

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° **11442**

22 de octubre, 2013
DJ- 0840-2013

Señores
Máster Zarella Villanueva Monge
Presidenta del Consejo Superior

Marvin Jarquín Sancho
Juez Contravencional y de Menor Cuantía, Pavas

Gustavo Barrantes Morales
Juez Contravencional y de Menor Cuantía, Mora
PODER JUDICIAL
Faxes: 22572744, 22490591 Y 22916649

Estimados señores:

Asunto: *Sobre la aclaración y reconsideración del criterio emitido mediante el oficio 9058-2013 del 29 de agosto de 2013.*

Nos referimos al oficio de fecha 6 de setiembre del año en curso, suscrito por los señores Marvin Jarquín y Gustavo Barrantes, recibido en esta Contraloría General el 12 de ese mes, mediante el cual solicitan aclaración y reconsideración del criterio emitido mediante oficio No. 9058 (DJ-0677-2013) del 29 de agosto de 2013, basados en concreto en lo siguiente:

- Mediante acuerdo del Consejo Superior del Poder Judicial, en sesión No. 85-13 celebrada el 3 de setiembre de 2013, artículo CI, acordó "...2) Solicitar a ese órgano contralor que tenga por aclarado en el informe de referencia que la jornada laboral de ocho horas en el Poder Judicial es discontinua o fraccionada en dos audiencias (de 7:30 a.m. a 12:00 mediodía y de 1:00 p.m. en San José y en otros circuitos de 7:30 a.m. a 11:30 a.m. y de 1:00 p.m. a 4:30 p.m.) con una hora u hora y media de almuerzo (de 12 mediodía a 1:00 p.m. o de 11:30 a las 13:00 horas), en la que las servidoras y servidores no están a la orden o disposición del patrono y puede salir del lugar dónde prestan sus servicios"

- En vista de dicho acuerdo, a su juicio resulta evidente que a la hora de asistir a los sorteos programados por la Junta de Protección Social (JPS) a las 12:55 horas, no están incumpliendo parte de su horario como servidores del Poder Judicial, pues no existe una superposición de horarios entre las dos funciones que desempeñan.

-Por lo anterior, solicitan autorizar la procedencia del correspondiente pago a recibir por los interesados debido a la realización de la mencionada labor de fiscalización.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de contestar dicha solicitud, es necesario reiterar que el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se regula en el artículo 29 de la Ley Orgánica (Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994) y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (Resolución N° R-DC-197-2011), publicado en el diario oficial La Gaceta N° 244 del 20 de diciembre de 2011.

Así las cosas, en ese cuerpo normativo se establecen los requerimientos de obligado cumplimiento para la presentación y trámite de las gestiones de esta naturaleza. Asimismo, es esencial reiterar, que de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, este órgano contralor no tiene por norma referirse a situaciones concretas como la aquí planteada, máxime que son asuntos que corresponde resolver a la institución respectiva, en el ejercicio de sus competencias y pueden ser objeto de revisión mediante una fiscalización posterior.

No se puede dejar de señalar, que en el presente oficio no se está ofreciendo una respuesta específica a las circunstancias planteadas por los consultantes, sino, el criterio emitido en ejercicio tiene un carácter general, cuyo propósito principal es servir de insumo a la Administración, junto con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios del caso, para orientar la toma de decisiones.

Este proceder se funda, en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Es por ello, que la solicitud de autorización efectuada por los interesados dentro de dicha gestión de aclaración y reconsideración de criterio, a fin de obtener la retribución económica correspondiente por las mencionadas labores de fiscalización, es improcedente de acuerdo a su naturaleza específica, y según se ha explicado antes.

II. SOBRE LA ACLARACIÓN Y RECONSIDERACIÓN SOLICITADA DE NUESTRO CRITERIO.

Conforme se indicó en el apartado anterior, esta Contraloría General atiende la consulta efectuando una interpretación normativa, en términos generales, y de ninguna manera, esto representa un criterio en relación con el caso específico de los aquí consultantes.

