

San José, 28 de enero del 2022

Criterio N° DJ-41-2022

Licda. Silvia Navarro Romanini

Secretaria General de la

Corte Suprema de Justicia

S. D.

Estimada Señora:

Me refiero a lo dispuesto en el acuerdo del Consejo Superior N° 2-19 del 10 de enero del 2019, XIII, y el cumplimiento parcial del mismo mediante segundo informe de oficio PJ DGH AP 5516 2021 del 16 de diciembre de 2021, comunicado a esta unidad asesora el día 17 de diciembre de 2021.

Al respecto, expresamos las siguientes consideraciones:

I.- Antecedentes:

En sesión N° 94-16 del 12 de octubre de 2016, Artículo I, el Consejo Superior conoció y acogió un informe de la Auditoría Judicial, en donde se dispuso:

“Con base en las consideraciones anteriores, Acoger la recomendación 4.1 de la Auditoría y en consecuencia suspender en forma definitiva la aplicación que se venía dando al Transitorio III de la Ley 7302 (Ley Marco de Pensiones) en cuanto a los requisitos para el otorgamiento del descuento (dos por uno), antes de la medida transitoria que se dispuso en la sesión de este Consejo Superior, N° 100-15 celebrada el 12 de noviembre del 2015, artículo LXXXVII. En ese entendido, la disposición transitoria III de la Ley Marco de Pensiones (descuento del 2 x 1), aplica única y exclusivamente a las jubilaciones ordinarias reguladas en el numeral 224 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, la persona servidora se podría jubilar si ha cumplido entre 55 y 60 años de edad y el número de años trabajados para la Administración Pública sea al menos de 30”.

En sesión 070-2018 de 7 de agosto de 2018, artículo XX dicho cuerpo colegiado dispuso lo siguiente:

“Se acordó: 1.) Deberá la Dirección Jurídica en coordinación con la Dirección de Gestión Humana, determinar las sumas giradas demás a las personas jubiladas judiciales que se vieron beneficiadas con la aplicación del TRANSITORIO III (dos por uno) de la Ley denominada Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional N°7302, y en caso de tratarse de actos declarativos de derechos o de errores aritméticos proceda a instaurar el procedimiento más idóneo, sea de nulidad absoluta, evidente y manifiesta en vía administrativa o el proceso de lesividad en sede jurisdiccional. En aquellos casos en que la Dirección Jurídica considere que los beneficios jubilatorios otorgados son ilegítimos, deberá informar al Tribunal de la Inspección Judicial para que investigue y sienta las responsabilidades que correspondan.”

En razón de lo acordado, mediante criterio de oficio DJ-4137-2018 de fecha 18 de diciembre de 2018, esta unidad asesora indicó al Consejo Superior lo siguiente:

“Me refiero al acuerdo tomado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión N° 70-18 celebrada el 7 de agosto de 2018, en donde se dispuso lo siguiente: “1.) Deberá la Dirección Jurídica en coordinación con la Dirección de Gestión Humana, determinar las sumas giradas demás a las personas jubiladas judiciales que se vieron beneficiadas con la aplicación del TRANSITORIO III (dos por uno) de la Ley denominada Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional N°7302, y en caso de tratarse de actos declarativos de derechos o de errores aritméticos proceda a instaurar el procedimiento más idóneo, sea de nulidad absoluta, evidente y manifiesta en vía administrativa o el proceso de lesividad en sede jurisdiccional. 2.) En aquellos casos en que la Dirección Jurídica considere que los beneficios jubilatorios otorgados son ilegítimos, deberá informar al Tribunal de la Inspección Judicial para que investigue y sienta las responsabilidades que correspondan.”

Al respecto, nos permitimos manifestar lo siguiente:

Con motivo de las acciones necesarias para la ejecución efectiva del referido acuerdo, esta unidad asesora se avocó a analizar los diferentes supuestos que podrían plantearse con motivo del inicio de un procedimiento anulatorio de los diferentes actos administrativos que tienen relación con la aplicación eventualmente indebida del denominado Transitorio III.

En este sentido, debe tomarse en consideración que, entre los requisitos para la validez de la anulación en vía administrativa de un acto favorable al administrado, se encuentra que esa potestad se ejercite dentro de un plazo específico.

Antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo (ley n.º 8508 del 28 de abril del 2006), ese plazo de caducidad era de cuatro años, contados a partir de la emisión del acto, según lo dispuesto en el artículo 173, inciso 5), de la LGAP.

Posteriormente, el CPCA reformó el artículo 173 de cita, siendo que su inciso 4) dispone actualmente que *“La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo, caducará en un año, a partir de la adopción del acto, salvo que sus efectos perduren”*. De manera adicional el indicado Código estableció que la caducidad de los actos emitidos con anterioridad al año 2008 se regiría por la norma vigente al momento de su dictado.

El análisis preliminar realizado se puede esquematizar de la siguiente manera:

	1 Enero 2008	
		
Termino para declarar la nulidad		
4 años		Efectos continuados y hasta un año después.
La posibilidad de anular todo acto previo a enero 2008 está caduco.		Todo acto en que la persona siga percibiendo jubilación o pensión sería anulable
Artículo 175.- Caducará en cuatro años la potestad del administrado para impugnar el acto absolutamente nulo en la vía administrativa y jurisdiccional, sin que se apliquen al respecto los plazos normales de caducidad.		Artículo 175.- El administrado podrá impugnar el acto absolutamente nulo, en la vía administrativa o la judicial, en el plazo de un año contado a partir del día siguiente a su comunicación. Tratándose de actos de efectos continuados, el plazo se computará a partir del cese de sus efectos.

