicios a la Administración Pública y lo hace a nombre y por cuenta de ella.
- De previo a la prestación de servicios debe haber un acto administrativo (válido y eficaz) de investidura.
- Siendo variables: el pago (puede o no, mediar pago), la permanencia (el puesto puede ser permanente o temporal), la representatividad (el cargo puede o no, ser representativo).
- Los servidores de las empresas estatales, que no realizan gestión pública, no se consideran servidores públicos.

Concepto que es complementado con el que se indica en el artículo 2 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito, el cual indica lo siguiente:

Artículo 2º- Servidor público. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.

(...)

Sin embargo, el párrafo segundo de ese artículo *extiende la noción de funcionario público*, incluso, a personas que no son funcionarios públicos desde la perspectiva del Derecho Administrativo, tales como a las personas que laboran para las empresas públicas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes o representantes de personas jurídicas que administren, exploten fondos, bienes o servicios de la administración pública por cualquier título o modalidad, cuando se dice:

... Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.

Ahora bien, a partir de tales conceptos, la Jurisprudencia Constitucional, objeto de este análisis, ha indicado por ejemplo, en el SCV 2017-008043, el cual resuelve una acción de inconstitucionalidad en contra de la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre el concepto de funcionario público:

IV.- NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL BLOQUE DE LEGALIDAD. Para determinar la responsabilidad penal de una persona que es calificado por un tipo penal como funcionario público, necesariamente, es menester remitirse a la noción de funcionario

público que establezca el ordenamiento jurídico y, particularmente, la ley, en aras de respetar y actuar los ya señalados principios de legalidad y tipicidad en materia penal. Sobre este particular, la Ley General de la Administración Pública desde 1978, estableció una definición clara y precisa de funcionario público al preceptuar en su artículo 111 lo siguiente:

“1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.”

Esta concepción de funcionario público, obviamente, no es absoluta, bien puede una ley especial o sectorial determinar una noción más flexible, incluso para fines de ampliar la esfera de responsabilidad administrativa y penal. Así sucedió con la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública de 2004, cuyo artículo 2° amplió la noción de funcionario público al disponer lo siguiente:

“Servidor público. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos

encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión.”

Este precepto de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, como se ve, además, de reiterar los términos de la Ley General de la Administración Pública de 1978, en el párrafo 2° **extiende la noción de funcionario público, incluso, a personas que no son funcionarios públicos desde la perspectiva del Derecho Administrativo**, tales como los apoderados, administradores, gerentes o representantes de personas jurídicas que administren, exploten fondos, bienes o servicios de la administración pública por cualquier título o modalidad. Bien puede, entonces, el legislador ordinario, en el ejercicio de su libertad de configuración, extender la noción de funcionario público a un notario público. Lo que no puede hacerse por vía de interpretación judicial extensiva es extrapolarse la noción de funcionario público al notario público, puesto que, se quebrantan evidente y manifiestamente los principios de legalidad y reserva de ley en materia de delitos, penas y su agravamiento. Tal y como lo ha hecho la pauta jurisprudencial impugnada al aplicar extensivamente la pena agravada del párrafo 2° del artículo 366 del Código Penal, prevista para los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, a los notarios públicos.

De lo cual se desprende que, la Sala Constitucional reitera el concepto de servidor público establecido en la LGAP, indicando por demás que, dicha noción puede ser ampliada por el legislador -no así por el juez-, incluso para fines de ampliar la esfera de responsabilidad administrativa y penal, tal como en efecto lo hizo el legislador en el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley contra la corrupción, mencionada supra.

El voto anterior, resolvió además la cuestión de si un ***notario público*** es o no funcionario público, concluyendo la Sala Constitucional que, si se le paga un salario en una entidad pública, el notario será funcionario público. A contrario sensu, si no recibe salario entonces no puede considerarse al notario como un funcionario público.

Ahora bien, teniendo claro el concepto de servidor público que maneja la jurisprudencia constitucional, se concluye que, el concepto de “*servidor público*”

desde el punto de vista administrativo es más restringido que el concepto de servidor público desde el punto de vista penal. Siendo la pregunta que se impone la siguiente: ¿todos esos servidores públicos están regidos por el mismo único Estatuto de Servicio Civil? La normativa infraconstitucional, amparada en la frase del artículo 192 (*"Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen..."*) nos dice que no, pero veamos por qué.

b) Estatuto de Servicio Civil: ¿cuáles servidores públicos están incluidos y excluidos?

Quedando claro entonces que las relaciones de empleo con la Administración Pública se trata de una regulación estatutaria, y por tanto, sometidos a un régimen de Derecho público, surge la siguiente pregunta: ¿a cuáles trabajadores del Estado cubre el Estatuto de Servicio Civil?

La Sala Constitucional (SCV 1990-01119), da una respuesta a tal pregunta, indicando que, un estudio de las actas de la Asamblea Constituyente revela que los diputados quisieron acoger, con rango constitucional, el régimen especial que denominaron servicio civil, y que existía ya en otras constituciones latinoamericanas por aquella fecha. Sin embargo, el constituyente evitó ser excesivamente detallista o reglamentista en esta materia, y resolvió por incluir en la Constitución sólo los principios fundamentales que habrían de definir dicho régimen, a saber: especialidad para el servidor público, requisito de idoneidad comprobada para el nombramiento y garantía de estabilidad en el servicio, todo con fin de lograr mayor eficiencia en la administración dejando a la ley el desarrollo de la institución. (Acta No. 167, art. 3, T. III).

También indica la Sala en dicho voto que, el artículo 191 emplea el término "*estatuto*" de servicio civil en vez de "*régimen*" de servicio civil, pues prevaleció la tesis de que fuera un estatuto, un solo cuerpo legal el que regulara el servicio público, desarrollando las garantías mínimas establecidas por la Constitución. (Acta No. 167, art.3, T. III, pág.477).

Sin embargo, indica la Sala Constitucional que, el legislador optó por regular el servicio no de modo general, sino por sectores, promulgando así el Estatuto de Servicio Civil (que se aplica a los servidores del Poder Ejecutivo) y posteriormente otros estatutos para regular la prestación de servicios en los restantes poderes del Estado y en algunas instituciones descentralizadas. Se tiene entonces que, el denominado Estatuto de Servicio Civil solo rige para una parte del aparato estatal. Nótese por ejemplo, la existencia de la Ley de Personal de la Asamblea Legislativa,

nº 4556 del 29 de abril de 1970, la Ley Orgánica del Poder Judicial, nº8 del 29 de noviembre de 1937. Solo para mencionar las regulaciones distintas dentro del mismo Estado central.

Pese a ello, sí aclara la jurisprudencia constitucional que, los principios básicos del régimen (escogencia por idoneidad, estabilidad en el empleo) cubren a todos los funcionarios al servicio del Estado, tanto de la administración central, como de los entes descentralizados.

Así entonces, los principios fundamentales del régimen de empleo público se aplican a TODOS los servidores públicos. Sin embargo, en cuanto a un sólo Estatuto la situación se matiza. Aunque ciertamente se trata de un solo Estatuto de Servicio Civil (para condensar en una sola ley la regulación), debido a que el artículo 192 constitucional dispone la frase "*con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen*", su ámbito de aplicación admite excepciones. En este sentido se entiende que, la Constitución misma señalara varios casos de funcionarios que están excluidos del Estatuto de Servicio Civil, y que por tanto son de libre escogencia y remoción, como los siguientes:

- los ministros de gobierno,
- los miembros de la fuerza pública,
- los directores de instituciones autónomas,
- representantes diplomáticos,
- y en general, "*los empleados y funcionarios que ocupen cargos de confianza*" (art. 140 inciso 1),

Listado que puede ser ampliada por ley (la Ley de Servicio Civil, según se dice en el artículo 140.1 Constitucional), pues dicha ley puede determinar otros funcionarios del Poder Ejecutivo, que en casos muy calificados, pudieran ser excluidos del régimen general.

Así, pese a que la intención del Constituyente fue la existencia de una sola ley, un Estatuto, que regulara todo el servicio público. No obstante, por vía de ley el legislador ha excluido varios casos del estatuto común. Lo cual se observa, por ejemplo, en los artículos 3, 4 y 5 ¹ del Estatuto de Servicio Civil (Ley nº1581 del 30

1 Artículo 3º.- No se considerarán incluidos en este Estatuto:

a) Los funcionarios de elección popular;

b) Los miembros de la fuerza pública, o sea aquéllos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia y de Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y

c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros. (Así reformado por el artículo 6º de la Ley Nº 1918 de 5 de agosto de 1955).

de mayo de 1953), donde se menciona un buen número de funcionarios que no se consideran dentro del estatuto.

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

- a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal.
 - b) El Procurador General de la República.
 - c) Los Gobernadores de Provincia.
 - d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República.
 - e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.
 - f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley Nº 6440 de 16 de mayo de 1980).
 - g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico. Transitorio al inciso g) 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. (Así adicionado el inciso anterior incluyendo su Transitorio, por la Ley No.7767 de 24 de abril de 1998)
- (NOTA: El artículo 7º de la Ley Nº 1918 de 5 de agosto de 1955, cambió la numeración de este artículo que originalmente era el 5)

Artículo 5º.- Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados:

- a) El Tesorero Nacional.
 - b) Al Subtesorero Nacional.
 - c) El Jefe de la Oficina del Presupuesto.
 - d) Los servidores pagados por servicios o fondos especiales de la relación de puestos de la Ley de Presupuesto, contratados para obra determinada. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley Nº 6440 de 16 de mayo de 1980).
 - e) Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial.
 - f) Los que reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación.
 - g) Los médicos que presten el servicio de que habla el Artículo 66 del Código Sanitario.
 - h) Los maestros de enseñanza primaria aspirantes (Artículo 101 del Código de Educación) y los profesores de segunda enseñanza interinos o aspirantes (Artículo 280 del Código de Educación).
 - i) Inspector General e Inspectores Provisionales, de Autoridades y Comunicaciones. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley Nº 2716 de 21 de enero de 1961 y luego reformado por el artículo único de la Ley Nº 3451 de 5 de noviembre de 1964).
 - j) El Director de Migración, el Jefe del Departamento de Extranjeros y el Director Administrativo del Consejo Superior de Tránsito. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley Nº 2716 de 21 de enero de 1961).
 - k) Los funcionarios de la Comisión nacional de prevención de riesgos y atención de emergencias, sujetos al párrafo 2 del artículo 18 de su ley. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 45 de la Ley Nº 7914 del 28 de setiembre de 1999)
 - l) Los auditores y subauditores internos de los ministerios y organismos adscritos. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 45 punto d) de la Ley No. 8292 de 31 de julio de 2002).
- (NOTA: El artículo 7º de la Ley Nº 1918 de 5 de agosto de 1955, cambió la numeración de este artículo que originalmente era el 6º).

De esta forma, la Sala Constitucional indicó que, los casos de excepción han de ser muy calificados, con las especiales características señaladas que justifiquen un trato desigual. Si el cargo tiene alguna característica especial que lo justifique, nuestro Tribunal Constitucional indicó entonces que, la excepción será válida.

