

**Al contestar refiérase
al oficio N.° 13112**

05 de setiembre, 2019
DFOE-SOC-0907

Señor
Román Macaya Hayes
Presidente Ejecutivo y Presidente de Junta Directiva
CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL (CCSS)

Señores
María de los Ángeles Solís Umaña
Fabiola Abarca Jiménez
REPRESENTANTES DEL PODER EJECUTIVO

Marielos Alfaro Murillo
Christian Steinvorth Steffen
Álvaro Salas Chaves
REPRESENTANTES DE LOS PATRONOS

Maritza Jiménez Aguilar
José Luis Loría Chaves
Mario Devandas Brenes
**REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
JUNTA DIRECTIVA**

CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL (CCSS)

Estimados señores(as):

Asunto: Emisión de orden a la Junta Directiva y al Presidente Ejecutivo

La Contraloría General de la República (CGR), en el ejercicio de sus potestades constitucionales y legales ha procedido con el estudio de una denuncia presentada, en contra de los acuerdos suscritos por el Presidente Ejecutivo de la CCSS, señor Román Macaya Hayes, Ministros de Gobierno y representantes sindicales, los días 20 y 21 de febrero y el 12 de agosto, todos correspondientes al 2019, en la cual se alega incumplimiento del Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas¹ (LFFP en adelante), Ley N.° 9635 y, concretamente, se nos pide disponer la anulación de dichos acuerdos por ser contrarios a la ley de forma evidente y manifiesta.

¹ Publicada en el Diario Oficial La Gaceta N.° 225 de 04 de diciembre de 2018.

DFOE-SOC-0907

2

05 de setiembre, 2019

I. Antecedentes

La cronología de hechos denunciados y analizados se resume de la siguiente manera:

1. Que la LFFP, fue publicada en el Diario Oficial La Gaceta N.º 225 de 04 de diciembre de 2018, fecha en la que entró a regir. En particular, el artículo 3 del Título III, adiciona el artículo 26 al Capítulo III de la Ley N.º 2166, Ley de Salarios de la Administración Pública, contemplando dentro de su ámbito de aplicación a la Administración Central, entendida como el Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración adscritos a los distintos Ministerios, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, y las dependencias y los órganos auxiliares de estos. También a la Administración descentralizada: autónomas y semiautónomas, empresas públicas del Estado y municipalidades.

2. Que en el contexto de la implementación de la LFFP, los representantes, de la CCSS (Presidente Ejecutivo, Gerente General a/c Gerencia Médica, Gerente Administrativo, Gerente Financiero) y de los Sindicatos (Unión Nacional de Empleados de la Caja y la Seguridad Social (UNDECA), Sindicato Nacional de Enfermería (SINAE), Unión Médica Nacional, Sindicato de Profesionales en Ciencias Médicas de la CCSS e Instituciones Afines (SIPROCIMECA), Asociación Nacional de Profesionales en Enfermería (ANPE), Sindicato Nacional de Asistentes de Servicios de Salud (SINASS), Asociación de Empleados de Seguro Social (AESS), Sindicato de Técnicos, Auxiliares y Asistentes Administrativos de Farmacia de la Caja Costarricense de Seguro Social y Afines (SINTAF), Federación Costarricense de Trabajadores de la Salud (FECTSALUD)); firmaron un acta que consigna los acuerdos de 20 de febrero de 2019, en la cual se alude a los siguientes aspectos: anualidades, incentivos, complementos, sobresueldos y pluses salariales, dedicación exclusiva, prohibición, carrera profesional, evaluación del desempeño, auxilio de cesantía, pago bisemanal, regla fiscal y tope al salario total.

3. Que entre el 20 y 21 de febrero de 2019, el Presidente Ejecutivo de la CCSS, la Ministra de Planificación Nacional y Política Económica y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, suscribieron una Adenda al acuerdo celebrado el 20 de febrero de 2019 entre la CCSS y los Sindicatos, en la cual se indican asuntos relacionados con la elaboración de estudios técnicos sobre el sistema de pagos conforme a los alcances y aplicación de la Ley N.º 9635 y la elaboración e impulso de un proyecto de ley para excluir del ámbito de aplicación del artículo 52 de dicha ley a la Caja Costarricense de Seguro Social.