Efectos		
		<ul style="list-style-type: none"> • Declarativos y retroactivos sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. • Será anulación e inaplicabilidad a futuro • Procedería analizar los efectos hacia futuro de cada caso
Opciones		
		<ul style="list-style-type: none"> • En sede administrativa
		<ul style="list-style-type: none"> • Lesividad
Resultados esperados		
		<ul style="list-style-type: none"> • Mantener lo concedido a pasado
		<ul style="list-style-type: none"> • Valorar casos de ajustar a futuro (duda cuando sea por edad, sin duda cuando fue por años de servicio erróneo) • Valorar si hay casos de no otorgar más el beneficio a futuro
Requerimientos		
		<ul style="list-style-type: none"> • Determinar cantidad afectados • Analizar razonamiento particularizado • Lista de personas con acto administrativo • Expediente de cada persona con sus antecedentes, acto administrativo.

		<ul style="list-style-type: none"> • Detalle de los pagos realizados. • Declaración de Lesividad o inicio del procedimiento por CP.
--	--	---

Por lo anterior, para la implementación de lo acordado se requerirá distinguir entre los acuerdos adoptados previamente al 1 de enero de 2008 (donde posiblemente caducó la posibilidad de anular de los actos) de los acordados con posterioridad a dicha fecha, toda vez que los mismos son casos típicos de actos con efectos continuados.

De manera adicional, para el correcto análisis de las diferentes situaciones jurídicas, se deberá verificar de manera particularizada, el motivo por el cual el acto respectivo podría estar viciado de nulidad (sea por la inexistencia de uno u otro supuesto del indicado transitorio o ambos) y la situación actual del jubilado.

Lo anterior, toda vez que otra valoración que se deberá realizar es que la persona continuó cotizando y posiblemente a esta fecha ya tenga la edad supuesta en la norma, si no lo tuvo originalmente.

Es de relevancia indicar que los eventuales vicios de nulidad que se puedan determinar sólo podrían ser anulados previo debido proceso en donde se garantice el derecho de defensa y audiencia de las personas beneficiadas por el acto y por ende, afectadas con la eventual nulidad.

Por lo anterior, para efectos de nuestro labor, necesariamente se requiere la existencia de un expediente administrativo previo que contenga los insumos necesarios para el inicio del procedimiento anulatorio, mismo que sólo podría ser suministrado por la Dirección de Gestión Humana.

Como se advierte, la valoración que realice esta unidad asesora necesariamente requiere el insumo de la Dirección de Gestión Humana, en cuanto a los antecedentes de cada caso y la clasificación de cada persona según sea que se encuentre en los siguientes supuestos:

- a) Personas que se les aplicó correctamente el indicado transitorio.
- b) Personas que se les aplicó el transitorio sin contar con ninguno de los dos requisitos de la norma
- c) Personas que se les aplicó la norma a pesar de no contar con los años de servicio necesarios
- d) Personas que se les aplicó la norma a pesar de no contar con la edad necesaria.
- e) Otros supuestos

Dicho informe deberá estar debidamente razonado y aportar el acto administrativo mediante el cual se otorgó en su momento la correspondiente jubilación.

Una vez que se reciba dicha información, debidamente documentada, se podría proceder a su análisis particularizado y determinar la procedencia del procedimiento anulatorio si fuera el caso y la consecuencia de anular la respectiva conducta administrativa.

Asimismo, consideramos priorizar el análisis de casos anteriores al año 2008 e ir realizando el análisis por segmentos bianuales, de manera tal que el estudio jurídico no se realice de todos los casos de una sola vez, sino conforme el avance que realice la Dirección de Gestión Humana.

Por lo anterior, es nuestro criterio que la redacción del acuerdo de la sesión N° 70-18 celebrada el 7 de agosto de 2018, no es la más conveniente, en tanto que no queda clara la delimitación de responsabilidades de cada una de las partes intervinientes en el proceso, ni el iter procedimental necesario para que esta unidad asesora pueda realizar su labor.

De manera adicional desde el punto de vista técnico, debe entenderse que no es procedente lo indicado en el aparte del dispositivo del acuerdo que indica: *“2.) En aquellos casos en que la Dirección Jurídica considere que los beneficios jubilatorios otorgados son ilegítimos, deberá informar al Tribunal de la Inspección Judicial para que investigue y sienta las responsabilidades que correspondan.”*

Lo anterior, en tanto que la determinación de ilegitimidad del beneficio, sólo procederá una vez concluido el respectivo procedimiento o proceso, según fuere el caso, por lo que será una vez adoptado el acto final por el órgano decisor – sea Corte Plena- y no el órgano instructor, que se podrá determinar si existen o no responsabilidades disciplinarias que requieran ser investigadas.

A mayor abundamiento debe tomarse en consideración que el indicado acuerdo es omiso para efecto de la determinación de responsabilidades que no son de tipo disciplinario, sino propias de la responsabilidad civil, en caso de determinarse dolo o culpa grave en los servidores responsables de la adopción del respectivo acuerdo.