Siendo entonces la REGLA la exigencia de un UNICO régimen. Lo cual significa que, en principio, TODAS las relaciones entre el Estado y sus servidores públicos deben someterse al mismo régimen de empleo. Siendo inconstitucional la existencia de regímenes o estatutos que se excepcionen, de forma injustificada, de tal régimen. En este sentido, mediante la SCV 1994-06624 se consideró inconstitucional el artículo 15 del Convenio de Modificación al Código Aduanero Uniforme Centroamericano II del Tratado General de Integración Económica, que establecía que los servicios aduaneros nacionales tendrían su propio estatuto de carrera administrativa. Al respecto, la Sala consideró lo siguiente:

El artículo 15 del Convenio establece que los servicios aduaneros nacionales establecerán su propio estatuto de carrera administrativa. Tal disposición es violatoria de los artículos 191 y 192 constitucionales que establecen el Estatuto de Servicio Civil, que regula las relaciones entre el Estado y sus servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración. Claramente el mandato constitucional deja entender, un único régimen para el Estado, con uniformidad del mismo para todos los sujetos que se encuentran en su esfera de organización y de acción. Tal situación podría ser subsanada si se interpreta el artículo en cuestión, en el sentido, de que sin perjuicio de los derechos otorgados por la Constitución a los servidores públicos para su ingreso y promoción en el servicio como agentes de aduana, se les exigirán, los requisitos técnicos y profesionales, que, sobre éstos establecen, el Estatuto de Servicio Civil, su Reglamento y disposiciones conexas.

Además de UNICO, se ha indicado que la relación estatutaria entre el Estado y sus servidores, es una **relación de sujeción especial**. Lo cual significa que, el Estado puede imponer unilateralmente las condiciones de la organización y prestación del servicio para garantizar el bien público. La situación de las instituciones públicas empleadoras nunca será equiparable a la de cualquier patrono particular, puesto que por esa vía no puede dispensarse o excepcionarse la aplicación de cualesquiera normas o principios de orden público (SCV 2007-001144).

En síntesis:

-Los principios fundamentales del régimen de empleo público se aplican a TODOS los servidores públicos, sean del Poder Ejecutivo, del resto de Poderes del Estado o de Instituciones descentralizadas.

-Se tiene UN estatuto de servicio civil que regula las relaciones de empleo del Poder Ejecutivo, pero aún, dentro del mismo Poder Ejecutivo, se admiten excepciones justificadas, sea por Constitución (ministros de gobierno, miembros de la fuerza pública, representantes diplomáticos, empleados de confianza) o por ley de Servicio Civil (artículos 3, 4 y 5 del Estatuto de Servicio Civil).

-El resto del Poderes del Estado y las instituciones descentralizadas, pueden tener su propio Estatuto.

Por lo demás, existen otras dos situaciones que se salen, no solo del estatuto sino de toda regulación pública, que merecen mención: los contratos por servicios profesionales del Estado (3), y los trabajadores de las empresas estatales (4).

3. Los contratos por servicios profesionales en el Estado ¿relación de empleo público?

Los contratos por servicios profesionales los puede utilizar el Estado para contratar profesionales o técnicos de forma temporal, cuando necesite de sus servicios. Tal contratación se entiende que no se trata de una relación de empleo público. Sin embargo, sí es de regulación pública pues debe mediar de previo a la contratación, un procedimiento de contratación administrativa.

La regulación de esta figura no está en el texto constitucional, sino que encuentra sustento en las disposiciones mencionadas del Estatuto de Servicio Civil (artículo 5.f del Estatuto de Servicio Civil) y en los artículos 64 y siguientes de la Ley de la Contratación Administrativa. Sin embargo, la figura en general se ha indicado que encuentra sustento en la potestad de contratación que tiene el Estado, conforme el art.182 Constitucional (SCV 2004-013367 y 2003-006321). Particularmente en este último voto se dispuso lo siguiente:

... los procedimientos de contratación y los tipos contractuales son un instrumento para prestar o brindar el servicio público y, sobre todo, para la satisfacción de las necesidades generales o colectivas que justifican su creación y existencia, por lo que no son un fin en sí

mismos. Las administraciones públicas se pueden ver compelidas a contratar servicios profesionales, por diversas razones tales como la inopia de personal con conocimientos profesionales, técnicos o científicos especializados dentro los cuerpos administrativos, la satisfacción de necesidades de carácter transitorio o la prestación de servicios accesorios o complementarios al giro principal. La autonomía administrativa consagrada en el ordinal 188 de la Constitución Política, entendida como la potestad de disponer libremente, sin sujeción a ningún otro ente público, de los recursos humanos, materiales y financieros por parte de un ente público menor –llámese institución autónoma o semiautónoma- para el cumplimiento de sus cometidos y fines, es un valladar jurídico que impide obligarles a contratar nuevos funcionarios o servidores públicos, puesto que, cada ente público puede tener razones fundadas para no querer o no poder vincularlos a su organización administrativa, como puede ser no contar con el recurso humano preparado, ser imposible su preparación o muy cuantiosa su contratación como funcionarios públicos a medio o tiempo completo, sobre todo, si se trata del desempeño de funciones especializadas y no administrativas u operativas ordinarias. El Derecho de la Constitución no impide que las administraciones públicas contraten servicios profesionales para el cumplimiento de las funciones que les encarga el ordenamiento jurídico, la única condición que surge de la aplicación del principio de razonabilidad es que tales servicios no puedan ser prestados por los funcionarios o servidores de planta u ordinarios. Consecuentemente, no resulta válido sostener que los servicios profesionales se contratan para que le sean prestados a la organización administrativa y no a los usuarios de un servicio público.

Así entonces, es admisible constitucionalmente, y no implica violación alguna al régimen único de empleo público, la potestad del Estado para contratar servicios técnicos o profesionales, siempre y cuando:

-Tales servicios no puedan ser prestados por los funcionarios o servidores de planta u ordinarios.

-Se acuda para ello a uno de los mecanismos de contratación administrativa.

-Se entienda que se trata de una contratación temporal, sin relación de subordinación.

4. Los trabajadores de las empresas estatales ¿relación de empleo privado?

Sobre el régimen de los trabajadores de las empresas estatales, los artículos 111º y 112º² de la Ley General de Administración Pública son los que establecen el marco jurídico aplicable.

El párrafo tercero del artículo 111º establece que *“los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común”*. Por lo tanto, quedan fuera del concepto de servidores públicos. Así, los trabajadores de las empresas estatales no son considerados servidores públicos, ni están sujetos al régimen de empleo público o al estatuto de servicio civil. En consecuencia, su relación laboral se regirá por el Derecho Privado.

Lo anterior se ratifica en el párrafo segundo del artículo 112º cuando se dice que las relaciones de servicio con los empleados que no participan de la gestión pública se regirán por el derecho laboral o mercantil.

Sin embargo, este mismo artículo es claro al disponer dos graduaciones, *primero* que para efectos penales sí se considerarán servidores públicos y *segundo* que podrán serles aplicadas disposiciones de Derecho Público a efectos de garantizar la legalidad y moralidad administrativas.

2 Artículo 111.-

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.
2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.
3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

Artículo 112.-

1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.
2. Las relaciones de servicios con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3º, del artículo III [sic], se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.
3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativa, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.
4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos.

Estas disposiciones sobre el régimen del empleo se comprenden mejor con la discusión parlamentaria que se dio en ese momento. Al respecto se dijo que:

... nosotros no vemos la necesidad de que a un ... empleado de una institución autónoma que es una empresa estatal que funciona como una entidad comercial común, se le den las ventajas o se le impongan los deberes de un servidor público ... nosotros sostenemos que esos empleados de esas entidades deben ser considerados trabajadores comunes y no funcionarios públicos, ¿por qué?, porque si no hay una serie de estatutos y reglamentaciones que se les aplica directa o supletoriamente que vienen a entorpecer la marcha de esos servicios en perjuicio del ente público ... encontraríamos que se crea una serie de entrabamientos tremendos para empresas que tienen que funcionar en condiciones de competencia iguales a las de la empresa privada ... Entonces queríamos preservar ese régimen privado, laboral o mercantil de la empresa estatal que tiene un giro mercantil igual al de los particulares. (Ortiz Ortiz en Quirós: 1996: 210).

En síntesis, pareciera que la Ley es clara al disponer que las relaciones de empleo en las empresas estatales se regirán por el Derecho Privado. Lo cual es ratificado por la Jurisprudencia de la Sala Constitucional, con una modulación, a lo interno de las empresas estatales, según se dirá.

La Jurisprudencia Constitucional (SCV 2006-14416 y 2018-00231) ha reconocido que existen dos grandes categorías de empleados que prestan sus servicios al Estado:

- *Por un lado*, los que tienen la condición de "*funcionario público*", "*servidor público*", o de "*empleado público*": definidos como aquellos que en el desempeño de sus funciones realizan la gestión pública del Estado, a los que en -consecuencia- les es aplicable el régimen de empleo público, con todos los principios y características que derivan de lo dispuesto en los numerales 191 y 192 de la Constitución Política.
- *Por otro lado*, los que laboran para empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al derecho común: aquellos obreros, trabajadores y empleados que si bien laboran para el Estado, no tienen la condición de funcionarios o servidores públicos por no participar en la gestión pública de la administración, toda vez que son contratados por empresas públicas o de servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común conforme al ejercicio de su capacidad

de derecho privado, en virtud de lo cual su régimen de empleo se rige con las normas del derecho común, esto es, la legislación ordinaria laboral.

Sin embargo, esta no fue siempre una posición unánime. La Sala Segunda mantuvo la tesis de que Recope S.A. es una empresa pública pero que sus servidores son públicos ³ fundamentándose en un estudio que hiciera al respecto el Magistrado Álvaro Fernández Silva, quien luego de analizar pormenorizadamente las Leyes y la jurisprudencia del momento, determinó que Recope, inicialmente empresa privada, desde que fue adquirida por el Estado supera la aplicación del Derecho Privado para pasar a ser una empresa estatal regulada por el Derecho Público. Tesis que esta Sala mantuvo a pesar de que en 1994 ⁴ esa misma Sala había establecido el criterio de que el régimen de empleo de este tipo de empresas estatales se regía por el ámbito de autonomía de la voluntad (el Derecho Privado).

Esta posición de la Sala Segunda fue cambiada en el año 2002 ⁵ a raíz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del año 2000, la cual determinó el régimen mixto del régimen de empleo en Recope ⁶ distinguiendo el régimen privado de los

3 Resoluciones de la Sala Segunda n° 08 de 14:20 hrs del 10 de enero de 1996, n° 155 de 15:20 hrs del 22 de mayo de 1996 y n°292 de 10 hrs del 19 de noviembre de 1997, que en lo conducente establecieron: *“Así las cosas, la Sala, avala la tesis del estudio rendido por el Magistrado Alvaro Fernández Silva, que otorga naturaleza jurídica de empresa estatal, a la Refinadora Costarricense de Petróleo, Sociedad Anónima, a la que se le ubica, institucionalmente dentro del Sector Público no financiero, calificando a sus empleados y a sus funcionarios, para todos los efectos, como servidores públicos.”*

4 Sala Segunda n°370 de las 15 hrs del 11 de noviembre de 1994 que dispuso: *“Precisamente la empresa demandada Minera Nacional está organizada como Sociedad Anónima y, aunque su carácter de empresa estatal es innegable, el régimen jurídico que le es aplicable es de Derecho Privado. La Sala estima que ... no existe un procedimiento determinado por el Código de Trabajo para llegar a la terminación de la relación laboral y, de ahí que, al encontrarnos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, el despido se puede dar sin trámite previo, correspondiéndole únicamente, a la vía judicial, la revisión de la justeza o no del mismo.”*

5 Sala Segunda n° 146 de 14 hrs del 09 de abril del 2002 cuando establece: *“a priori, que la relación del actor con R.E.C.O.P.E., se regiría entonces por el Derecho Laboral; pues, el régimen de empleo operante es de naturaleza privada; dado que se trata de una empresa estatal, encargada de gestiones sometidas al derecho común conforme con el ejercicio de su capacidad de Derecho Privado... No obstante, esa misma Sala, ha hecho referencia, en forma específica, a la naturaleza jurídica de R.E.C.O.P.E., concluyendo que el régimen jurídico de los empleados es **mixto**, en el tanto en que se aplica la legislación laboral común, **siempre y cuando no se desplacen consideraciones de orden superior, propias del Derecho Público.** En ese sentido, resulta de vital importancia citar lo dispuesto, por ese Tribunal Constitucional, en su Voto n° 7.730, dictado a las 14:47 horas, del 30 de agosto del año 2.000.”*

6 Véase SCV 00-7730, 01-244, 01-12953, que al respecto dispusieron: *“El carácter mixto -de Derecho Público y Derecho Privado- del régimen jurídico de RECOPE, se extiende también por las razones acotadas a las normas que rigen las relaciones entre la Refinadora y sus empleados, a pesar de lo que podría interpretarse de la lectura de los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública.”* Véase también para el caso del INS, la resolución no.2000-06973.

empleados que no participan de la gestión pública, del régimen público de la clase gerencial.