4. Que el 12 de agosto de 2019 los representantes del Gobierno (Ministro de la Presidencia y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social), de la CCSS (Presidente Ejecutivo y el Gerente General) y de los sindicatos institucionales que constituyen el Frente Sindical para la Defensa de la CCSS (UNDECA, SINAE, Unión Médica Nacional, SIPROCIMECA, Sindicato Médicos Especialistas (SINAME), ANPE, SINASS, AESS-FECTSALUD, SINTAF-FECTSALUD); suscribieron una nueva Acta de Acuerdos, en la que se refieren a los siguientes temas: mantenimiento de la vigencia y efectos de los

DFOE-SOC-0907

3

05 de setiembre, 2019

acuerdos 1.1 y 2.1 del acta del 20 de febrero del 2019, carrera profesional, pago bisemanal, regla fiscal, auxilio de cesantía, estipulaciones del acta de acuerdos del 20 de febrero de 2019, artículo 40 de la Normativa de Relaciones Laborales de la CCSS, Política y Reglamento de contratación de servicios a terceros, estudio integral de puestos de la CCSS, situación del FRAP, reglamento de concursos para el nombramiento en propiedad, aplicación del aumento salarial, procedimientos administrativos en proceso, cláusula de paz laboral.

En el citado documento, entre otras cosas, se señala que la CCSS acudirá ante la sede jurisdiccional competente a interponer un proceso de lesividad relacionado con el numeral 1.1 titulado "Anualidades" y el párrafo del numeral 2.1, titulado "Incentivos, complementos, sobresueldos y pluses" del Acta de Acuerdos celebrada entre la CCSS y representantes sindicales para la implementación de la LFFP, firmada el 20 de febrero de 2019. Así también, que la CCSS mantendrá la vigencia y efectos de las anteriores disposiciones del Acuerdo de partes (numerales 1.1 y 2.1 del Acta del 20 de febrero del 2019) hasta tanto se emita sentencia judicial, en firme, que resuelva el referido proceso.

2. Análisis de la Contraloría General.²

Tal y como se ha señalado en el punto anterior, representantes de la CCSS suscribieron en conjunto con representantes de los trabajadores y en algunos casos Ministros de Gobierno, al menos tres documentos (fechados 20 de febrero, 21 de febrero y el 12 de agosto, todos del año 2019) en relación con la aplicación del Título III de la LFFP en los cuales se alude a temas como: anualidades, incentivos, complementos, sobresueldos y pluses salariales, dedicación exclusiva, prohibición, carrera profesional, evaluación del desempeño, auxilio de cesantía, pago bisemanal, regla fiscal, tope al salario total. Asimismo, en el último de los acuerdos se menciona, que la CCSS acudirá ante la sede jurisdiccional competente a interponer un proceso de lesividad en lo referente al punto 1.1 "anualidades" y el punto 2.1 "incentivos, complementos, sobresueldos y pluses", extremo que genera la solicitud planteada en la denuncia tendiente a que esta Contraloría General proceda a declarar la nulidad evidente y manifiesta.

Sobre el particular, interesa señalar que el tema de la nulidad, sea evidente y manifiesta como la prevista en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), N.º 6227, como califica la denuncia, o bien la nulidad absoluta, más no evidente ni manifiesta, que requiere ser declarada mediante un juicio de lesividad, comparten una misma premisa y es la de estar frente a actos administrativos favorables y generadores de derechos.

Según nuestro sistema legal vigente, un acto administrativo tiene ciertos elementos básicos, como motivo, contenido y fin que resultan esenciales para su reconocimiento

² Valga indicar, que las consideraciones que se hacen en el presente documento, guardan relación únicamente con el Título III de la LFFP, toda vez que el análisis del ajuste de la CCSS al Título IV (regla fiscal) corresponde al trámite presupuestario a partir del ejercicio presupuestario del 2020.

DFOE-SOC-0907

4

05 de setiembre, 2019

jurídico (artículos 131 a 133 LGAP) y como parámetros de legalidad toda vez que el contenido debe ser lícito (132), el motivo legítimo (133) y el fin ajustado a la ley (131), pero cuando se alude a actos generadores de derechos la exigencia aumenta en consideración a que éstos comprometen u obligan a la entidad frente al beneficiario del acto, al punto que para anular la decisión se debe llevar a cabo un procedimiento.

Para que un acto se estime generador de derechos, además de cumplir con los requisitos dispuestos de manera general para cualquier acto administrativo debe identificar con precisión el derecho concedido, la normativa en que se sustenta y los beneficiarios debidamente individualizados.

Por último, sólo el Estado y los demás entes públicos pueden dictar actos administrativos (artículos 1 y 3 LGAP) en general y en especial cuando se trate de ejercer la función administrativa, dentro de la cual se entiende la prestación de un servicio público, actos que están sometidos al principio de legalidad, es decir, a la necesaria habilitación legal para actuar.

Así las cosas, no toda actuación desplegada por una entidad pública corresponde al ejercicio de una función administrativa, ni tampoco su resultado puede ser tenido sin más como un acto administrativo.