De conformidad con lo anterior, nos permitimos recomendar al Consejo Superior, se modifique el referido acuerdo de la sesión **Nº 70-18** celebrada el **7 de agosto de 2018**, de la siguiente manera:

“1.- Disponer que la Dirección de Gestión Humana realice un estudio de las jubilaciones otorgadas desde el 1 de enero del año 2008 hasta la fecha, en donde se haya aplicado el indicado transitorio III del Régimen General de Pensiones con cargo al Presupuesto Nacional.

2.- Con base en cada estudio realizado, la Dirección de Gestión Humana deberá referir a la Dirección Jurídica un informe por períodos bianuales de los casos, en donde se adjuntará a cada uno de ellos un expediente que contenga al menos la siguiente información:

- *Personas que se les aplicó correctamente el indicado transitorio.*
- *Personas que se les aplicó el transitorio sin contar con ninguno de los dos requisitos de la norma*
- *Personas que se les aplicó la norma a pesar de no contar con los años de servicio necesarios*
- *Personas que se les aplicó la norma a pesar de no contar con la edad necesaria.*
- *Otros supuestos*

3.- A cada caso debe acompañarse de un expediente con el acto administrativo que dio lugar a la jubilación y el estudio respectivo, en donde deberá constar el estado actual de la persona jubilada, fundamentalmente en lo que corresponde a cuotas cotizadas con posterioridad a la jubilación y edad a este momento de la persona

3.- Una vez recibido cada bloque bianual, la Dirección Jurídica realizará el análisis respectivo de cada caso y determinará:

- *Procedencia o no de la apertura de un procedimiento anulatorio.*
- *Determinación de si procede un procedimiento administrativo o lesividad si fuere el caso.*

- *Consecuencias posibles de una eventual anulación de cada caso.*
- 4.- *Con base en lo determinado, la Dirección Jurídica emitirá un informe para conocimiento de este Consejo Superior a efecto de adoptar las respectivas decisiones respecto del respectivo bloque de casos de jubilados de análisis.*
- 5.- *Las respectivas responsabilidades administrativas, de existir, serán determinadas una vez que se cumpla el respectivo procedimiento anulatorio.*
- Finalmente, esta unidad asesora estima necesario indicar que lo planteado garantiza mayor economía procedimental y consistencia a la hora del análisis de las diferentes situaciones jurídicas que se puedan plantear sobre el tema de análisis”.*

En sesión del Consejo Superior N° 2-19 del 10 de enero del 2019, XIII, se acogió la recomendación de esta unidad asesora y consecuentemente se adoptó el acuerdo cuya parte dispositiva literalmente dice:

“Se acordó: Tener por rendido el informe N° DJ-4137-2018 de la Dirección Jurídica, en consecuencia: Tener por modificado el acuerdo tomado por este Consejo en sesión N° 70-18 celebrada el 7 de agosto de 2018, de la siguiente manera:

1.- *Disponer que la Dirección de Gestión Humana realice un estudio de las jubilaciones otorgadas desde el 1 de enero del año 2008 hasta la fecha, en donde se haya aplicado el indicado transitorio III del Régimen General de Pensiones con cargo al Presupuesto Nacional.*

2.- *Con base en cada estudio realizado, la Dirección de Gestión Humana deberá referir a la Dirección Jurídica un informe por períodos bianuales de los casos, en donde se adjuntará a cada uno de ellos un expediente que contenga al menos la siguiente información:*

- *Personas que se les aplicó correctamente el indicado transitorio.*
- *Personas que se les aplicó el transitorio sin contar con ninguno de los dos requisitos de la norma*
- *Personas que se les aplicó la norma a pesar de no contar con los años de servicio necesarios*
- *Personas que se les aplicó la norma a pesar de no contar con la edad necesaria.*
- *Otros supuestos*

4.- *A cada caso debe acompañarse de un expediente con el acto administrativo que dio lugar a la jubilación y el estudio respectivo, en donde deberá constar el estado actual de la persona jubilada, fundamentalmente en lo que corresponde a cuotas cotizadas con posterioridad a la jubilación y edad a este momento de la persona*

4.- *Una vez recibido cada bloque bianual, la Dirección Jurídica realizará el análisis respectivo de cada caso y determinará:*

- *Procedencia o no de la apertura de un procedimiento anulatorio.*
- *Determinación de si procede un procedimiento administrativo o lesividad si fuere el caso.*
- *Consecuencias posibles de una eventual anulación de cada caso.*

5.- Con base en lo determinado, la Dirección Jurídica emitirá un informe para conocimiento de este Consejo Superior a efecto de adoptar las respectivas decisiones respecto del respectivo bloque de casos de jubilados de análisis.

6.- Las respectivas responsabilidades administrativas, de existir, serán determinadas una vez que se cumpla el respectivo procedimiento anulatorio.

2.) En razón de lo anterior, la Dirección Gestión Humana deberá presentar un cronograma a este Consejo de la forma en que se atenderán las recomendaciones, valorando de forme prioritariamente los asuntos de vieja data.

La Dirección Jurídica tomará nota para lo que corresponda.”

Conforme a lo anterior, es entendido de que la Dirección de Gestión Humana tiene una función preparatoria de la información que es necesaria para determinar la eventualidad de realizar acciones para anular el respectivo acto administrativo.