Según la jurisprudencia de la Sala Constitucional (SCV 2000-7730, 2001-244 y 2001-12953), los trabajadores de las empresas estatales tienen un régimen mixto en cuanto a su régimen laboral:

- El régimen privado para todos aquellos trabajadores que no realizan gestión pública, sino que realizan actividades de gestión privada.
- El régimen público para la clase gerencial, por el hecho de realizar gestión pública.

Esta es la posición que la jurisprudencia de la Sala Constitucional mantiene hasta la fecha y ha sido seguida por el resto de los tribunales⁷.

Sobre este régimen mixto de los empleados, no se hace distinción en cuanto al tipo de organización de la empresa estatal. Así se puede concluir que, sea ésta organizada bajo una forma pública o bajo una forma privada, en ambos casos el régimen es mixto.

Por supuesto, de esa distinción jurisprudencial de la Sala Constitucional, se derivarán varias consecuencias, que serán analizadas en el apartado siguiente, referidas a las siguientes preguntas: ¿están cobijados los empleados de las empresas estatales que se rigen por el Derecho privado, por el principio del debido proceso en caso de despido?, ¿cuáles trabajadores del Estado pueden celebrar convenciones colectivas?. La primera pregunta la intentaremos contestar de inmediato, la segunda pregunta en el apartado C.

En cuanto al debido proceso como requisito para despedir a un trabajador de una empresa estatal que no realiza gestión pública, y por tanto, sometido al régimen de Derecho privado, ha habido sentencias contradictorias, siendo que unas han considerado que sí es necesario seguir un debido proceso de previo al despido, y otras han considerado que no es necesario.

⁷ Véase resolución de la Sala Primera n°653-F-04 de 11:40 hrs del 05 de agosto del 2004 que dice: *"la jurisprudencia emanada de las Salas Primera, Segunda y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuanto los precedentes del Tribunal Contencioso Administrativo, al analizar la naturaleza jurídica de RECOPE, son contestes al afirmar que se trata de una empresa estatal nacional, con un régimen jurídico mixto (Derecho Privado-Derecho Público). Sobre el particular, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 6627 de las 9 horas 03 minutos del 28 de julio del 2000."*

Así por ejemplo, nos encontramos con una sentencia de 1994 de la Sala Constitucional donde se consideró que, a pesar de tratarse de una empresa estatal organizada como sociedad anónima, estaba sujeta a disposiciones de Derecho Público y por tanto para el despido de una trabajadora debió seguir un debido proceso⁸.

Pero por otro lado, ese mismo año, una resolución de la Sala Segunda, respecto de otro caso, estableció todo lo contrario, es decir que no era necesario seguir un debido proceso para procederse al despido, puesto que las empresas estatales actúan dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad (Sala Segunda n° 370 de 15 hrs del 11 de noviembre de 1994 Minera Nacional S.A.). Se transcribe a continuación un extracto de dicho razonamiento, pues nos parece que contiene una riqueza de análisis mayor que la resolución anterior de la Sala Constitucional:

I.- Recurre la sociedad demandada [...] el que Minera Nacional Sociedad Anónima no siguió el procedimiento administrativo para dar fin a la relación laboral...

II.- Extraña el Tribunal Superior de Trabajo la existencia de un proceso administrativo previo, indispensable y obligatorio para arribar al despido, posición que no es compartida por esta Sala, dado que nos encontramos ante una empresa estatal, sujeta a un régimen de Derecho Privado. El Estado contemporáneo en respuesta a las necesidades sociales de la población, se ha visto obligado al enfrentamiento de ciertas actividades empresariales, para lo cual, los moldes del Derecho Público, resultan excesivamente rígidos e inapropiados. Ha asumido estructuras de organización típicas del derecho mercantil, donde, en forma preponderante, rige el Derecho Privado, que le permite agilidad y versatilidad para enfrentar los retos particulares de su gestión.

III.- La exclusión de estas formas particulares de entes descentralizados, del Derecho Público, se extrae del análisis de los tres primeros artículos de la Ley General de Administración Pública n° 6227 del 28 de abril de 1978, donde, se establece que la

8 (SCV 1994-01549) Corporación de la Zona Franca de Exportación S.A. que dispuso: *"no cabe duda de que la Corporación recurrida se encuentra sujeta a esas disposiciones de Derecho Público, ya que, a pesar de la ambigua calificación de empresa privada del Estado que le otorga el artículo 2 ... resulta evidente que se trata de una empresa estatal ... Así pues, la Junta Directiva de la Corporación violó el debido proceso a la recurrente ... violación a su derecho al debido proceso, el cual implica, la sujeción de los procedimientos a las normas constitucionales en sí mismas, como a las de otro rango que desarrollen ese derecho constitucional..."*

Administración Pública estará constituida por el conjunto de entes y órganos que ejecutan funciones típicamente administrativas [...] Consecuentemente, quedarían excluidas las empresas del Estado (entes descentralizados con forma de Derecho Privado) y los entes no estatales con forma jurídica de Derecho Público, como son, por ejemplo, los colegios profesionales. Todos estos entes tendrán su particular régimen y, en el caso de las empresas del Estado, el mismo es de índole privado, en vista de las exigencias de su giro [...]

IV.- Precisamente la empresa demandada Minera Nacional está organizada como Sociedad Anónima y, aunque su carácter de empresa estatal es innegable, el régimen jurídico que le es aplicable es de Derecho Privado. [...] En nuestro medio, no existe un procedimiento determinado por el Código de Trabajo para llegar a la terminación de la relación laboral y, de ahí que, **al encontrarnos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, el despido se puede dar sin trámite previo**, correspondiéndole únicamente, a la vía judicial, la revisión de la justeza o no del mismo. (Subrayado no corresponde al original)

Por lo tanto, inicialmente no existió claridad sobre este tema. Sin embargo, actualmente es reiterado el criterio de la Sala Constitucional en el sentido de que, un trabajador de una empresa estatal sometido al Derecho privado, no requiere previo a su despido, seguir debido proceso alguno. Tal como se observa se indica en el voto siguiente (SCV 2010-010713, que se ratifica en SCV 2014-001686, 2014-002686, 2016-017418, 2016-018847, 2016-005950):

... dado que el Instituto Nacional de Seguros actúa en ejercicio de su **capacidad de derecho privado, los principios generales de la estabilidad en el empleo no le son aplicables a sus funcionarios** – salvo a quienes ocupan puestos gerenciales o de fiscalización superior – razón por la cual pueden ser removidos de sus puestos sin justa causa, con responsabilidad patronal, es decir, sin alegarse en su contra la comisión de alguna falta y con el pago de la indemnización que proceda. (Subrayado no corresponde al original).

Nuestra posición es que, ciertamente, los trabajadores de las empresas estatales, sometidos al régimen de Derecho Privado, podrían ser despedidos, sin necesidad de previo procedimiento. Claro está, salvo que exista en un caso concreto, una norma especial atinente a la empresa estatal en particular, que diga lo contrario, o que se trate de un despido sin responsabilidad patronal, según se explica a

continuación. Tal como se desprende de lo resuelto en el caso Baena Ricardo vs Panamá, 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque se trate de trabajadores de las empresas estatales (donde opera el libre nombramiento y remoción), cuando la destitución opera dentro del marco de una sanción administrativa (entendemos nosotros que cuando haya una remoción sin responsabilidad patronal), siempre debe haber de previo un debido proceso:

130. Los directores generales y las juntas directivas de **las empresas estatales** no son jueces o tribunales en un sentido estricto; sin embargo, en el presente caso las decisiones adoptadas por ellos afectaron derechos de los trabajadores, por lo que resultaba indispensable que dichas autoridades cumplieran con lo estipulado en el artículo 8 de la Convención.

131. Pese a que el Estado alegó que en Panamá no existía carrera administrativa al momento de los hechos del caso (diciembre de 1990) y que, en consecuencia, regía la discrecionalidad administrativa con base en la cual **se permitía el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos**, este Tribunal considera que **en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal**. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso.

132. En el caso en estudio, el acto administrativo sancionatorio es el contenido en la nota de despido entregada a los 270 trabajadores de las siguientes instituciones estatales: Autoridad Portuaria Nacional, Empresa Estatal de Cemento Bayano, Instituto Nacional de Telecomunicaciones, Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables, Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación, Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Educación. (Subrayado no corresponde al original)

En este orden de ideas, es congruente la jurisprudencia al no haberle reconocido a los trabajadores de Correos de Costa Rica S.A. el derecho al salario escolar, establecido únicamente para los funcionarios públicos, en razón de que el

régimen laboral vigente para estos empleados ya no lo es el Estatuto de Servicio Civil (SCV 2001-002301). Siendo entonces, que en el caso específico de esta empresa estatal las disposiciones contenidas en el art.192 de la Constitución Política – referida al régimen de empleo público- no alcanzan más a los funcionarios contratados por la empresa Correos de CR S.A. (SCV 1998-006599).

Asimismo, el procedimiento para reestructuración de las instituciones públicas establecido en la LGAP, no es aplicable a las empresas estatales, aunque sí lo sean sus principios (SCV 1998-003071) pues tal y como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional la empresa estatal puede darse su propia organización, y no le son aplicables los procedimientos de la LGAP (SCV 1991-01743).

Por otro lado, a pesar de todo lo dicho, debe recordarse lo dicho supra, pese a que las relaciones de empleo de los trabajadores de las empresas estatales se rigen por el Derecho privado, en tratándose de obligaciones y responsabilidad atinente a la prevención, detección y sanción de la corrupción en la función pública, este tipo de trabajadores sí están incluidos dentro del concepto de servidores públicos.

B. Características del empleo público: idoneidad y estabilidad.

Del artículo 192 Constitucional, la jurisprudencia constitucional ha derivado dos características especiales del empleo público: la idoneidad comprobada (1) y la estabilidad (2). Cada una de ellas las examinaremos por separado, particularmente en cuanto a esta última, resaltamos la cuestión de los alcances del debido proceso constitucional en casos de despido y la estabilidad impropia de los funcionarios interinos, que tanta jurisprudencia ha generado.

1. La Idoneidad comprobada.

Nuestra Constitución Política recoge una serie de principios básicos rectores del empleo público, entre los que se encuentran la escogencia por idoneidad. Así entonces, para el ingreso al empleo público debe demostrarse que la persona tiene idoneidad para el puesto.

El *principio de idoneidad comprobada* asegura que el Estado tenga a su disposición recursos humanos de la mejor calidad y condición moral, técnica y científica, a efectos de hacerlo eficiente para el cumplimiento de sus objetivos y para

lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Idoneidad significa, reunir las condiciones necesarias que facultan a una persona para desempeñarse óptimamente en el trabajo público, es decir, poseer los méritos que la función demande (SCV 2012-017013).

Conforme se observa entonces, según lo dispuesto en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, los servidores públicos serán nombrados a base de **idoneidad comprobada**, lo cual supone, entonces, la verificación objetiva de sus cualidades. Esto quiere decir, que el servidor público debe reunir determinadas características y cualidades razonables, las cuales deben estar establecidas y reguladas por ley.

