02 de octubre de 2020
P-DJ-0834-2020

Señores
Consejo Consultivo

PAGO A FUNCIONARIOS CON LA CLASIFICACIÓN DE DIARIO Y MENSUAL

Estimados señores:

En atención a la consulta realizada por el Consejo Consultivo mediante el oficio GG-UA-0154-2020 del 03 de septiembre de 2020, en el que solicita a esta Dirección Jurídica analizar el alcance del criterio expuesto en el oficio GAF-0827-2020 del 24 de agosto de 2020, sobre de pago de salarios a funcionarios con la clasificación diario y mensual, en el que se incorpora como antecedente el oficio DRH-0852-2020 del 20 de agosto de 2020 se indica lo siguiente:

La modalidad de pago diario para un grupo de 832 funcionarios cuyos puestos se detallan en el cuadro incorporado en el punto 2 del oficio DRH-0852-2020, surge en la empresa como el resultado de una negociación o acuerdo empresa-sindicato originado hace 31 años, mediante el cual se acordó ubicar a este grupo de trabajadores bajo esta modalidad de pago diario, cuya implementación, si bien no fue introducida al ordenamiento jurídico interno de la empresa mediante un acto normativo al tenor de lo considerado en el criterio jurídico DJU-1113-2014 del 4 de agosto del 2014, no obstante se incorporó de pleno derecho por parte de la administración a los contratos individuales de trabajo de cada uno de esos servidores, cuyos efectos por consiguiente han venido produciéndose en el tiempo generando de ese modo un aumento salarial en las remuneraciones de ese grupo de trabajadores, a diferencia del resto de la población laboral de la empresa cuya modalidad de pago ha sido mensual.

Bajo esta perspectiva, si bien en el acuerdo original suscrito entre las partes el 24 de mayo de 1989, se expusieron una serie de argumentos que justificaban la necesidad de adoptar una medida de equiparación salarial entre un grupo de trabajadores que ya venían disfrutando de la modalidad de pago diario, con relación a otros ubicados en la misma categoría ocupacional que, al ser de pago mensual se veían perjudicados por la diferencia que surgía en el cálculo de las horas extras devengadas en relación con los de pago diario por efecto de la factorización del cálculo entre 26 días para los diarios y entre 30 para los mensuales; se tomó la decisión de trasladar a pago diario al grupo de trabajadores de pago mensual ubicados en puestos similares a los de pago diario, sin tener clara la razón por la cual existía ya un grupo original de trabajadores pagados bajo la modalidad de diarios, y sin considerar más bien la opción de pasar los que estaba en esa condición de pago diario a la modalidad de pago mensual como estaba el resto de trabajadores de la empresa, con lo cual se produjo un aumento salarial para ese segmento laboral, que tampoco abarcó a todos los puestos similares ubicados en la misma modalidad de pago, generándose asimismo a futuro, un trato discriminatorio que se ha venido arrastrando en el tiempo.

Tel. 2284-2700 Ext. 4672
jorgemauricio.pardo@recope.go.cr
www.recope.go.cr

Al día de hoy, se documentan diferencias remunerativas importantes entre los puestos de pago diario con relación a los de pago mensual ubicados en la misma categoría ocupacional, según se expone en el cuadro comparativo incorporado al punto 3 del oficio DRH-0852-2020, situación que motiva la consulta que se atiende de parte del Consejo Consultivo, la cual parte de la propuesta que al efecto realizan tanto la Directora de Recursos Humanos en su referido oficio DRH- 0852-2020 como el señor Gerente de Administración y Finanzas en su oficio GAF-0827-2020, en el sentido de: *"Que todos los funcionarios sean clasificados como mensuales independientemente del puesto, para lograr este objetivo se tiene que realizar gradualmente, para lo cual se respetará los puestos que actualmente están clasificados como diarios y conforme las plazas van quedando vacantes se van cambiando a mensuales".*

En principio debemos señalar que, al margen del acuerdo empresa-sindicato por medio del cual se negoció la aplicación de la modalidad de pago diario al grupo de trabajadores que hoy lo disfrutan, lo cierto es que al incorporar esa modalidad de pago a los contratos individuales de trabajo y hacerla efectiva y sostenida en el tiempo por 31 años, la administración ejerció una potestad administrativa propia que ha generado derechos subjetivos a los trabajadores beneficiarios por dicha condición, incluso se han incorporado a otros trabajadores como es el caso de los oficiales de seguridad y vigilancia del edificio Hernán Garrón Salazar.