En este orden de ideas, la Dirección de Gestión Humana realiza cumplimiento parcial del mismo mediante oficio PJ DGH AP 5516 202 1 de 16 de diciembre de 2021, comunicado a esta unidad asesora el día 17 de diciembre de 2021, y en donde se determina lo siguiente:

“Por lo anterior y basados en los acuerdos alcanzados entre ambas Direcciones y siguiendo las recomendaciones de su estimable persona en la figura de Director Jurídico, se procede a entregar a su despacho, el primer corte de casos analizados por la Dirección de Gestión Humana, bloque que se compone de la siguiente forma:

Año 2015

Total de jubilaciones estudiadas 156

Jubilaciones con aplicación incorrecta del Transitorio III de la Ley 7605; 83 casos.

Año 2014

Total de jubilaciones estudiadas; 129

Jubilaciones con aplicación incorrecta del Transitorio III de la Ley 7605; 40 casos.

Resumen:

Total de jubilaciones estudiadas: 285 expedientes

Total de casos a trasladar a la Dirección Jurídica: 123 carpetas”.

Por el volumen de los documentos guardados en las carpetas, la información se entregará en la Recepción de la Dirección Jurídica, contenida en un dispositivo de almacenamiento extraíble USB.”

Fundado en lo anterior, se procede al siguiente análisis:

I.- Sobre la nulidad del acto administrativo:

La Ley General de la Administración Pública establece en su contenido las regulaciones generales atinentes a la nulidad de los actos administrativos, en tanto dispone que los mismos podrán estar viciados de tal manera cuando uno de sus elementos constitutivos esté ausentes o estando presentes no cumplen el fin público buscado.

En este sentido, el acto administrativo posee al menos los siguientes elementos:

- **Motivo:** Las circunstancias fácticas que dan lugar a la decisión administrativa.
- **Contenido:** Lo que el acto dispone en sí, conforme al respectivo motivo.
- **Fin:** El fin público buscado con el acto administrativo.
- **Procedimiento:** La concatenación de conductas administrativas que dan lugar al acto administrativo.
- **Motivación:** La fundamentación técnica o jurídica del respectivo acto administrativo.
- **Competencia:** El acto administrativo debe ser emitido por sujeto competente.

Sobre los elementos constitutivos de todo acto administrativo, el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, en redacción del suscribiente, mediante voto 105-2015 de las trece horas con cuarenta y cinco minutos del dieciséis de octubre del año dos mil quince, ha indicado:

“IV.III.- Consideraciones sobre las conductas formales de la Administración Pública: La actuación formal de la Administración Pública se materializa en la adopción de actos administrativos, entendidos éstos como las declaraciones unilaterales de voluntad, juicio o conocimiento que se emiten en ejercicio de la función administrativa, generadoras de efectos internos o externos, individuales o generales de alcance normativo o no. Dichos actos pueden tener alcance concreto o general, según sus efectos vayan a uno o varios administrados específicos o que tengan un alcance más indeterminado. En el caso de los actos de alcance concreto, la Ley General de la Administración Pública establece como elementos formales, la motivación (fundamentación de lo decidido) que fundamenta la conducta administrativa, su forma de instrumentación, así como el procedimiento adoptado para su materialización. Con respecto a la motivación, se ha definido de la siguiente manera: "Así, la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto. No es éste desde luego el criterio de la doctrina clásica que limita la motivación a la enunciación de los antecedentes de hecho y de derecho

(es decir a la expresión de la causa). Nos parece más adecuado basar el requisito de la motivación en la enunciación de las razones que han determinado el dictado del acto, lo cual permite incluir la exteriorización de otro elemento considerado esencial: la finalidad. Si bien esta conclusión no es reconocida en forma expresa, muchos tratadistas la admiten virtualmente en cuanto afirman que el requisito de la motivación constituye uno de los primeros pasos hacia el reconocimiento del recurso de desviación de poder, pero lo cierto es que al limitar el concepto de motivación a la expresión de la causa, no toda la doctrina advierte la importancia que ella puede tener para acreditar la existencia de un defecto o vicio en el elemento finalidad." (CASSAGNE, Juan Carlos, El Acto Administrativo, Buenos Aires, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, p. 212-213). Con respecto al procedimiento, resulta de relevancia indicar que es un mecanismo de auto tutela administrativa, mediante el cual, a través de una serie de actos y actuaciones concatenadas se hace posible el acto administrativo final. En razón de lo anterior, el cumplimiento del debido proceso es una garantía para el administrado, en el sentido de que, asegura que éste sea escuchado en el proceso de conformación del acto, que eventualmente podría ser lesivo a sus intereses y a su vez, garantiza la armonía de la decisión final conforme al interés público y su eventual control de legalidad ya sea en sede administrativa -vía recursiva- o jurisdiccional. Es por dicho motivo que tanto la Sala Constitucional como la Jurisdicción Contencioso Administrativa han dado especial relevancia en materia de tutela de los derechos fundamentales y tutela de situaciones jurídicas subjetivas, a las garantías mínimas que debe poseer el debido proceso en sede administrativa. La necesaria ritualidad garantista del derecho de audiencia y defensa, en conjunto con el mantenimiento de determinados principios inherentes y transversales al curso del procedimiento tornan de especial relevancia la cautela que la Administración debe tener -en la figura de sus integrantes del Órgano Director del Procedimiento y responsables decisores-, en la adopción de actuaciones, decisiones y resoluciones, siempre orientadas, por una parte a la búsqueda de la verdad real (art. 214.2 LGAP) y por otra a la interpretación menos formalista y más acorde a la admisión y decisión con respecto a las peticiones del administrado (art. 224 LGAP)".