El principio de **idoneidad comprobada**, según lo ha indicado la Sala Constitucional, está estrechamente ligado con el **derecho de acceso a los cargos públicos**. La relación es que, para el acceso se requiere comprobar la idoneidad, es decir, la idoneidad opera como una limitación válida al derecho de acceso a los cargos públicos.

En cuanto a este derecho, se ha indicado que además de nuestra Constitución, es reconocido y garantizado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23⁹. Entendiéndose, entonces, que la idoneidad opera como una limitación al derecho de acceso a los cargos públicos, pues tal derecho no es irrestricto, sino que se deben cumplir los requisitos necesarios para acceder a ese tipo de puestos (entre ellos, la idoneidad)¹⁰. De esta forma, la demostración de la idoneidad es un requisito sine qua non para el ingreso al régimen de empleo público y es constitucional que en el ordenamiento jurídico disponga que para poder ingresar al Servicio Civil se debe de cumplir con una serie de requisitos. Ello no constituye una limitación a los artículos 56 y 57 constitucionales, sino, que se busca garantizar que la prestación del servicio público esté conforme a lo dispuesto por los numerales 191 y 192 de la Constitución Política así como el principio de igualdad (SCV 2012-00267).

9 Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

10 Ver al respecto SCV 1996-005530.

Para ejemplificar, con un caso concreto, la exigencia de requisitos para el ingreso a cargos públicos, que van más allá de lo razonable, y por tanto, más allá de la idoneidad, se puede mencionar el caso resuelto mediante el SCV 2013-001593, que resolvió con lugar, una acción de inconstitucionalidad presentada en contra de un Reglamento de la CCSS donde se exigía como requisito para ser incluido en el Registro de Elegibles, tener acumulados 180 días de nombramiento en la CCSS como mínimo. Al respecto, la Sala consideró que, una norma tal vulnera el derecho de los habitantes de la República de tener acceso, en condiciones de igualdad, a los cargos públicos y los artículos 191 y 192 de la Constitución Política de Costa Rica. Se indica al respecto:

... no todos los habitantes de la República pueden tener acceso a los puestos de la CCSS, sino únicamente aquellos que hayan tenido la “ventaja”, “suerte” o “casualidad” de que un funcionario de esa institución con poder de nombramiento los designen en algún cargo por un periodo no inferior a 180 días. Desde la perspectiva de la mayoría de este Tribunal, este tipo de normas lo que fomenta en la Administración Pública es el “amiguismo”; amén de que constituye una forma muy sutil para excluir a un importante número de personas que podrían ser las más idóneas, las que no cuentan con un “padrino” en la institución que les permita ejercer un cargo en ella y, de esa forma, quedar dentro de la lista de elegibles. Para muchos habitantes de la República el citado requisito es imposible de cumplir, salvo que se cuente con el beneplácito de un funcionario de la CCSS que tiene poder de nombramiento. Por otra parte, la norma no es justa, razonable ni proporcionada, pues la antigüedad podría ser en otra institución pública o en una empresa privada, donde la persona ha desempeñado las labores similares o idénticas a las que corresponden a los puestos de la CCSS. No estamos ante un caso donde las labores de la CCSS son exclusivas, ya que es una verdad de Perogrullo que las labores de secretariado, administrativas, técnicas, médicas, etc., que se desarrollan en la CCSS, en nada difieren de otras que se prestan en otras instituciones o empresas privadas. Dicho en pocas palabras, los puestos de la CCSS no tiene una particularidad tan especial que impida asimilarlos a otros que se prestan en otras entidades públicas o empresas privadas, salvo las excepciones de rigor. **El impedir que otras personas que tienen experiencia similar a los funcionarios de la CCSS puedan estar dentro del registro de elegibles lesiona el principio de idoneidad comprobada**, pues la entidad aseguradora, por esa vía, se priva de nombrar las personas más capacitadas en los respectivos cargos

luego de un proceso en el que se respete la igualdad... (Subrayado original)

De allí que se pueda concluir que, cualquier consideración de la antigüedad por encima de la idoneidad (la cual se puede tomar en cuenta para participar, pero no para sustituir la idoneidad¹¹), nombramientos por antigüedad sin concurso¹², o el paso del tiempo para formar parte de una terna¹³, serían inconstitucionales.

Ahora bien, sobre la forma de medir la idoneidad, se ha indicado que su verdadero fundamento es la medición de aspectos académicos y de experiencia profesional. En este sentido, las pruebas psicométricas que se llevan a cabo en los distintos procesos concursales que realiza la Administración, que en realidad no tienen que ver con aspectos académicos o experiencia, tienen por tanto un carácter eminentemente complementario y no pueden, de ninguna forma, convertirse en un requisito de exclusión previa dentro de los citados concursos (SCV 2012-001764).

11 (SCV 2009-006455): “...El derecho a ocupar un cargo público no se adquiere con el simple transcurso del tiempo o por haber ocupado otros similares por cierto período, sino por tener la idoneidad comprobada para desempeñarlo conforme a lo dispuesto por el artículo 192 constitucional. A lo más que tiene derecho el servidor –en esas condiciones– es a que se le tome en cuenta para participar, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, en los concursos convocados para llenar la plaza que le interesa, claro está, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para ello y cuente con la condición de ser elegible...”

12 Ver al respecto (SCV 2012-015254, 2012-004982, 2013-004656) (“es el principio de idoneidad comprobada y, precisamente, para determinarla se deben ponderar, no solo y, exclusivamente, los años de servicio, sino también, entre otros, el record académico, profesional y laboral (...) esta normativa, del todo, no prevé la realización de un concurso público de antecedentes -mecanismo por excelencia para demostrar la idoneidad- sino que se limita a autorizar a asignar plazas en propiedad a determinados funcionarios que cumplan los requisitos de antigüedad allí dispuestos (...). Dicha situación, sin duda alguna, es lesiva del derecho de acceso a los cargos públicos o a la función pública en condiciones de igualdad. Si bien es cierto el fin último de este tipo de procedimientos -poner coto a los prolongados interinazgos de la institución- es justificado, no así el medio empleado, por cuanto, se está obviando el mecanismo legítimo para realizar los nombramientos en propiedad y, además, se está obstaculizando el principio de libre concurrencia.”) (SCV 2011-014624).

13 (SCV 2013-005151): “...La mayoría de esta Sala estima que las normas cuestionadas resultan inconstitucionales porque son contrarias al principio de idoneidad comprobada, derivado de los artículos 191 y 192 de la Constitución Política. (...) colocar a una persona en una terna sin tomar en consideración su calificación en el registro de elegibles, atenta abiertamente contra el principio de idoneidad. El derecho a formar parte de una terna, en virtud de dicho principio, surge cuando la persona ha demostrado tener la calificación requerida para poder conformarla. Tal calificación no se puede suponer por el mero transcurso del tiempo en que un funcionario ha ostentado un puesto, sino que debe derivarse de diversas pruebas y aspectos, en lo que la experiencia en el puesto constituye tan solo un elemento más. Si un funcionario integra una terna con independencia de la calificación obtenida, se produce, además, el efecto perverso de tener que desplazar a otro funcionario a pesar de que hubiese obtenido la calificación necesaria para conformar tal terna. Semejante situación, amén de lesionar el principio de idoneidad, vulnera el derecho a la igualdad estipulado en el numeral 33 de la Constitución Política, toda vez que se da un trato discriminatorio injustificado al permitir que una terna sea integrada por un grupo de funcionarios con la nota requerida y uno que no la tiene...”.

Así entonces, ***¿cómo se comprueba tal idoneidad?*** La Sala Constitucional ha establecido que, la idoneidad debe comprobarse no solo a través de aspectos meramente académicos, sino además, un análisis y calificación de varios elementos, factores o condiciones de diversa índole, como por ejemplo experiencia laboral y profesional, y demás atestados, aspectos psicológicos, de estabilidad, que valorados en conjunto determinen que una persona es la más idónea para desempeñar el puesto. De esta forma, el análisis no debe centrarse, únicamente, en aspectos académicos, sino en un conjunto de cualidades (SCV 2012-008223). Con la salvedad indicada de que, la medición principal es de aspectos académicos y de experiencia, siendo las pruebas psicométricas un factor a considerar, pero como complementario.

Para la mejor comprobación de la “*idoneidad*”, se ha admitido, no sólo la posibilidad de aplicar medidas como inhabilitación (SCV 2012-00267), sino además, el despido en periodo de prueba sin observar reglas del debido proceso (SCV 2011-014359¹⁴) y la admisibilidad de disposiciones normativas para evitar el nepotismo, como lo sería prohibir el nombramiento de familiares dentro de un mismo departamento (SCV 2012-005979).

Finalmente, un tema conexo a la idoneidad es el mencionado ***derecho de acceso a los cargos públicos***, según se dijo, y la costumbre de no sacar a concurso las plazas y mantener durante años a los funcionarios en situación de interinazgo. Al respecto, lo primero que se debe indicar es que, el empleo público debe ser de regulación legal, justamente porque, existe un principio de reserva legal en esta materia (SCV 2019-012230). Así lo ha indicado la Sala Constitucional en el voto mencionado, cuando indica además que:

IV.- SOBRE EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO. El artículo 192 constitucional dispone que la regulación del derecho fundamental de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos está reservado a la ley. Este Tribunal ha señalado que la regulación legal del derecho incluye no solo los requisitos de admisión, sino las condiciones de permanencia, así como las causas de remoción, las prohibiciones e incompatibilidades. El derecho de acceder a los cargos públicos o a la

14 “Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la decisión de despedir a un servidor dentro del período de prueba es de carácter discrecional, y se puede disponer el despido de estimarse que el servidor no es idóneo para desempeñar el puesto, sin que para la adopción de tal determinación sea necesario observar las reglas propias del debido proceso. Y es que la finalidad del período de prueba es justamente garantizar al patrono la eficacia e idoneidad del servidor en el desempeño de las funciones encomendadas.”

función pública es entonces, un derecho de configuración legal. Por ello, es válido que el legislador establezca determinados requisitos en tanto estos respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente previstos.

Así entonces, solamente por medio de norma legal se pueden establecer requisitos de admisión, requisitos de permanencia, causas de remoción, prohibiciones e incompatibilidades.

En cuanto al ***acceso a la función pública***, la Jurisprudencia Constitucional ha indicado que debe existir un adecuado balance que garantice todos los siguientes principios (SCV 2012-015024):

- Principio de igualdad.
- Mérito y capacidad.
- La transparencia de los procesos selectivos. Las garantías de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, para asegurar su independencia en el ejercicio de las potestades. Límites a la composición de los órganos de selección.
- Agilidad en los procesos de selección, sin menoscabo de la objetividad de la selección.

Siendo el ***concurso***, el medio para lograr esa selección objetiva. La Sala lo ha definido, en el voto mencionado supra, como “*el mecanismo por excelencia para proveer cargos de carrera administrativa*”. Siendo el interés público, y no la discrecionalidad, el que debe prevalecer en la selección, como claramente lo dice la Sala:

... la Constitución no atribuye al nominador poder discrecional alguno para su nombramiento. Frente al concurso, la administración carece de libertad para adoptar una solución diferente o privilegiar otra alternativa que considere más apropiada para el interés público. Por el contrario, se parte de la premisa de que el interés público en este caso se sirve mejor acatando el resultado del concurso. (...) No escapa al juicio de esta Sala que las pruebas realizadas y el concurso mismo pueden adolecer de imperfecciones y de fallas, pero eso no autoriza la sustitución del sistema de carrera por el de libre nombramiento y remoción, ni la prevalencia de la voluntad del nominador.