La Ley General de la Administración Pública (LGAP) establece los mecanismos legales por medio de los cuales la administración pública puede anular o dejar sin efectos los actos administrativos generadores de derechos subjetivos, los cuales están protegidos en favor del administrado por el Principio de Intangibilidad de los Actos Propios consagrado en el artículo 183 de la LGAP, el cual postula que la Administración no puede anular de oficio, los actos que haya emitido y que sean declaratorios de derechos, debiendo recurrir al proceso judicial de lesividad para su anulación. El proceso de lesividad está regulado en los artículos 10 inciso 5), 34 y 39 inciso 1 punto e) del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley No. 8508 de 28 de abril de 2006) y está constituido como el proceso judicial en el cual la propia Administración autora de un acto administrativo declaratorio de derechos solicita su nulidad.

Por su parte el artículo 173 de la LGAP regula un procedimiento de excepción a la regla antes comentada, pues permite a la Administración anular actos propios declaratorios de derechos en la vía administrativa, sin recurrir al proceso judicial de lesividad, siempre que se trate de actos que posean vicios de nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

Sobre esa posibilidad excepcional, la Sala Constitucional ha expuesto:

"A tenor del numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, un ente u órgano público bien puede anular en vía administrativa un acto declaratorio de derechos para el administrado pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad… (proceso en el cual la parte actora es una administración pública que impugna un acto propio favorable para el administrado pero lesivo para ella) cuando el mismo esté viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. La nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República —acto preparatorio del acto anulatorio final—." (Voto No. 1003-2004 de las 14 horas 40 minutos de 4 de febrero de 2004. Se añade la negrita). (Dictamen de Procuraduría General de la República N° 085 del 02/04/2019).

Ahora bien la Ley N°9635 de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, dispuso en el TRANSITORIO XXIX del Capítulo III de las Disposiciones Transitorias al Título III, Modificación de la Ley N° 2166, Ley de Salarios de la Administración Pública, que:

"Las instituciones que cancelen los salarios de sus servidores con una modalidad distinta de la contemplada en el artículo 52 deberán hacer los ajustes correspondientes dentro de los tres meses posteriores a la vigencia de esta ley. Se harán los cálculos y los ajustes necesarios para que el cambio en la periodicidad del pago no produzca una disminución o aumento en el salario de los servidores."

Por su parte el artículo 52 de la Ley de Salarios de la Administración Pública N° 2166, dispone lo siguiente:

"Modalidad de pago para los servidores públicos. Las instituciones contempladas en el artículo 26 de la presente ley ajustarán la periodicidad de pago de los salarios de sus funcionarios con la modalidad de pago mensual con adelanto quincenal. "

Por su parte el TRANSITORIO XXV del Capítulo III de las Disposiciones Transitorias al Título III de la referida Ley N°9635 de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, señala expresamente que:

"El salario total de los servidores que se encuentren activos en las instituciones contempladas en el artículo 26 a la entrada en vigencia de esta ley no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten."

Como vemos, nuestro ordenamiento jurídico le otorga a la Administración la posibilidad de modificar la periodicidad de pago de sus empleados que mantienen una forma de pago distinta a la mensual según lo dispone la Ley N°9635, que ordena a todas las instituciones del sector público que cancelen los salarios de sus servidores con una modalidad distinta de la de pago mensual con adelanto de quincena, según lo dispone el artículo 54 de la Ley de Salarios de la Administración Pública N° 2166, trasladarlos a esa modalidad de pago mensual dentro de los tres meses posteriores a la vigencia de esta ley, tomando en cuenta que los cálculos y ajustes necesarios para el cambio en la

periodicidad del pago, se harán de manera que no produzca una disminución o aumento en el salario de los servidores.