Conforme a lo indicado, el análisis de todo acto administrativo debe ir orientado a verificar si en el mismo se encuentran presentes todos estos elementos o si uno de estos está ausente o no es conforme al ordenamiento jurídico o a la ciencia y la técnica.

La ausencia de uno de esos elementos puede dar lugar a un vicio de nulidad del acto, conforme lo dispuesto por la Ley General de la Administración Pública en los siguientes artículos:

“Artículo 158.-

1. La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.

2. *Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.*
3. *Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.*
4. *Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.*
5. *Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente”*
“Artículo 166.-Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente”.
“Artículo 167.-Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta”.

Sobre este tema, el voto 128-2017-V de las once horas del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete de la Sección V del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, en redacción del suscribiente, indicó lo siguiente:

“V.- Consideraciones generales sobre la nulidad del acto administrativo: *La Administración Pública, se manifiesta fundamentalmente mediante la emisión de actos jurídicos, entendidos éstos como declaraciones de voluntad, juicio o conocimiento capaces de producir un efecto jurídico hacia terceros, con el fin de provocar el nacimiento, modificación o extinción de derechos o deberes por parte de los administrados. Dichos actos administrativos se presentan en nuestro ordenamiento como el más claro ejercicio de la función administrativa y por dicha razón, nuestra Ley General de la Administración Pública, exige que cuenten con una serie de elementos constitutivos, tanto formales como materiales, para su plena validez y eficacia. Como elementos formales del acto administrativo, encontramos tanto la competencia del órgano responsable de su emisión, como la investidura y legitimación del servidor que emite el acto y el cumplimiento de determinados requisitos en la emisión de la voluntad de éste, sea su razonabilidad, proporcionalidad, la ausencia de error, dolo y violencia en la voluntad y la sujeción a las reglas de la técnica y la ciencia, fundamentalmente. Con respecto a este último aspecto, para efectos de la presente resolución, resulta de especial relevancia lo señalado en el párrafo 2 del artículo 130 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto indica lo siguiente: "El error no será vicio del acto administrativo pero cuando recaiga sobre otros elementos del mismo, la ausencia de éstos viciará el acto, de conformidad con esta ley". De conformidad con esta disposición, la existencia de error en un acto administrativo puede viciar de tal modo un acto administrativo que implique la inexistencia de uno de sus elementos, tanto formales como materiales. Como elementos materiales del acto administrativo, se pueden determinar los siguientes: a) Motivo, entendido como los antecedentes y presupuestos de hecho y derecho que fundamentan la necesidad, oportunidad, conveniencia y legitimidad del acto administrativo. b) Contenido, el cual consiste en la parte dispositiva o declarativa de todo acto c) Fin público buscado con la emisión del*

correspondiente acto administrativo, como resultado perseguido en función del motivo del acto. Concretamente, con respecto al motivo del acto administrativo, es menester acotar que el párrafo 1 del artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública señala que dicho elemento deberá "... ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto" . En este orden de ideas, Ernesto Jinesta Lobo en el Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, ha señalado lo siguiente: "... habrá ausencia de motivo o causa cuando los hechos invocados como antecedentes y que justifican su emisión son falsos, o bien, cuando el derecho invocado y aplicado a la especie fáctica no existe -v.g. si la ley o el reglamento que le dan sustento se encuentran derogados, modificados, reformados o anulados por inconstitucionales-. El acto administrativo, sea reglado o discrecional, debe siempre fundamentarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes, lo mismo que en el derecho vigente, de lo contrario faltará el motivo..." En virtud de que el motivo es el antecedente que da a luz el acto administrativo, para efectos de cualquier análisis de una situación concreta, reviste una importancia fundamental, tanto para verificar su existencia misma, como para determinar su correlación con el contenido del acto, de conformidad con lo señalado en el párrafo 1 del artículo 132 de la Ley General de la Administración Pública. Con relación al contenido del contenido del acto, la indicada Ley dispone: "Artículo 132.- 1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarca todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas. 2. Deberá ser, además, proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados. 3. Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa. 4. Su adaptación al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido arriba indicadas, éstos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo". En el anterior orden de ideas, la existencia y perfección de los indicados elementos del acto administrativo - junto con los señalados ut supra- son evidencia de su validez y conformidad con el ordenamiento jurídico. El párrafo 1 del artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública indica al respecto: "La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste." La consecuencia de la eventual invalidez de un acto administrativo, sea por la inexistencia o imperfección de uno de los elementos del acto, es la nulidad o anulabilidad del acto. En este sentido, Eduardo Ortiz Ortiz en obra Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública (Costa Rica) señala los alcances de la nulidad absoluta de la siguiente manera: " i) El acto nulo configura una falta personal del servidor agente; ii) No se presume legítimo ni puede ser ejecutado; iii) Es intrínsecamente ineficaz iv) Su ejecución es una vía de hecho, contra la cual hay protección interdictal; v) Es permitida la desobediencia pacífica del acto nulo, aunque no la resistencia al mismo; vi) La ejecución coactiva del acto nulo genera responsabilidad civil de la Administración y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor o servidores responsables, vii) El vicio que padece es insubsanable..." . Por lo anterior, corresponde al juzgador verificar la efectiva existencia de todos los elementos del acto administrativo, en tanto que éstos serán determinantes para