Por otro lado, en cuanto a la ***participación de los interinos en los concursos internos***, la Jurisprudencia de la Sala Constitucional indica que, estos no pueden ser excluidos de participar, bajo esta justificación:

... dicho mecanismo expresamente impide a los funcionarios interinos participar en los concursos internos que se lleven a cabo (...) Tal exclusión es, en criterio de este Tribunal, abierta y groseramente lesiva de los derechos fundamentales de la categoría de los trabajadores interinos; pues si la función de los concursos es elegir y nombrar al candidato que mejores méritos y calidades reúna para el puesto, excluir automáticamente a funcionarios únicamente por la modalidad de su nombramiento obstaculiza la consecución de dicho objetivo. En otras palabras, el derecho a participar no se debe limitar en función de la naturaleza del nombramiento; sino que tiene derecho también el funcionario interino a que se le tome en cuenta para participar, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, en los concursos convocados para llenar la plaza que le interesa, claro está, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para ello y cuente con la condición de elegible. (SCV 2012-015024)

Sobre la ***obligatoriedad de abrir concursos y su relación con el derecho de acceso a cargos públicos***, se debe indicar que, anteriormente la Sala Constitucional estaba declarando con lugar recursos de amparo al respecto (SCV 2016-00821, reiterada por 2016-003921, 2016-4504, 2016-4678, 2016-6429), obligando a la Dirección General de Servicio Civil a mantener un sistema de reclutamiento abierto y permanente, pues durante muchos años no efectuó concursos externos pese a la necesidad de llenar algunas plazas vacantes, provocando que muchos nombramientos se hicieran con base en registros desactualizados de elegibles. Sin embargo, a partir de SCV 2017-006360 (ratificada por otras, como la SCV 2017-010083) se cambió de criterio, para considerar, a partir de entonces que, la ausencia de concursos no viola el derecho de acceso a cargos públicos pues, el interesado debe realizado alguna solicitud ante la autoridad recurrida para participar en algún concurso para optar por alguna plaza del Servicio Civil.

2. Significado de la estabilidad (debido proceso en casos de sanciones disciplinarias).

La Sala Constitucional dejó sentadas las bases de los alcances de la “*estabilidad*” de los servidores del Estado (SCV 1990-01119). Allí se indica que el

artículo 192 de la Constitución Política dispone que los servidores públicos *"solo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos"*. Razón por la cual, la estabilidad es una garantía que algunos llaman de inamovilidad, pero que es más bien una estabilidad en el empleo. Ello por cuanto, no es que no se pueda despedir a un trabajador dentro del Servicio Civil, por lo tanto, no es inamovible, sino que para hacerse, debe haber un debido proceso, conforme se explicará.

La estabilidad así entendida opera como una garantía, que consiste en asegurar al servidor la permanencia en el puesto, hasta tanto no haya causales de despido justificado que exprese la *"legislación de trabajo"* (las cuales van más allá de las del artículo 81 del Código de Trabajo, según lo indica la misma jurisprudencia constitucional mencionada). Es decir, la estabilidad impide la remoción arbitraria o injustificada. Pero en ningún modo significa una imposibilidad total de remover al funcionario.

Este concepto de estabilidad laboral, también es recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en la resolución del Caso Lagos del Campo vs Perú del 2017, indicó que es un derecho a que, en caso de despido, este se realice bajo causas justificadas, previo proceso y el poder recurrir tal decisión:

150. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

Por otro lado, a diferencia de lo indicado supra para los trabajadores de las empresas estatales sometidos al régimen de empleo privado, en estos casos, los empleados sometidos al régimen de empleo público, ven garantizada su estabilidad en el puesto, por medio de derechos tales como el debido proceso constitucional.

Conforme a este derecho, la Sala Constitucional venía realizando tres precisiones que resultan relevantes:

-Los supuestos de hecho para aplicar el debido proceso en el empleo público,

- La distinción entre debido proceso constitucional y debido proceso legal, y
- Los principios o alcances del debido proceso constitucional.

Sin embargo, dicha postura de la Sala sufrió recientemente una modulación, según se dirá más adelante.

La jurisprudencia constitucional venía indicando lo siguiente:

- Necesidad de seguir un debido proceso en caso de sanciones al empleado público: El debido proceso constitucional tiene aplicación en gran cantidad de supuestos, más allá del empleo público. En este caso, la Jurisprudencia constitucional ha indicado que, de previo a aplicar sanciones disciplinarias al empleado público, en cuenta el despido, debía mediar un debido proceso. Ahora bien, dos cuestiones se imponen: ¿siempre de previo a la imposición de una sanción disciplinaria se debe seguir un debido proceso, incluso en faltas de mera constatación?, ¿y en los casos de faltas de mera constatación qué tan grave debe ser tal sanción para requerir el debido proceso?

Al respecto, recordemos primero los conceptos de sanción disciplinaria, potestad sancionadora del Estado y derecho administrativo disciplinario. Una **sanción disciplinaria** es aquella que se impone a un funcionario público cuando transgrede una obligación administrativa o un deber, es decir, cuando comete una falta de servicio o de comportamiento, quebrantando las reglas de la función pública. El fundamento para imponer este tipo de sanciones es la **potestad sancionadora o disciplinaria** del Estado, cuyo fin es asegurar la observancia de las normas de subordinación y, en general, del exacto cumplimiento de todos los deberes de la función pública, por ello más que para castigar, se imponen para corregir, e incluso educar al infractor. Así, el **derecho disciplinario administrativo** presupone una relación de subordinación entre el sujeto sometido a la disciplina y el órgano que la establece o aplica.

Sobre las preguntas anteriores, la Jurisprudencia de la Sala Constitucional venía indicando lo siguiente: Para comprobar la falta cometida -y posteriormente imponer una sanción disciplinaria- se requiere de previo seguir un debido proceso. A contrario sensu, si no se requiere comprobar la falta, por ser de las denominadas “faltas de mera constatación”, resulta innecesario seguir de previo el debido proceso. Salvo, claro está, que la sanción a esa falta se hiciera constar en el expediente personal del funcionario (SCV 2016-010323) o implicare una suspensión del trabajador por más de ocho días o un despido (SCV 2016-002736. Reiterada por 2016-001598 y 2020-001380). En vista de lo anterior, sólo se debe seguir un debido proceso, de previo a la imposición de una sanción disciplinaria, si se requiere

comprobar la falta. Pues en caso contrario, si se trata de faltas de mera constatación, no es necesario seguir de previo un debido proceso, salvo que, la sanción fuese gravosa, es decir, que se haga constar en el expediente personal o si es mayor a ocho días de suspensión o despido.

- En sede constitucional sólo se protege el debido proceso constitucional, no el legal: El debido proceso tiene una dimensión constitucional y otra legal, siendo que solo la primera es garantizada por la jurisdicción constitucional. Esta distinción la ha realizado reiterada jurisprudencia constitucional indicando que, no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación al derecho constitucional al debido proceso. Así entonces, la Jurisdicción Constitucional no conoce todos los vicios "*in procedendo*" o vicios de legalidad del debido proceso. Sino que conoce únicamente de las infracciones a los elementos esenciales del debido proceso (SCV 1998-02109, reiterada en múltiples sentencias más, tales como SCV 2019-001882).

Por consiguiente, a la Jurisdicción Constitucional no le compete pronunciarse, por ejemplo, sobre la admisibilidad, pertinencia, suficiencia y correcta valoración de la prueba que se pretenda evacuar o se rechace admitir en algún procedimiento, ni tampoco sobre la legalidad y procedencia de las resoluciones que se dictaron durante la tramitación o la competencia del órgano que la adoptó; pues ello hace referencia a una eventual irregularidad procesal que no se traduce de manera directa en una lesión o amenaza de lesión al derecho de defensa o al debido proceso constitucional. Correspondiéndole, según la misma Sala Constitucional, únicamente aquellos defectos procesales que impliquen indefensión, o que se relacionen con las cinco etapas básicas de todo proceso, según se ve a continuación.

- Del derecho fundamental al debido proceso se derivan varios principios: Del derecho al debido proceso se derivan varios principios que tienen relación con las cinco etapas básicas de todo proceso, tales como: el derecho de intimación de cargos, el derecho de acceso al expediente (salvo que el asunto esté todavía en etapa de investigación preliminar según se indica en SCV 2012-010169 y 2019-001882), el derecho de ejercer su defensa, la obligación de fundamentar las resoluciones, el derecho de impugnar la resolución final. Igualmente, otros derechos constitucionales implicados, ya no tanto por la forma (procedimiento), sino por el fondo (sustanciales) serían el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de buena fe y los principios de proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad de la sanción. Finalmente es de obligado respeto el principio de tipicidad, que exige que tanto la conducta

como la sanción estén previamente delimitadas, tal como se explica a continuación.

Sin embargo, pese a todo lo dicho, a partir de SCV 2017-017948 de las 09:15 horas del 08 de noviembre del 2017 (reiterado por 2019-005925 y 2019-004231), la Sala Constitucional pondera su criterio anterior, y determina que, debido a la promulgación de la Reforma Procesal Laboral, Ley N° 9343 de 25 de enero de 2016, vigente desde el 25 de julio de 2017, los asuntos relacionados con la imposición de sanciones a los funcionarios públicos ya no serían de conocimiento constitucional. Entendiéndose lo siguiente.

Para la tutela del debido proceso de las personas servidoras del Estado, con goce de estabilidad en el empleo, con motivo de despido o de cualquier otra medida disciplinaria, los reclamos deben plantearse, ya no en la vía constitucional sino en la laboral. Ello bajo el argumento de que ahora, se cuenta con un proceso sumarísimo (cauce procesal expedito y célere) a cargo de una jurisdicción plenaria y universal. En otras palabras, la tutela del debido proceso en casos de despido o sanciones disciplinarias de los empleados públicos, cobijados por la estabilidad, serán de conocimiento de la jurisdicción laboral (o dependiendo de la pretensión, de la jurisdicción contencioso-administrativa) y no de la jurisdicción constitucional. Así se entiende cuando en dicho voto se indicó lo siguiente:

Iguales razones caben aplicar para las personas servidoras del Estado, respecto del procedimiento ante el Tribunal de Servicio Civil que les garantiza el ordenamiento jurídico, así como **las demás personas trabajadoras del Sector Público para la tutela del debido proceso** o fueros semejantes a que tengan derecho de acuerdo con el ordenamiento constitucional o legal. En fin, **el proceso sumarísimo será de aplicación, tanto del sector público** como del privado, en virtud de un fuero especial, **con goce de estabilidad en el empleo** o de procedimientos especiales para su tutela, **con motivo del despido o de cualquier otra medida disciplinaria o discriminatoria**, por violación de fueros especiales de protección o de procedimientos, autorizaciones y formalidades a que tienen derecho, las mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, las personas trabajadoras adolescentes, las personas cubiertas por el artículo 367, del Código de Trabajo, las personas denunciantes de hostigamiento sexual, las personas trabajadoras indicadas en el artículo 620, y en fin, de quienes gocen de algún fuero semejante mediante ley, normas especiales o instrumentos colectivos de trabajo. Esta nueva legislación incorpora, en el ordenamiento jurídico, una

serie de novedosos mecanismos procesales: como plazos más cortos para la realización de los actos procesales, una tutela jurisdiccional más eficaz, asistencia legal gratuita, implementa la oralidad en los procedimientos; y, como consecuencia, incluye los sub-principios de concentración, inmediación y celeridad, tasa de forma expresa las situaciones en las que cabe ejercer los medios de impugnación, entre otros institutos, todo lo cual tiende a la realización de una eficaz tutela judicial en materia laboral, como garantía de protección de los derechos laborales constitucionales, dadas las nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud de los procesos laborales, lo que constituye una mayor garantía para la efectiva protección de las situaciones jurídicas sustanciales que involucren aspectos laborales y en las que, para su debida tutela, se requiera recabar elementos probatorios o zanjar cuestiones de mera legalidad. De modo, que **las pretensiones deducidas en este recurso de amparo, son propias de ser conocidas a través de los nuevos mecanismos procesales que prevé la citada Reforma Procesal Laboral o, en su caso, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo**, de conformidad con lo resuelto por esta Sala en la Sentencia N° 2008-002545 de las 8:55 horas del 22 de febrero de 2008, motivo por el cual, lo procedente es rechazar de plano el recurso y remitir a la parte interesada a la jurisdicción competente, para que sea allí donde reciba, en forma plena, la tutela judicial que pretende. (Resaltado no corresponde al original).