Ahora bien, una lectura detallada de los citados acuerdos da cuenta, de una excepcionalidad tal que los aleja de la posibilidad legal de ser considerados como actos administrativos. Primero, como acuerdo que es, obedece a una actuación multilateral, es decir, intervienen varias partes, mientras que los actos administrativos son siempre atribuibles sólo y exclusivamente a la Administración en el ejercicio de sus competencias, como manifestación libre y unilateral de la voluntad y no como resultado de coyunturas o situaciones diferentes, al punto que la presión y la violencia son causas que pueden viciar tales actos, cuando constituyan desviación de poder, en otras palabras, cuando los fines que se pretendan cumplir se aparten de las regulaciones legales existentes (130 LGAP).

Segundo, el contenido de los acuerdos es diverso, van desde meras declaraciones como la referida al trabajo conjunto en pro de la presentación de un proyecto de ley para regular el pago bisemanal, hasta la intención de una declaratoria de lesividad en lo que corresponde al reconocimiento de anualidades y otros pluses. Pero todo ello, sin ninguna motivación, ni indicación de la normativa que lo sustenta, esto en sentido contrario a la motivación siempre exigida para cualquier acto administrativo (136 LGAP).

Tercero, la intención de las partes vincula con el interés de lograr una interpretación sobre el contenido y alcance de lo que ellos estiman son derechos adquiridos, como resultado de la irretroactividad de toda ley que impide afectar derechos patrimoniales adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas (artículo 34 Constitución Política). Interpretación que, por su propia naturaleza y pese a ser compartida por los suscriptores de los acuerdos, dista de ser una declaración constitutiva de un derecho propiamente dicho. En suma, la

DFOE-SOC-0907

5

05 de setiembre, 2019

decisión de mantener inalterable la metodología sobre la que se calcula el pago de ciertos extremos laborales, no es en sí mismo un derecho adquirido.

Luego, el principio de irretroactividad de la ley no implica la existencia de lo que sería un presunto derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico, de conformidad con el cual una norma posterior no podría introducir entonces ningún tipo de cambio o ajuste, por más que la realidad fiscal del país así lo exija, escenario en el que las normas no podrían ser nunca modificadas y habría que desechar la posibilidad de alguna regulación futura de un tema previamente normado.

Bajo este escenario, la conclusión es que no estamos frente a actos administrativos y, si esta premisa básica falta, pierde interés discutir si la anulación de un acto que como tal no ha nacido a la vida jurídica, debería plantearse en vía administrativa o en la sede judicial, porque sencillamente no hay un acto concreto y favorable que eliminar del ordenamiento.

Así las cosas, no es jurídicamente posible que la Contraloría General proceda -según la pretensión de la denuncia- a declarar la nulidad los citados acuerdos, y tampoco que la CCSS proceda a emitir una declaratoria de lesividad, porque no hay actos que declarar lesivos al interés público, con la intención de instaurar luego el respectivo proceso judicial.

Por otra parte, la Ley N.º 9635 incorpora cambios relevantes para todo el Sector Público, en razón de que el empleo público constituye un tema central de la gestión administrativa, tanto por su participación del gasto estatal como por el rol fundamental que tienen los recursos humanos en la prestación de los servicios públicos. En relación con esto, es importante disponer de esquemas remunerativos que garanticen su sostenibilidad financiera, transparencia en el uso de los recursos y el necesario equilibrio fiscal.

Bajo esta inteligencia, la partida de remuneraciones en el Sector Público se ha caracterizado -entre otras cosas-, por tener un mayor peso de los incentivos salariales y un menor peso del salario base. Particularmente en la CCSS, en promedio en el periodo 2014-2018 los incentivos salariales representaron un 42% de la partida de remuneraciones, mientras que las remuneraciones básicas representaron un 32%. Además, usualmente el comportamiento de los incentivos salariales ha sido mucho más dinámico que el de las remuneraciones básicas.

Lo anterior es consecuencia del diseño de un sistema compensatorio, que se caracteriza precisamente por tener un componente base y una serie de pluses o incentivos salariales, en algunos casos definidos de forma porcentual, que generan un crecimiento cada vez mayor conforme avanza el tiempo. Lo anterior, es relevante por el crecimiento inercial, las inequidades intra e inter generacionales e institucionales y el debilitamiento de una herramienta de política de remuneraciones, como instrumento para promover una mayor contribución del recurso humano a los resultados organizacionales.