su potencial aptitud de emitir efectos jurídicos. Lo anterior, en tanto que cuando la parte actora en un proceso advierte vicios de nulidad en un acto administrativo concreto, lo procedente es determinar si en el caso en particular concurren los supracitados elementos o si por el contrario, se carece de alguno de ellos, sea tanto en el aspecto formal como sustancial. Lo anterior, tomando siempre en consideración la naturaleza propia del acto y las situaciones jurídicas subjetivas que se generan a su amparo, como presupuesto necesario del referido análisis...”

Conforme a lo anterior corresponde a la Administración el determinar si en sus conductas administrativas formales se cumple a cabalidad con el bloque de legalidad aplicable a la materia, así como las reglas de la ciencia y la técnica y en el entendido de que la necesidad de anular un acto totalmente viciado de nulidad resulta imperativa y no es facultativa para la Administración Pública que así lo determine.

En este sentido, el artículo 174 de la Ley General de la Administración Pública dispone lo siguiente:

“Artículo 174.-

1. La Administración estará obligada a anular de oficio el acto absolutamente nulo, dentro de las limitaciones de esta Ley”.

Corolario de lo anterior, son las consecuencias y reglas aplicables al acto viciado de nulidad absoluta y que describen en las siguientes normas:

“Artículo 169.-No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución.

Artículo 170.-

1. El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar”.

En razón de lo anterior, encontrándose advertida la Administración de la eventual nulidad de un acto administrativo resulta inevitable proceder al análisis respectivo, toda vez que el mismo posee una serie de consecuencias jurídicas tanto para el emisor del mismo, como para su receptor.

Conteste con lo anterior, la misma LGAP indica lo siguiente:

“Artículo 162.-El recurso administrativo bien fundado por un motivo existente de legalidad, hará obligatoria la anulación del acto”.

Conforme a las anteriores consideraciones, será necesario que, si la Administración llega a determinar un vicio de nulidad en determinados actos administrativos, proceda a realizar los procedimientos anulatorios que se indicarán posteriormente, dado que el acto eventualmente viciado de nulidad absoluta no tiene la potencialidad de generar efectos jurídicos válidos.

II.- Caducidad de la nulidad del acto administrativo:

Sobre el tema de la caducidad en la nulidad de actos similares relacionados con el otorgamiento eventualmente inválido de jubilaciones al amparo de determinadas normas, el Ex Magistrado Óscar González Camacho en un informe requerido por la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación del Transitorio III a que se refiere el presente estudio, indicó:

“Por último, no se puede omitir analizar el tema de la caducidad del proceso judicial. Esto motivó que en oportunidades anteriores se valorara que, por el tiempo que había transcurrido desde el otorgamiento de la jubilación, la gestión anulatoria resultaba improcedente por la caducidad de dos meses que establecía la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante lo anterior, de conformidad con el numeral 21 de dicho cuerpo normativo, lo cierto es que por tratarse de actos de efectos continuados, se preveía la excepción a la aplicación del término de caducidad cuando la acción pretenda la inaplicabilidad futura del acto.

Esto es reiterado en el actual Código Procesal Contencioso Administrativo, por virtud de los artículos 34 y 40, según lo cuales, resulta posible, con independencia del tiempo ordinario de caducidad, cuestionar actos absolutamente nulos para efectos de su inaplicabilidad futura en tanto estos continúen produciendo efectos jurídicos, es decir, en tanto la conducta administrativa formal que se pretenda impugnar sean actos de efectos continuados, siendo las jubilaciones el arquetipo de esta categoría jurídica.

En este sentido, debe señalarse que el transitorio III del Código Procesal Contencioso Administrativo dispuso que “El régimen de impugnación de los actos que hayan quedado firmes en la vía administrativa antes de la vigencia del presente Código, se regirá por la legislación vigente en ese momento.” A partir de esta norma, se podría entender que en el caso de las jubilaciones otorgadas cuando aún se encontraba vigente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo ya no pueden ser cuestionadas.

Sin embargo, debido a que dicha normativa mantenía incólume la posibilidad de atacar el acto si este continuaba produciendo efectos para que se declare su inaplicabilidad futura, situación también regulada en el Código Procesal Contencioso Administrativo, entonces un proceso de lesividad que tenga por objeto, precisamente, la inaplicabilidad futura, no puede considerarse caduco, en la medida en que esta nunca ha operado, como sí aconteció si lo que se pretende es la declaratoria de nulidad con efectos retroactivos.

Así, tratándose de pensiones cuyo acto de otorgamiento adquirió firmeza hace más de un año, únicamente procede solicitar la anulación para efectos de inaplicabilidad futura, según el precepto 40 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

En el caso de que se hayan otorgado pensiones cuya firmeza se haya dado dentro del último año, el proceso de lesividad deberá plantearse según las reglas y consecuencias del artículo 39 de dicho cuerpo normativo, y en consecuencia, la nulidad se deberá solicitar con efectos retroactivos y con repetición de lo pagado de más”.