De forma tal que, todos los amparos que se están planteando, posterior a dicho cambio de criterio, están siendo rechazados de plano. Lo cual pudiera interpretarse como una desmejora de la tutela constitucional, pues aunque la estabilidad es una garantía establecida expresamente en el texto de la Constitución Política, ahora su defensa, no se hará en la Sala Constitucional, sino en sede laboral. Sede no especializada en materia constitucional, donde se conocerán de todas las sanciones y despidos de trabajadores, públicos y privados, aunque los trabajadores públicos tienen un régimen diferente (de Derecho público) y donde además, por estar involucrados, en muchas ocasiones, actos y resoluciones administrativas (de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa), probablemente existirán conflictos de competencia, y dudas del afectado, respecto de la jurisdicción a la cual debe acudir.

3. La “*estabilidad impropia*” de los funcionarios interinos.

En materia de funcionarios públicos interinos, la Sala Constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones que tales funcionarios gozan de estabilidad impropia. Lo que significa, *por un lado*, que no gozan de la estabilidad laboral que tienen los funcionarios nombrados en propiedad; pero, *por otro lado*, siempre gozan de cierta estabilidad, en el sentido de que no pueden ser sustituidos por otro funcionario interino. Lo anterior, por cuanto gozan de una especie de un derecho al puesto, oponible a cualquier otro servidor interino, pero no frente al titular. Así se ha indicado que es un derecho de permanecer en el puesto en el cual la Administración les nombró, hasta que suceda o sobrevenga un hecho que impida o no permita, válidamente, que puedan seguir desempeñándolo, como lo sería, el regreso del titular a la plaza.

Otras consecuencias de ello son las siguientes:

- El hecho de que al funcionario se le hubiese nombrado interinamente para desempeñar un cargo, no tiene la virtud de constituir derecho adquirido o derecho subjetivo alguno a su favor que obligue a la Administración a nombrarlo en propiedad, o a prorrogar su nombramiento en esa plaza en forma indefinida ni a que por el simple transcurso del tiempo se le nombre en propiedad.
- El derecho de ocupar un cargo público no se adquiere con el transcurso del tiempo o por haber ocupado plazas similares por cierto período, sino por tener la idoneidad comprobada para desempeñarlo conforme lo dispuesto por el artículo 192 Constitucional.
- Aunque el artículo 56 constitucional le garantiza a los ciudadanos su derecho a escoger el trabajo que más les agrade o convenga a sus intereses, ello no significa que el Estado les debe proporcionar o mantenerlos en el cargo que han venido desempeñando.

A partir de la reiterada jurisprudencia constitucional¹⁵, se indica que, las únicas causales de remoción de interinos serían:

- cuando sustituye a otra persona por un determinado plazo y éste se cumple,
- cuando el titular de la plaza que ocupa el funcionario interino regresa a ella,
- cuando el servidor ascendido interinamente no supera con éxito el período de prueba establecido por la ley,

15 Ver al respecto, SCV 2019-024992, 2012-003996 y 2002-008544, entre otras.

- cuando la plaza ocupada por el interino está vacante y es sacada a concurso para ser asignada en propiedad, asignándosele a otra persona o por traslado o ascenso en propiedad de otro funcionario,
- en casos calificados como aquellos donde se está frente a un proceso de reestructuración que implica la eliminación de plazas, con el respectivo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para hacerlo,
- cuando el interino ha sido nombrado sin reunir los requisitos. Pues en estos casos, es posible sustituir a un interino por otro más idóneo o mejor calificado, pues prevalece el criterio constitucional de la *"idoneidad comprobada"*.

Finalmente, un criterio reciente (SCV 2019-016833) indica que el servidor interino que es ascendido de forma temporal a otro puesto, pierde el derecho al interinazgo anterior. Indica la Sala que, al haber aceptado el nombramiento en ascenso, se creó una cadena de nombramientos y un derecho subjetivo para el funcionario que fue nombrado en su sustitución. Ahora bien, dado el caso en que el primer funcionario ascendido renunciara a su nombramiento, no necesariamente tiene derecho a volver a su puesto interino anterior, pues ello implicaría para la Administración retrotraer los efectos de su renuncia a las demás personas nombradas por la cadena, lo que sería subordinar el interés general de la Administración al interés particular del renunciante. Así entonces, en aras de siempre respetar y hacer prevalecer el principio de idoneidad, la Sala Constitucional hace la siguiente salvedad, los funcionarios que se encuentren en este supuesto pueden volver a la plaza que venían ocupando en forma interina, cuando a criterio de la Administración, estos servidores sean más idóneos o se encuentran mejor calificados que aquellos que los sustituyeron luego de que ascendieran. De lo contrario, perderían su derecho al interinazgo anterior.

C. Convenciones Colectivas y Derecho de Huelga en el sector público.

Se procede a continuación a tratar los temas de convenciones colectivas (1) y las huelgas (2) en el sector público, porque ello supone una relación directa con el tema del empleo público y las particularidades de su régimen jurídico. Pero únicamente en cuanto al aspecto subjetivo, es decir, para contestar las preguntas siguientes: ¿pueden (todos) los funcionarios públicos celebrar convenciones colectivas?, ¿pueden (todos) los funcionarios públicos ejercer el derecho a huelga?. Nos concentramos en estas dos preguntas porque el resto de temas se enmarcan más dentro del ámbito legal y no del constitucional.

1. Las Convenciones Colectivas en el sector público costarricense.

La Sala Constitucional ha sido clara al indicar que, no se pueda tolerar la negociación colectiva en el sector público, de conformidad con los artículos 191 y 192 constitucionales (SCV 2007-001144). Quedando la negociación colectiva en el sector público, únicamente para el caso de los obreros, trabajadores o empleados, que no participan de la gestión pública. Que son básicamente, los trabajadores de las empresas estatales.

Si se observa con atención la norma constitucional referida al derecho a la celebrar convenciones colectivas¹⁶, es claro que dicha norma no hace distinción alguna entre trabajadores del sector público y del sector privado. Así entonces, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha establecido la prohibición de las convenciones colectivas en el sector público, con la única excepción de los trabajadores de las empresas estatales, según se dijo. Al respecto, para contrastar lo establecido por la mayoría de la Sala, resulta relevante resaltar lo indicado en el voto salvado del Magistrado Cruz, quien al respecto consideró que todos los trabajadores del sector público podrían celebrar convenciones colectivas. Con fundamento en lo siguiente:

... Sin duda alguna debe señalarse que **la Constitución no prevé una prohibición expresa en relación a la celebración de convenciones colectivas en el sector público**; sólo señala algunas limitaciones respecto del ejercicio de la huelga en servicios públicos, dejando a la ley su definición. La existencia de la libertad sindical y de la negociación colectiva no depende, según el derecho de la constitución, de la existencia de una relación laboral, sino que sólo requiere la existencia de los sindicatos. Nuestra regulación constitucional sobre empleo público tuvo una finalidad más específica: estabilidad en el empleo público y la eficiencia en el servicio público mediante la profesionalización y los procesos de selección de personal. Nunca se abordó una discusión particular sobre los derechos colectivos de los funcionarios públicos. Su definición se circunscribió al capítulo de las garantías sociales. (...) Tomando la esencia de los argumentos que ya había expresado el magistrado Carlos Arguedas en un asunto similar, en el voto 2000-

16 **Artículo 62.-** Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados.

4453, estimo que en el sector público, sin distinciones, pueden celebrarse convenciones colectivas, sin desconocer, algunas limitaciones, pero no la supresión total como se asume en el voto de mayoría... (SCV 2013-014499).

Así entonces, la Sala Constitucional distinguió el tipo de trabajadores del Estado en dos, aquellos que realizan gestión pública de aquellos que no (porque realizan gestión privada). Admitiéndose el derecho de negociación colectiva, únicamente para estos últimos. Así ha dicho que los trabajadores que no participan de la gestión pública (que son básicamente los trabajadores de las empresas estatales, aunque se admite también su existencia en otras instituciones públicas, según se verá): *primero* pueden acudir a los procedimientos de resolución de los conflictos colectivos de carácter económico y social previsto en el Código de Trabajo (SCV 1994-003053) y el derecho de acudir al arbitraje bajo ciertas limitaciones (SCV 1992-001696) y *segundo* pueden celebrar convenciones colectivas (SCV 2000-004453) también bajo ciertas limitaciones¹⁷.

El resto de empleados de instituciones públicas, que sí son considerados servidores públicos, tienen ciertas restricciones en cuanto a estos derechos ya que, por ejemplo, *primero* la solución de conflictos colectivos de trabajo, por la vía de la conciliación y arbitraje, es inadmisibile al declararse nulos los laudos en el sector público (SCV 1992-001696); *segundo* como no pueden negociar sus condiciones de empleo y están sometidos a un estatuto especial, no pueden celebrar convenciones colectivas. Siendo inconstitucional la celebración de convenciones colectivas que se celebren en el sector público cuando se trate de personal regido por una relación estatutaria (SCV 2000-004453).

En cuanto al ***procedimiento*** para la celebración de convenciones colectivas en el sector público, la Constitución Política es omisa, siendo materia regulada por ley. Al respecto, ver la reforma al Código de Trabajo, artículos 696 y siguientes.

Sobre el ***uso abusivo del derecho de celebrar convenciones colectivas*** se puede citar la resolución SCV 2000-007730, como una de las primeras sentencias, donde se declararon inconstitucionales varias cláusulas de la convención colectiva de RECOPE por considerar que algunas de ellas violaban los principios de

17 Algunas de estas limitaciones son, sea las cláusulas irrazonables y desproporcionadas, pero tampoco, por la vía de negociación colectiva o arbitraje puede la empresa estatal “*dispensarse o exceptuarse de leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, ni modificar o derogar leyes que otorgan o regulan competencias de los entes públicos, atribuidas en razón de la jerarquía normativa o de las especiales condiciones de la Administración Pública con relación a sus trabajadores.*” (SCV 2000-7730)

razonabilidad y proporcionalidad de las normas, de legalidad y de igualdad, y de los deberes de la función pública.

Así por ejemplo, el artículo 112 de la Convención Colectiva de RECOPE (anulado por esta sentencia) establecía una especie de *bono asistencial* que operaba como un premio para aquellos funcionarios que cumplieran con el deber de asistir al trabajo. El Tribunal Constitucional anuló dicho artículo por cuanto consideró que no es razonable se conceda un bono por cumplir con un deber, pues la asistencia al trabajo es una condición exigida y *“remunerar extraordinariamente el deber de asistencia al trabajo, es un evidente exceso, injustificado, que soluciona una premisa que no es aceptable dentro de los parámetros de constitucionalidad: evitar que los trabajadores se ausenten. Estos de hacerlo, incurrirán en responsabilidad laboral y el patrono está llamado a aplicar el régimen disciplinario.”*

Con argumentos similares, relacionados con el buen uso de los fondos públicos y la desproporcionalidad de ciertas erogaciones, se han presentado con posterioridad varias acciones de inconstitucionalidad en contra de cláusulas de convenciones colectivas en empresas estatales tales como el JAPDEVA¹⁸, INS¹⁹, otras cláusulas de RECOPE²⁰, Banco Nacional²¹, CNFL²², Banco Popular²³, el Estatuto de Personal del ICE²⁴. Estando todavía pendientes de conocer muchos otros expedientes de acciones de inconstitucionalidad en contra de convenciones colectivas²⁵. De las acciones de inconstitucionalidad ya resueltas se observa la declaratoria de inconstitucionalidad, en general, de los siguientes temas (SCV 2018-008882):

18 SCV 2005-006858, y 2006-006729.

19 SCV 2006-007261 y 2006-017437.

20 SCV 2006-007966 y 2008-003936.

21 SCV 2007-001145.

22 SCV 2006-017441 y 2006-005738.

23 SCV 2006-017438.

24 SCV 2006-017746 y expediente 17-003314-0007-CO.

25 Expedientes 16-012591 contra la Convención Colectiva de la Municipalidad de Orotina, 16-016564 contra la Convención Colectiva de la Municipalidad de Mora, 18-008175 contra Convención Colectiva del Banco Popular, 18-009538 contra Convención Colectiva de RECOPE, 18-015847 contra Convención Colectiva de la Municipalidad de Santa Ana, 18-016484 contra la Convención Colectiva de la Municipalidad de Cañas, 18-012476 contra la Convención Colectiva del Banco de Costa Rica, entre otros.