A) Sobre la norma que habilita la retribución económica

Tal y como se explicó en el oficio No. 9058, de previa cita, las retribuciones económicas a los funcionarios por la labor de fiscalización de sorteos, no se encuentran reguladas por la vía legal, sino, que la Administración de esa entidad, aprovechando la potestad reglamentaria que le otorga el artículo 35 de la Ley de Loterías, No.7395 del 03/05/1994, retoma dicho tema en el año 2000, y

mediante Decreto Ejecutivo N° 28529-MTSS-MP¹, deja patente en el artículo 75, que “(..) La remuneración por la asistencia a los sorteos debe ser fijada por la Junta Directiva”. (Así reformado por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 32739 del 9 de agosto del 2005)

Asimismo, esa potestad fue reafirmada en los artículos 2 y 9 del “Reglamento Interno para el reconocimiento de servicios especiales a los funcionarios que asisten a la celebración de los sorteos y a la lotería y a la recepción de excedentes de loterías”, del 23/5/2000 y vigente a la fecha, cuya publicación se hizo en la Gaceta 202 del 23-10-2000.

Obsérvese, que en este caso, el derecho a la remuneración adicional otorgada a los funcionarios obligados a asistir a los sorteos de lotería, tiempos y otros que celebra esa entidad, opera a partir de normas de rango inferior a la Ley², con lo cual, se podría estar de frente a una infracción al principio de legalidad financiera y presupuestaria, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, en la especie, en los artículos 5 y 107 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, No. 8131 de 18 de setiembre del 2001.

Por lo expuesto, en el caso examinado se reitera la necesidad que la Administración revise jurídicamente el origen y la naturaleza de las compensaciones económicas, por concepto de la asistencia a los sorteos de juegos de azar, que vaya a celebrar la JPS, en especial, aquellas normas con carácter retributivo hacia los funcionarios judiciales o administrativos, sean titulares o suplentes, a efectos, de que sean sustancialmente conformes con el ordenamiento jurídico.

B) Sobre la solicitud de autorización para que se les pague la retribución por la labor de fiscalización de los sorteos celebrados por la JPS.

En cuanto al tema de interés, los consultantes indican, que los funcionarios judiciales asistirán a los sorteos que celebrará la JPS a las 12:55 horas de lunes a viernes, y en forma remunerada.

Por su parte, el Consejo Superior del Poder Judicial, mediante acuerdo tomado en sesión No. 85-13 celebrada el 3 de setiembre de 2013, aclaró a este Órgano Contralor, que la jornada laboral de ocho horas en el Poder Judicial es discontinua o fraccionada en dos audiencias (de 7:30 a.m. a 12:00 mediodía y de 1:00 p.m. en San José y en otros circuitos de 7:30 a.m. a 11:30 a.m. y de 1:00 p. m. a 4:30 p. m.) con una hora u hora y media de almuerzo (de 12 mediodía a 1:00 p. m. o de 11:30 a las 13:00 horas)

De lo anterior, esta Contraloría General toma nota de los términos de dicho acuerdo, en el sentido que ese Consejo Superior parte que la jornada laboral en esa Institución es discontinua o fraccionada, entendida ésta como aquella cuyo descanso abarca una hora o más, donde el

¹ Decreto N° 28529-MTSS-MP del 14 de marzo de 2000 y publicado en el Alcance N° 18 a *La Gaceta* N° 55 de 17 de marzo del 2000 y vigente.

² Véase el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública sobre la Jerarquía de la fuente de las normas.

servidor tiene absoluta libertad de salir del centro de trabajo para tomar sus alimentos o realizar cualquier otra actividad. Razón por la cual, el Poder Judicial no estará obligado a pagar dicho descanso, salvo pacto en contrario.

Ahora bien, tal y como se indicó en el oficio No. 9058, de cita, tanto la Sala Constitucional como esta Contraloría General, han interpretado el contenido del artículo 17 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, No. 8422, en aras de prevenir y evitar cualquier acto irregular que afecte la gestión pública.

En efecto, de conformidad con esa norma, es criterio de esta Contraloría General que ninguna persona podrá desempeñar más de un cargo público remunerado, o no, en los órganos o entidades de la Administración Pública, cuando exista superposición horaria. Desde luego, la finalidad de ese régimen, es evitar una doble remuneración por parte del Estado dentro de la misma jornada laboral, o incurrir en una superposición horaria entre jornadas distintas. Más aún, ese régimen preventivo promueve que el funcionario cumpla con sus deberes en el cargo, bajo los parámetros de una prestación eficiente y eficaz del servicio público.