De manera que la Ley N°9635, instruye y faculta a las administraciones del sector público a realizar el traslado de todos sus servidores a la modalidad de pago mensual, cuando vengan recibiendo sus salarios bajo una modalidad de pago distinta, pero siempre y cuando realicen los cálculos y ajustes para el cambio en la periodicidad del pago, sin que se produzca una disminución o aumento en el salario de los servidores, de manera que se cumpla con lo dispuesto en el Transitorio XXV citado, en cuanto dispone que el salario total de los servidores que se encuentren activos en las instituciones a la entrada en vigencia de esta ley, no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten.

En el caso de los trabajadores de pago diario en RECOPE, se produce una situación particular por cuanto si bien reciben su pago en forma mensual con adelanto de quincena, lo cierto es que a la hora de calcular sus salarios mensuales se factoriza por 26 días en vez de 30 como sucede en el caso de los mensuales, metodología que genera un faltante de cuatro días al mes para completar sus respectivas jornadas ordinarias por lo que al completar el tiempo servido, genera pagos de tiempo extraordinario adicionales por la misma jornada ordinaria de trabajo que cumplen en forma mensual, o sea, al quedar cuatro días de la jornada mensual al descubierto, se pagan como jornada extraordinaria y eso es lo que les genera una remuneración mayor que la del resto de trabajadores de cálculo mensual a 30 días, por el cumplimiento de la misma jornada de trabajo.

En este caso, en realidad no se trata de ajustar la periodicidad en la forma de pago porque, como se dijo, reciben también sus pagos de salario de forma mensual con adelanto de quincena. El problema surge por la fórmula de cálculo que se aplica para obtener el salario mensual de los diarios, de manera que si se elimina esa metodología de pago debe hacerse la conversión en procura de que sus remuneraciones no se vean disminuidas conforme lo dispone la Ley N° 9635 y su reglamento.

Esta situación ya ha sido considerada en el pasado por la Dirección General del Servicio Civil, que en un esfuerzo por implementar las disposiciones contenidas en la Ley N° 9635 y su reglamento desarrolló una fórmula matemática para la conversión de los salarios de pago bisemanal a pago mensual con adelanto de quincena, según se aprecia en el oficio AOTC-UCOM-INF-003-2019 de fecha 07 de febrero del 2019 el cual se anexa a este criterio. Si bien la situación en el caso de RECOPE es distinta a la que se plantea en el oficio citado, se parte en ambos casos del espíritu derivado de la Ley N° 9635 y su reglamento, cual es procurar reducir el impacto del gasto público en remuneraciones, en beneficio del Fortalecimiento de las Finanzas Públicas y de la reducción del déficit fiscal que aqueja al Estado Costarricense, de manera que en el caso de la metodología de pago de los trabajadores ubicados en la modalidad de pago diario, se debe idear la fórmula de conversión a pago mensual a 30 días, que ajuste particularmente el rubro de tiempo extraordinario que es en el que surge el problema, siendo esa una competencia de carácter técnico que le corresponde a la Dirección de Recursos Humanos de la empresa.

Desde el punto de vista jurídico, la Administración no solo tiene la potestad legal sino que también el deber de realizar el ajuste a la luz de lo dispuesto, como lo hemos visto, en la Ley N° 9635 y su reglamento, mandato que ordenó realizar dichos ajustes dentro de los tres meses posteriores a su entrada en vigencia, tomando en consideración que, al realizar la conversión, no se disminuya ni se aumente la remuneración de los trabajadores, para lo cual deberá solicitarse a la Dirección de Recursos Humanos elaborar la propuesta técnica adecuada al efecto.