- Inconstitucionalidad de las normas que posibilitan el pago del derecho de cesantía sin número de años. La Sala estableció el límite de 12 años para dicho pago.
- Inconstitucionalidad de las normas que posibilitan el pago del derecho de cesantía en el supuesto de renuncia del trabajador. La Sala admite solamente dicho pago cuando se trata de despido con responsabilidad patronal.
- Inconstitucionalidad de las normas que establecen “*beneficios*” para los trabajadores, que no están relacionados con la relación de empleo, tales como: becas a hijos de trabajadores, transporte a hijos, contribución económica de la institución para financiar actividades sociales o deportivas, etc.

Un aspecto relevante a resaltar sobre esta temática es que, existan Convenciones Colectivas en instituciones públicas, que no son empresas estatales. Tales como Municipalidades. En estos casos, cuando así se ha impugnado mediante acciones de inconstitucionalidad, lo que la Sala Constitucional ha indicado es que, en tales casos, las convenciones colectivas existentes se aplican solo a los trabajadores que no desempeñan función pública (SCV 2013-014499). Así se dijo en tal voto:

En conclusión, las convenciones colectivas no están del todo prohibidas en el sector público, sino que están permitidas únicamente en el caso de los trabajadores que no desempeñan gestión pública, es decir, aquellos cobijados en los artículos 3, 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública. Siendo, la determinación en cada caso concreto de cuáles trabajadores están cobijados en dichas normas, una cuestión ajena a esta jurisdicción constitucional y que corresponde a los operadores del derecho.

(...) La aplicación de una Convención Colectiva en general a todos los trabajadores de la Municipalidad, es inconstitucional por las razones esbozadas, por lo tanto, procede interpretarse que dichas convenciones se aplican únicamente a aquellos trabajadores que no desempeñan gestión pública. No correspondiéndole a esta Sala Constitucional determinar a cuáles trabajadores de la Municipalidad de Heredia sí y cuáles no, les sería aplicables dichas convenciones colectivas, cuestión que quedará a determinarse en el ámbito de la legalidad. Lo anterior, en el mismo sentido en que se dijo mediante la resolución 2000-09690 de las 15:01 horas del 01 de noviembre del 2000:

“... Una misma convención colectiva en el sector público, puede ser, a la vez, constitucional para quienes tienen una relación de trabajo regulada por el Derecho Común, e inconstitucional, para quienes la tienen regulada por el Derecho Público. ¿Quiénes forman parte de uno y otro sector? Eso lo decidirá la propia administración o en su caso el juez ...” (resolución n°2000-09690).

Finalmente, un tema relevante de mencionar es, la **competencia de la Sala Constitucional** para seguir conociendo de acciones de inconstitucionalidad en contra de convenciones colectivas. La cuestión se plantea, principalmente luego de la reforma procesal laboral, que en su artículo 713 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 713.- Lo dispuesto en una convención colectiva firmada con arreglo a las normas de este título solamente podrá ser anulado cuando en vía judicial se declare una nulidad evidente y manifiesta, de acuerdo con la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, de 2 de mayo de 1978, o por medio del proceso de lesividad, atendido a cuestiones de forma en la formación de la voluntad de las partes o cuando se hubieran violado normas legales o reglamentarias de carácter prohibitivo.

Algunos intervinientes en las acciones de inconstitucionalidad presentadas en contra de convenciones colectivas argumentaron ante la Sala Constitucional, su incompetencia, en razón de dicha norma, que parece dejar solo dos caminos para anular una norma de una convención colectiva (procedimiento de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, o un proceso de lesividad). Al respecto, mediante el voto SCV 2018-008882 se resolvió este punto de la siguiente manera:

... este Tribunal mantiene competencia, en cuanto órgano de control de constitucionalidad, para revisar y eventualmente anular cláusulas de convenciones colectivas vigentes en instituciones públicas. El mandato del artículo 713 del Código de Trabajo mencionado, no puede tener la virtud de desactivar la obligación de las autoridades públicas de someterse a los criterios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad que impone el Derecho de la Constitución, los cuales, si bien les permiten un margen de discrecionalidad, les impone a la vez la prohibición de transgredir sus límites, bajo sanción de nulidad, por lesión a la Constitución Política. De igual manera, tampoco podría dicha norma oponerse válidamente a la competencia revisora de la Sala, cuyo sustento es el artículo 10 Constitucional y opera justamente respecto de los actos de las

autoridades públicas para declarar, en caso necesario, su nulidad por ser disconformes con el Derecho de la Constitución, tal como se explicó.

En síntesis, habiendo contestado a la pregunta planteada (¿pueden (todos) los funcionarios públicos celebrar convenciones colectivas?) en el sentido de que únicamente pueden celebrar convenciones colectivas en el sector público aquellos trabajadores que no desempeñan gestión pública, como lo son básicamente los trabajadores de las empresas estatales, o trabajadores que desempeñan gestión privada en municipalidades. Se procede a continuación al examen del derecho de huelga en el sector público.

2. El Derecho de Huelga en el sector público costarricense.

En cuanto al derecho de huelga en el sector público debe indicarse que ha habido un cambio importante. Una era la situación con anterioridad a la aprobación de la Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos (Ley n° 9808), y otra la situación con posterioridad a su aprobación.

Ello por cuanto, sobre el derecho a la huelga en el sector público, la distinción no se ha hecho respecto de los trabajadores sujetos al empleo público y los trabajadores de las empresas estatales -como se hizo en el tema de las convenciones colectivas- sino que la distinción obedece a la prestación de servicios públicos y si estos son considerados esenciales.

La Constitución reconoce el derecho a la huelga como un derecho fundamental (artículo 61 de la Constitución Política²⁶) sin hacer distinción entre trabajadores del sector público o del sector privado. La única restricción proviene de la misma norma en la parte que indica *“salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de estos haga la ley y conforme a las regulaciones que la ley establezca”*.

Veamos la situación antes, y la situación después de aprobada la Ley n°9808.

²⁶ **Artículo 61.**-Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.

Situación antes de aprobarse la Ley n°9808

Del artículo 375 del Código de Trabajo²⁷ y su interpretación por la jurisprudencia constitucional (SCV 1998-01314), se entendía que, no se estaba prohibiendo el derecho de huelga en todos los servicios públicos sino que, a criterio de la ley, podía sujetarse a ciertas limitaciones.

Entonces, el derecho de huelga se ve limitado cuando está presente la prestación de un servicio público. Precisándose, por jurisprudencia constitucional lo siguiente:

- En casos de servicios públicos esenciales (SCV 2011-017212²⁸) la huelga está prohibida. Prohibición que significa que debe prestarse un “servicio mínimo” (más allá de ello, sí podían acudir a huelga): son aquellos por su naturaleza o por el impacto social que tienen, no es posible suspenderlos, discontinuarlos o paralizarlos sin causar daño significativo, grave e inmediato a ciertos bienes jurídicos, como por ejemplo la vida, seguridad o salud; lineamientos que responden a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

27 **Artículo 375.-** No será permitida la huelga en los servicios públicos. Las diferencias que en éstos ocurran entre patronos y trabajadores, así como en todos los demás casos en que se prohíbe la huelga, se someterán obligatoriamente al conocimiento y resolución de los Tribunales de Trabajo.

28 “En 1983, la Comisión de Expertos de la OIT **definió los servicios esenciales como** aquellos “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”. Tal criterio fue adoptado luego por el Comité de Libertad Sindical, para el cual lo determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población (Véanse Recopilación de 1996, párrafo 540; 320.º informe, caso núm. 1989, párrafo 324; 324.º informe, caso núm. 2060, párrafo 517; 329.º informe, caso núm. 2195, párrafo 737; 332.º informe, caso núm. 2252, párrafo 883; 336.º informe, caso núm. 2383, párrafo 766; 338.º informe, caso núm. 2326, párrafo 446 y caso núm. 2329, párrafo 1275.) **Este concepto no es absoluto, puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial** cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y de ese modo pone en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población. (Véanse Recopilación de 1996, párrafo 541; 320.º informe, caso núm. 1963, párrafo 229; 321.º informe, caso núm. 2066, párrafo 340; 330.º informe, caso núm. 2212, párrafo 749; 335.º informe, caso núm. 2305, párrafo 505 y 338.º informe, caso núm. 2373, párrafo 382.) De manera concreta y en lo que interesa a este caso, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT **considera como servicio esencial, entre otros, el sector hospitalario** (véanse Recopilación de 1996, párrafo 544; 300 informe, caso núm. 1818, párrafo 366; 306.º informe, caso núm. 1882, párrafo 427; 308.º informe, caso núm. 1897, párrafo 477; 324.º informe, caso núm. 2060, párrafo 517, caso núm. 2077, párrafo 551; 329.º informe, caso núm. 2174, párrafo 795; 330.º informe, caso núm. 2166, párrafo 292 y 338.º informe, caso núm. 2399, párrafo 1171). El Comité de Libertad Sindical ha aclarado que en los servicios esenciales algunas categorías de empleados, por ejemplo obreros y los jardineros, no deberían verse privados del derecho de huelga. (Véase 333.º informe, caso núm. 2277, párrafo 274 y 338.º informe, caso núm. 2403, párrafo 601), criterio que esta Sala recoge en el sentido que **en el servicio hospitalario, la prohibición de la huelga afecta únicamente a aquellos funcionarios públicos y trabajadores cuya suspensión de labores implique que el usuario no pueda recibir la prestación del servicio de salud**”. (resaltado no corresponde al original).

- En casos de servicios públicos no esenciales (SCV 2018-001115): son todos los demás servicios públicos, y en donde, no existe por tanto, limitación para ejercer el derecho de huelga.

Sobre el derecho de huelga en los servicios públicos, existen en Derecho Comparado, tres posibilidades: la prohibición absoluta, la permisibilidad absoluta, y un sistema mixto como el nuestro. Para la Sala, el numeral 61 de la norma fundamental no podía interpretarse en el sentido de que exista una prohibición total para el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos. Por el contrario, corresponde a la ley determinar los casos en que procede establecer dicha prohibición, tarea que debe responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Por lo demás, esa limitación al ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos es únicamente para aquellos calificados como esenciales. En síntesis, la Sala mantenía el criterio de que, se reconoce el derecho de huelga, pero por otra, admite la posibilidad de imponer ciertas limitaciones tratándose de servicios públicos, limitaciones que:

- solamente pueden ser impuestas por ley.
- que no pueden interpretarse como una prohibición absoluta.
- que se refiere únicamente a los servicios públicos esenciales.
- siendo que, en los servicios públicos esenciales, la prohibición no lo es para todo tipo de trabajadores, debiendo garantizarse un “servicio mínimo”.