No obstante, es menester indicar que, en la deliberación con motivo del referido informe, el ex Magistrado Jinesta Lobo indicó lo siguiente:

“Debo reconocer que me avoqué también al estudio de la propuesta que se le hace a esta Corte y creo que la propuesta parte de un enfoque simplista, porque el tema no es tan simple como decir aquí hay actos de efecto continuado. Y esto lo digo porque fui también integrante de la Comisión Redactora del Código Procesal Contencioso Administrativo, que es la norma que establece la particularidad de que, cuando hay una nulidad absoluta de efectos continuos es posible impugnarla, porque precisamente los efectos se están reproduciendo en el tiempo.

Estimo que, el otorgamiento de una jubilación, independientemente de si ha habido error o no de la Administración, pasa un poco por considerar esa categoría del acto de efecto inmediato, es decir, que se consume inmediatamente, o el acto administrativo de efectos continuos. Resulta que, si uno hace un estudio del tema se da cuenta de que, básicamente la figura de la nulidad de los actos absolutamente nulos con efectos continuos, básicamente es cuando se trata de un acto de gravamen para el propio administrado, esa fue la filosofía de los redactores del Código Procesal Contencioso Administrativo, absolutamente lesivo y grave para la esfera patrimonial o extra patrimonial del administrado, pero aquí estamos en otra tesitura, porque se trata de una cosa sumamente relevante, como es el otorgamiento de una jubilación y hay que tomar en cuenta y en consideración que, aquí están conexos otros temas, ya no de tipo estrictamente administrativo, sino de tipo constitucional y de Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos.

El tema de las pensiones y las jubilaciones evidentemente se trata de un derecho prestacional, de un derecho económico social y cultural, así ha sido reconocido desde la Carta Social Europea de los años 50, y en esta materia no puede haber nunca regresividad, y ahí es donde surge el gran cuestionamiento y la precisión de un acto de efectos continuos y de un acto de efectos consumados.

Creo que no es tan simple como decir que a una persona que se le está pagando una pensión o una jubilación, ahí tenemos un acto de efecto continuado. Considero que el acto se consume cuando a esa persona se le reconoce la jubilación y ahí se acabó. El resto es ejecución, porque hay que distinguir entre lo que es el acto administrativo y lo que es la ejecución del acto administrativo. Luego vienen los pagos una vez reconocido el derecho y reconocido el derecho si no había y no se alegó ninguna nulidad, ese derecho queda plenamente consolidado. Luego viene la ejecución del acto administrativo y no podemos decir

que las ejecuciones en este caso, porque el tema del derecho de la jubilación requiere estar girando mensualmente el monto que fue aprobado, no podemos decir que la ejecución le da la virtualidad de un acto administrativo de efectos continuos.

Creo que aquí hay una gran discusión jurídica de por medio. Básicamente está la filosofía que imperó en la redacción del Código, cuando se pensó en actos absolutamente de efectos continuos eran actos profundamente lesivos para la esfera patrimonial y extra patrimonial de los administrados, en este caso, para la esfera de las funcionarias y los funcionarios que han obtenido una jubilación que no se trata en este caso o, en este supuesto, de esa situación.

Me parece que la jubilación una vez otorgada si no tenía ninguna nulidad se consolida como tal y lo que viene después es una simple ejecución de un acto administrativo favorable. En un acto administrativo favorable conectado a derechos prestacionales y a derechos económicos sociales y culturales no puede haber regresividad. El Comité de Naciones Unidas o de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado y ha combinado todos los gobiernos del mundo, para que no haya regresividad en esta materia.

Sobre el tema del efecto continuado del acto jubilatorio, resulta importante destacar un reciente voto del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, que indicó lo siguiente:

“... Al existir norma específica que lo prohíbe, no le asistía derecho al señor Rodríguez Gutiérrez para recibir el pago del monto correspondiente al beneficio de jubilación, debido a que don Fernando realizaba labores para la CCSS, percibiendo salario por ello, de ahí que el acuerdo del Consejo Superior en cuestión resulta absolutamente nulo. Ahora resta por determinar si el acto administrativo que otorga el derecho a una jubilación es un acto de efecto inmediato o de efectos continuos. En esa dirección, tómesese en cuenta, el acuerdo adoptado por el Consejo Superior declaró la condición de jubilado del señor Rodríguez Gutiérrez, lo que generó un derecho individual, sin embargo, todo derecho jubilatorio se materializa en el reconocimiento de prestaciones económicas periódicas de larga duración (hasta que se extinga o suspenda el derecho). Efecto consustancial y continuado al acto declarativo del derecho. La declaración de jubilado conlleva el surgimiento de una relación de sujeción especial entre el pensionado y el fondo de jubilaciones, producto de ese pago periódico de la contraprestación económica que se recibe del régimen de pensión del cual se declara el derecho. Desde esta perspectiva, no es procedente estimar que el acto administrativo que reconoce la condición jubilatoria agota sus efectos en el momento que se adopta. Por el contrario, en criterio de esta Cámara, se está ante un acto de efectos continuados, porque del mismo subsiste una relación jurídica de la cual se siguen desplegando efectos consustanciales, a saber, un pago periódico en beneficio del pensionado, con la consecuente carga al erario público y al fondo de jubilaciones y su equilibrio. Téngase presente, con cada pago realizado por concepto de jubilación se va generando impacto económico al fondo de jubilaciones, es decir, las consecuencias del acto declaratorio del