En vista de que esta modalidad de pago diario no se encuentra contemplada en la normativa empresarial, ni surge como un derecho subjetivo derivado de la Convención Colectiva de Trabajo, su desaplicación debe observar un debido proceso muy breve sin las características de los procedimientos ordinario y sumario administrativo, sino más bien ad-hoc, considerando que se realice la conversión correspondiente de los salarios, por lo que su comunicación al grupo de trabajadores involucrados puede realizarse vía Circular, en la que se incluya la lista completa de colaboradores de pago diario, el fundamento legal y la fórmula de conversión del salario que se aplique. Por su parte la Dirección de Recursos Humanos remitirá, vía correo electrónico, a cada uno de los trabajadores bajo la modalidad de pago diario, un comunicado que contenga una copia de la circular con un estimado individual por cada trabajador del salario actualizado, según la fórmula de cálculo de la conversión, concediéndoles al efecto un plazo de cinco días hábiles a partir del recibo del correo electrónico respectivo, para que hagan sus observaciones únicamente en cuanto al resultado de la operación matemática de cálculo de su salario, bajo el apercibimiento de que no se conocerán ni se resolverán objeciones en cuanto al derecho de fondo.

De este modo reiteramos que, a efectos de implementar el mandato legal contenido en la Ley N° 9635, debe solicitarse a la Dirección de Recursos Humanos que realice los cálculos y ajustes correspondientes para que el cambio en la modalidad de pago de los trabajadores diarios pasen a mensual, sin que se produzca una disminución o aumento en los salarios que vienen percibiendo.

Se debe advertir con el debido respeto que, realizar el cambio de modalidad de pago sin hacer estos ajustes que ordena la ley, podría generar responsabilidad administrativa con eventuales consecuencias indemnizatorias para la empresa, considerando que se trata de 832 funcionarios los que podrían reclamar a nivel judicial, el pago de indemnizaciones con los intereses legales correspondientes así como las costas del juicio.

Precisamente para tener una estimación clara de la cuantificación de esa posible indemnización a la que se expondría la empresa ante el cambio de modalidad de pago sin realizar el ajuste correspondiente para que los salarios promedio de los diarios no se vean disminuidos, se le había solicitado al Departamento de Administración de Compensaciones e Incentivos mediante el oficio P-DJ-0777-2020 de fecha 10 de setiembre de 2020 un informe sobre las remuneraciones de todos los trabajadores de pago diario, aportando un listado de cada uno de ellos en forma individualizada, en el que se refleje el promedio de los últimos seis meses de salario mensual devengado y en el

que se indique también, cuánto representa de más, en relación con la remuneración de esos mismos trabajadores, si su modalidad de remuneración hubiera sido mensual durante ese mismo período de seis meses de muestra.

Mediante el oficio ACI-0370-2020 de fecha 17 de setiembre del 2020 suscrito por Ronny Valverde Herrera, se exponen las razones por la cuales no es posible atender esta solicitud en la fecha indicada sea el 17 de setiembre del año en curso sino que requiere de un tiempo aproximado de cuatro meses para preparar la información.

Así las cosas, en lo que respecta a las competencias materiales propias de esta Asesoría Jurídica, se rinde el informe solicitado, quedando pendiente los cálculos y estimaciones que debe aportar la Dirección de Recursos Humanos, para efectos ofrecerle al Consejo Consultivo un panorama completo para la toma de decisión.

Atentamente,

JORGE MAURICIO PARDO AMADOR (FIRMA)

Firmado digitalmente por JORGE MAURICIO PARDO AMADOR (FIRMA)
Fecha: 2020.10.02 10:51:52 -06'00'

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por ZORAIDA FALLAS CORDERO (FIRMA)
Fecha: 2020.10.02 12:05:46 -06'00'

Jorge Mauricio Pardo Amador
Abogado

V°B° Zoraida Fallas Cordero
Directora Jurídica

JPA/jqr

Anexo: GG-UA-0154-2020
AOTC-UCOM-INF-003-2019 Pago Mensual Adelanto Quincenal

CC. : Alejandro Muñoz Villalobos, Presidente
Max Umaña Hidalgo, Gerente General
Gerentes de Área
Emilce Álvarez Castro, Directora de Recursos Humanos
Oscar Acuña Céspedes, Director de Planificación
María Lorena Alpízar Marín, Asesora SAS Presidencia
Manuel Rey González, Asesor Ejecutivo de la Presidencia

Tel. 2284-2700 Ext. 4672
jorgemauricio.pardo@recope.go.cr
www.recope.go.cr