Situación luego de aprobarse la Ley n°9808 (SCV 2019-020596)

A finales del año 2019, se tramitó en la Asamblea Legislativa el proyecto de “*Ley para brindar seguridad jurídica sobre la huelga y sus procedimientos*”, expediente legislativo N° 21.049. Dicho proyecto fue en consulta facultativa de constitucionalidad, y la Sala lo resolvió mediante el voto SCV 2019-020596. Luego, ese proyecto de ley se convirtió en Ley de la República, n°9808.

Sobre el tema de la huelga en el sector público y la aprobación de dicha ley, es mucho lo que se puede analizar y discutir. Sin embargo, para mantenernos en la línea de esta pequeña exposición, nos mantenemos en el examen de la pregunta planteada supra: ¿pueden (todos) los funcionarios públicos ejercer el derecho a huelga?

La respuesta varía respecto de la situación anterior, básicamente porque se establece una clasificación de “*servicios públicos esenciales*” mucho más amplia. Así se desprende de la modificación al numeral 376 del Código de Trabajo que establece

que, son servicios públicos esenciales, y por tanto, estará prohibida absolutamente la huelga en servicios como:

- a) Servicios de salud, en todos sus niveles de atención.
- b) Servicios de seguridad pública.
- c) Controladores aéreos y control migratorio.
- d) Servicios de transporte ferroviario, marítimo, carga y descarga en muelles y atracaderos de medicamentos, suministros o equipo médico y bienes perecederos.
- e) Bomberos
- f) Servicios de suministro de agua potable, alcantarillado sanitario y tratamiento de aguas residuales.
- g) Servicios de suministro de energía eléctrica y telecomunicaciones.
- h) Servicios indispensables para la importación, el transporte, la distribución y el suministro de combustible.
- i) Servicio de comedores escolares, así como los servicios de protección, cuidado y/o albergue, de niñez y adolescencia y adultos mayores, personas con discapacidad o en estado de vulnerabilidad.

Luego, se establece otra categoría denominada “*servicios de importancia trascendental*”, en esos se permite la huelga pero debiendo garantizarse una prestación de servicios mínimos, pudiendo durar la huelga, como máximo, 10 días naturales. Son así definidos:

- a) La recolección y el tratamiento de desechos y residuos.
- b) Los servicios que desempeñen los trabajadores ocupados en labores de carga y descarga en muelles y atracaderos.
- c) La anotación y el levantamiento de impedimentos de salida del país, así como los permisos de salida del país para personas menores de edad.
- d) Los procesos de preparación para la celebración de elecciones nacionales, cantonales, referéndum, plebiscitos o consultas populares, en los plazos indispensables para no impedir su celebración.
- e) Los servicios bancarios de depósito y retiro de dineros.
- f) Los servicios de administración de justicia.
- g) Los servicios de aduanas y los servicios de atención a pasajeros y sus pertenencias en puertos, aeropuertos y puestos fronterizos.

Una tercera clasificación es “*servicios de carácter estratégico para la nación*”, y son definidos así los servicios de educación pública (artículo 376 quinquies del Código de Trabajo). En estos casos, la huelga está sujeta a ciertas limitaciones, una

de ellas es que se podrá ejercer por un máximo de 21 días naturales consecutivos o 10 días naturales discontinuos.

Toda esta clasificación legal fue avalada por la Sala Constitucional en el mencionado voto que resolvió la consulta, bajo el argumento de que *“por mandato constitucional goza el legislador de una amplia libertad de configuración para definir qué entiende por servicio público y cuáles son las limitaciones al ejercicio de la huelga en este.”* Nótese además entonces que, ahora, la opción del legislador fue una prohibición absoluta del derecho de huelga en los servicios públicos denominados esenciales. Lo cual también avaló la Sala, cuando dijo: *“esta Sala considera que el Legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración, puede establecer la prohibición absoluta y general de la huelga en los servicios públicos esenciales, siempre que esto no violente el principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad.”*

En síntesis, frente a la pregunta planteada (¿pueden (todos) los funcionarios públicos ejercer el derecho de huelga?), la respuesta sería la siguiente:

-Antes de la ley n°9808, todos los funcionarios públicos podían ejercer el derecho de huelga, con la única limitación de los funcionarios de las entidades que prestaban servicios públicos esenciales (vida, seguridad, salud), en cuyo caso, NO es que tenían prohibido ir a huelga, sino que para hacerlo debían sujetarse a ciertas restricciones, como lo era, la prestación de un *“servicio mínimo”*.

-Con posterioridad a la aprobación de la ley n°9808, los funcionarios públicos están sujetos a las siguientes restricciones para acudir a huelga. Los funcionarios de entidades que prestan servicios públicos clasificados como esenciales tienen una prohibición absoluta de acudir a huelga. Los funcionarios de entidades que prestan *“servicios de importancia trascendental”*, pueden ir a huelga pero debiendo garantizar una prestación de servicios mínimos, y durar, como máximo, 10 días naturales en huelga. Luego, los servicios de educación pública (definidos como *“servicios de carácter estratégico para la nación”*), pueden acudir a huelga, por un máximo de 21 días naturales consecutivos o 10 días naturales discontinuos. Luego, más allá de esta clasificación, se dan algunas otras restricciones, referidas a la huelga política, la huelga contra políticas públicas, la reiteración de huelga, etc. Lo cual hace que la pregunta, en vez de ser: ¿cuáles funcionarios públicos no pueden ir a huelga? Sea: ¿cuáles funcionarios públicos pueden ir a huelga? Ciertamente, serán muchos menos que la situación de antes de aprobarse esta ley.

Síntesis Conclusiva.

De todo este capítulo podemos extraer que en efecto, el régimen de empleo de los servidores públicos se rige por un marco normativo distinto del Derecho privado, y propio del Derecho público. Lo cual impone que, en principio, todos los trabajadores del sector público estén sometidos a un solo estatuto, debiendo demostrar su idoneidad para ingresar, siendo que, una vez ingresados, se les dota de estabilidad en el puesto, a efectos de que no opere un libre despido, sino que, se deba seguir un procedimiento previo para aplicarles cualquier tipo de sanción disciplinaria. Además, en cuanto a derechos asociados a la libertad sindical, tienen limitaciones en beneficio del interés público por cuanto, no pueden celebrar convenciones colectivas (salvo los empleados que no participan de la gestión pública) y pueden ir a huelga, bajo una serie de limitaciones (dependiendo del servicio en cuestión y del tiempo máximo en que pueden ir).

Estos alcances y limitaciones del empleo público están consagrados en el Derecho de la Constitución, encontrándose que en efecto, el empleo público en Costa Rica tiene bases constitucionales. Las cuales no se pueden socavar, ni siquiera por ley, pues hacerlo implicaría su posible declaratoria de inconstitucionalidad.

Bibliografía.

Normativa:

Constitución Política de Costa Rica

Ley General de la Administración Pública

Estatuto de Servicio Civil

Código de Trabajo de Costa Rica

Jurisprudencia:

Sala Constitucional resolución n° 1990-01119.

Sala Constitucional resolución n° 1991-01743.

Sala Constitucional resolución n° 1992-001696.

Sala Constitucional resolución n° 1994-003053.

Sala Constitucional resolución n° 1994-01549.

Sala Constitucional resolución n° 1996-005530.

Sala Constitucional resolución n° 1998-003071.

Sala Constitucional resolución n° 1998-001314.

Sala Constitucional resolución n° 1998-006599.

Sala Constitucional resolución n° 1998-02109.

Sala Constitucional resolución n° 2000-004453.

Sala Constitucional resolución n° 2000-007730.

Sala Constitucional resolución n° 2001-002301.

Sala Constitucional resolución n° 2001-12953.

Sala Constitucional resolución n° 2001-00244.

Sala Constitucional resolución n° 2002-008544.

Sala Constitucional resolución n° 2003-006321.

Sala Constitucional resolución n° 2004-013367.

Sala Constitucional resolución n° 2006-14416.

Sala Constitucional resolución n° 2007-001144.

Sala Constitucional resolución n° 2009-006455.

Sala Constitucional resolución n° 2010-010713.

Sala Constitucional resolución n° 2011-014359.

Sala Constitucional resolución n° 2011-014624.

Sala Constitucional resolución n° 2011-017212.

Sala Constitucional resolución n° 2012-001764.

Sala Constitucional resolución n° 2012-00267.

Sala Constitucional resolución n° 2012-003996.

Sala Constitucional resolución n° 2012-004982.

Sala Constitucional resolución n° 2012-005979.

Sala Constitucional resolución n° 2012-008223.

Sala Constitucional resolución n° 2012-010169.

Sala Constitucional resolución n° 2012-015024.

Sala Constitucional resolución n° 2012-015254.

Sala Constitucional resolución n° 2012-017013.

Sala Constitucional resolución n° 2013-001593.

Sala Constitucional resolución n° 2013-004656.

Sala Constitucional resolución n° 2013-005151.

Sala Constitucional resolución n° 2013-014499.

Sala Constitucional resolución n° 2014-001686.

Sala Constitucional resolución n° 2014-002686.

Sala Constitucional resolución n° 2016-001598.

Sala Constitucional resolución n° 2016-002736.

Sala Constitucional resolución n° 2016-003921.

Sala Constitucional resolución n° 2016-004504.

Sala Constitucional resolución n° 2016-004678.

Sala Constitucional resolución n° 2016-005950.

Sala Constitucional resolución n° 2016-006429.

Sala Constitucional resolución n° 2016-010323.

Sala Constitucional resolución n° 2016-017418.

Sala Constitucional resolución n° 2016-018847.

Sala Constitucional resolución n° 2017-006360.

Sala Constitucional resolución n° 2017-008043.

Sala Constitucional resolución n° 2017-010083.

Sala Constitucional resolución n° 2017-017948.

Sala Constitucional resolución n° 2018-00231.

Sala Constitucional resolución n° 2018-01115.

Sala Constitucional resolución n° 2018-008882.

Sala Constitucional resolución n° 2019-001882.

Sala Constitucional resolución n° 2019-004231.

Sala Constitucional resolución n° 2019-005925.

Sala Constitucional resolución n° 2019-012230.

Sala Constitucional resolución n° 2019-016833.

Sala Constitucional resolución n° 2019-020596.

Sala Constitucional resolución n° 2019-024992.

Sala Constitucional resolución n° 2020-001380.

Sala Segunda resolución n° 370 de las 15 hrs del 11 de noviembre de 1994.

Sala Segunda resolución n° 08 de 14:20 hrs del 10 de enero de 1996.

Sala Segunda resolución n° 155 de 15:20 hrs del 22 de mayo de 1996.

Sala Segunda resolución n° 292 de 10 hrs del 19 de noviembre de 1997.

Sala Segunda resolución n° 146 de 14 hrs del 09 de abril del 2002.

Sala Primera resolución n° 653-F-04 de 11:40 hrs del 05 de agosto del 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos agosto 31, 2017. Caso, Lagos del Campo vs Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos febrero 02, 2001. Caso Baena Ricardo vs Panamá.

Libros y revistas:

HERNANDEZ Rodríguez, Magally (2014). *“Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica: La Constitución como control de la actividad administrativa”*. Editorial Jurídica Continental. 2014.

HERNANDEZ Rodríguez, Magally (2008). “Las empresas estatales en Costa Rica”. Obra Colectiva *“Apuntes de Derecho Administrativo”*. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 2008.

HERNANDEZ Rodríguez, Magally (2007). *“Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público”*. Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2007.

ROMERO Pérez, Jorge Enrique (1998). “Empleo público”. Revista de Ciencias Jurídicas n°86, 1998.

QUIROS Coronado, Roberto (1996). Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional. Editorial Aselex S.A., San José, 1996.