En virtud de tal circunstancia, la LFFP introduce a nivel legal criterios de responsabilidad y sostenibilidad fiscal para el uso racional y eficiente de los recursos públicos por parte de

DFOE-SOC-0907

6

05 de setiembre, 2019

todo el Sector Público, a través de los cuales se pretende, en el ámbito de la implementación del Título III de la citada Ley, orientar la gestión del Estado para que las remuneraciones de la función pública se dirijan hacia un esquema de eficiencia y calidad en el gasto público. En particular, se busca un mayor control en el crecimiento de las remuneraciones en el mediano plazo y el fortalecimiento de la evaluación del desempeño y su vinculación con la gestión y sus resultados.

Teniendo claro entonces el propósito, ámbito de aplicación y el alcance transversal de la LFFP, ciertamente los acuerdos suscritos no pueden representar un obstáculo jurídicamente válido para impedir su aplicación, habida cuenta que no tienen el rango y, mucho menos, la idoneidad jurídica para desaplicar una norma legal ni pretender por la vía de la negociación, excluir a la CCSS del ámbito de aplicación de una ley que expresamente la incluye.

Si esto fuera posible jurídicamente, cada vez que no se quiera aplicar una norma legal, bastaría entonces adoptar un acuerdo con terceros, emitir una resolución administrativa o dictar una norma interna en sentido contrario, para invocarlos luego como un supuesto impedimento para su aplicación, bajo el pretexto que hacerlo iría – supuestamente- en contra de los derechos de los firmantes del acuerdo o los destinatarios de la resolución o la norma.

En ese sentido, el artículo 26 inciso 2) de la Ley de Salarios de la Administración Pública -así reformado por la Ley N.º 9635- expresamente señala, que las disposiciones de dicha norma resultan aplicables a todas las instituciones autónomas y semiautónomas y, en ese tanto, obligadas a su cumplimiento.

Por lo demás, cualquier conducta -activa u omisa- orientada a interferir en la aplicación de la LFFP, es susceptible de generar responsabilidad en los términos de los artículos 11 de la Constitución Política, 11 de la LGAP, N.º 6227, 3 y 4 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.º 8422 y 110 inciso e) de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N.º 8131.

ORDEN

Conforme lo expuesto y con fundamento en las competencias de fiscalización otorgadas a la Contraloría General de la República en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, artículo 12 y 37 inciso 6 de su Ley Orgánica (Ley N.º 7428), se ordena lo siguiente:

A la Junta Directiva de la CCSS y a su Presidente Ejecutivo o a quienes ocupen los respectivos cargos:

1.- En razón de que los acuerdos de febrero y agosto de 2019 no constituyen actos administrativos declaratorios de derechos, abstenerse de iniciar un proceso judicial de lesividad o cualquier otro tipo de procedimiento en vía administrativa para la declaratoria

DFOE-SOC-0907

7

05 de setiembre, 2019

de nulidad del numeral 1.1, titulado “Añualidades” y el párrafo del numeral 2.1, titulado “Incentivos, complementos, sobresueldos y pluses” contenidos en el “Acta de Acuerdos” suscrita el 20 de febrero de 2019 por representantes de la CCSS y representantes sindicales.

2.- Aplicar el Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N.º 9635, en las condiciones, términos y plazos establecidos en dicha norma.

3.- Sesionar extraordinariamente en un plazo máximo de cinco días hábiles después de notificado el presente documento, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Constitutiva de la CCSS, con la finalidad de que dichas autoridades adopten los acuerdos que acrediten el acatamiento de lo señalado en los puntos 3.1 y 3.2 anteriores y envíen copia a la Contraloría General de la República.

En relación con lo ordenado en el presente oficio, el Órgano Contralor advierte que cualquier actuación -omisa o activa- por parte de esa Administración, en contraposición a lo establecido en la LFFP, o en general que resulten disconformes con el ordenamiento jurídico, podrán ser objeto de eventuales responsabilidades.

Finalmente, no se omite señalar que el artículo 69 de la LOCGR, establece que cuando en el ejercicio de sus potestades el Órgano Contralor haya cursado órdenes a los sujetos pasivos y estas no se hayan cumplido injustificadamente, las reiterará por una sola vez y fijará un plazo para su cumplimiento; pero de mantenerse la desobediencia una vez agotado el plazo, se tendrá como falta grave y dará lugar a la suspensión o a la destitución del funcionario o empleado infractor, según lo determine la Contraloría General.

Atentamente,



Lic. Manuel Corrales Umaña. MBA
Gerente de Área

Licda. Damaris Vega Monge
Asistente Técnico

Licda. Karla Salas Solano. MBA
Fiscalizadora

mmg

ce Expediente
Secretaría de Actas de la CCSS
Auditor Interno de la CCSS

NI: 21619 (2019)

G: 2019003017-2