Dicho lo anterior, en el caso que nos ocupa, esta Contraloría General por supuesto, es respetuosa de los cánones internos estatuidos en el Poder Judicial, en cuanto a la fijación del tipo de jornada ordinaria de trabajo, aún y cuando se considere que los tiempos de descanso (almuerzo y refrigerio, entre otros) forman parte de dicho periodo, conforme se explicó en el oficio No. 9058, de repetida cita.

Desde ese punto de vista, este Órgano Contralor mantiene el criterio en cuanto a la aplicación de los supuestos del artículo 17 de la Ley 8422. De modo, que existe la prohibición de ejercer simultáneamente dos o más cargos públicos en la misma jornada laboral, ya sea que se realice en forma remunerada o no. En ese sentido, ésta sólo opera en aquellos casos en los que exista superposición horaria.

Resta mencionar, que el Consejo Superior del Poder Judicial, ha tomado el acuerdo en la sesión No. 92-13 celebrada el 26 de setiembre del año en curso, el cual fue comunicado a esta Contraloría General de la República el 2 de octubre del presente año mediante el oficio No. 10832-13, en donde literalmente dice:

“1) Ratificar lo dispuesto por este Consejo en sesión No. 85-13 celebrada el 3 de setiembre en curso, artículo CI. 2) Comunicar a la Contraloría General de la República que si bien es cierto la fiscalización del sorteo Juegos Nuevos Tiempos es a partir de las 12:55 p. m., es claro que los licenciados Gustavo Adolfo Barrantes Morales, Marvin Jarquín Sancho y a la licenciada Fabiola Fonseca Madrigal, no pueden en cinco minutos realizar esa fiscalización y trasladarse a sus respectivos Despachos para estar en ellos a la 1:00 p. m. **Se declara acuerdo firme.**”

En virtud de lo anterior, y sin perjuicio de lo señalado en nuestro criterio, se procede a tomar nota de dicho acuerdo, toda vez, que la Administración activa informa sobre la imposibilidad material de que los funcionarios judiciales realicen la labor de fiscalización de los sorteos en la JPS en cinco minutos y luego, se trasladen a sus respectivos Despachos Judiciales, a efectos de cumplir con su jornada laboral a partir de la 1:00 p. m.

III.- CONCLUSIONES:

Una vez analizado el objeto de la solicitud de ampliación y reconsideración interpuesta, este Órgano Contralor mantiene los extremos del criterio brindado mediante el oficio No. 9058 (DJ-0677-2013) del 29 de agosto de 2013, salvo lo referido al tipo de jornada laboral ordinaria que rige en el Poder Judicial. De tal manera, que se reitera lo siguiente:

Primero, los reconocimientos o retribuciones especiales, donde medien fondos del patrimonio público, deben tener su origen en la ley (ex lege) y no en normas de inferior rango, ello, en atención al principio de legalidad o gestión financiera.

Segundo, de conformidad con el numeral 17 de la Ley No. 8422, las compensaciones económicas o los reconocimientos por asistencia a cada sorteo que celebre la Junta de Protección Social pueden otorgarse, siempre y cuando no exista superposición de horarios, puesto que la simultaneidad que prohíbe el legislador, está referida precisamente a sancionar y prohibir que los funcionarios públicos ejerzan dos o más cargos en forma simultánea o dentro de la misma jornada laboral, ya sean que perciban remuneración o no.

Finalmente, se da acuse de recibo del oficio No. 10832-13 mediante el cual comunica el acuerdo correspondiente a la sesión No. 92-13, celebrada por el Consejo Superior del Poder Judicial el 26 de setiembre del año en curso.

Atentamente,



Licda. Rosa Fallas Ibáñez
Gerente Asociada



Lic. Raúl Camacho Méndez
Fiscalizador

RCM/mcc
Ci: Archivo Central
Secretaría General de la Corte Suprema del Poder Judicial
Junta de Protección Social
Ni:20996 y 21668, 24195, ambos del 2013
G: 2013001717-1