derecho se siguen produciendo en el tiempo. En el caso concreto, el derecho jubilatorio declarado por el Consejo Superior, en sesión del 3 de setiembre de 2009 (artículo XXVI, inciso 3), ha generado un pago mensual permanente a favor de don Fernando desde el mes de setiembre de 2009, cuantificado al mes de noviembre de 2013 en la suma de \$25.892.980,27 (oficio 2813-TE-201 del Departamento Financiero Contable), lo que evidencia que hay un acto de efectos continuados, por su reiterada incidencia en la esfera patrimonial del administrado, y en el fondo de pensiones del Poder Judicial. Entonces, dado que el acto cuya declaratoria de lesividad se petitiona en sentencia deviene absolutamente nulo y de efectos continuados (por las razones expuestas), el plazo anual regulado en el precepto 34 del CPCA ha de computarse a partir del cese de tales efectos, lo que no consta en autos que haya sucedido, de ahí que la interposición del proceso de lesividad por parte del Estado en fecha 15 de julio de 2014 deviene conforme a derecho. Así las cosas, el recurso de casación planteado deberá acogerse, al resultar improcedente la caducidad dispuesta por el Tribunal, para en su lugar: rechazar tal argumento, declarar absolutamente nulo y lesivo el acto administrativo en cuestión. Valga advertir, al tenor del numeral 34 inciso 1) último párrafo del CPCA, tratándose de un proceso de lesividad la sentencia que declare la nulidad lo hace, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura. En otras palabras, la anulación del acto se realiza de manera constitutiva y futura, sin que sea procedente, por imperativo de ley, atribuir un efecto retroactivo a esa supresión, con lo cual, en tales casos, de manera excepcional, aun tratándose de nulidad de grado absoluto (como sucede en la especie), los efectos jurídicos y materiales que ha producido el acto no pueden desconocerse (como mal pretende el casacionista al solicitar el reintegro de los montos pagados a don Fernando por concepto de jubilación). Es decir, esos efectos producidos en el ciclo de vigencia del acto se mantienen y la nulidad se dispone para que deje de surtir efectos, sin que tal supresión pueda alcanzar a aquellos efectos ya consumados. Este efecto retroactivo solo es posible si la lesividad se presenta antes de transcurrido el año a que alude el numeral 34 del CPCA, lo que no ocurrió en este caso. En razón de lo anterior, en el asunto de estudio se declarará la nulidad absoluta del acto en cuestión para su inaplicabilidad futura, a partir de la firmeza de este pronunciamiento”. Voto 000157-F-TC-2021 de las nueve horas del veintiséis de agosto de dos mil veintiuno.

Conforme las anteriores consideraciones, estima esta Dirección Jurídica que la potestad anulatoria con efectos hacia futuro no se encuentra caduca y procedería eventualmente la declaratoria respectiva de los actos sometidos a análisis.

III.- Análisis preliminar particular:

Sobre el tema objeto del presente pronunciamiento, esta unidad asesora mediante criterio de oficio N° DJ-AJ-1537-2015, de fecha 5 de noviembre de 2015, se pronunció de la siguiente manera:

“VI.- Análisis de la aplicación del Transitorio III de la Ley N° 7302.

La disposición Transitoria III de la Ley Marco de Pensiones establece varios requisitos para la aplicación del beneficio conocido como “2 x 1”, el cual consiste en descontar un año de la edad establecida legalmente para jubilarse (60) por cada dos años servidos, hasta un tope mínimo de edad para poder jubilarse de 55 años de edad. Este beneficio lo estableció el legislador a fin de atenuar el impacto de la aprobación de la Ley Marco de Pensiones, en vista de que la Ley Orgánica del Poder Judicial que en ese momento regía (la número 8 de 29 de noviembre de 1937 y sus reformas), establecía la edad de 55 años para la jubilación; a diferencia de la Ley Marco de Pensiones, que la aumentó a 60 años.

En el segundo párrafo de dicha norma, el legislador destacó que para poder pensionarse o jubilarse, **en todo caso se requiere un mínimo de 55 años de edad, así como los años servidos que determine su régimen.** De manera que, los requisitos establecidos en la disposición Transitoria III (ley de orden público) son los siguientes:

- 30 años de servicio.
- 60 años de edad (en el caso del Poder Judicial), a esta edad el legislador autorizó para aplicar el beneficio del Transitorio III, conocido como el beneficio del 2 x 1, en virtud del cual la servidora o servidor judicial, puede verse beneficiado por un descuento en la edad hasta 55 años de edad, tope de origen legal.

A partir de la **Ley Orgánica del Poder Judicial**, número 7333 de 5 de mayo de 1993, se establecieron como requisitos para la jubilación, 60 años de edad y 30 años de servicio y el problema observado por la **Auditoría Judicial**, también señalado por la Procuraduría General de la República desde el año 2010, es que en aplicación del 2 x 1, se han jubilado un grupo importante de servidoras y servidores con menos de 55 años de edad, o que no cumpliendo ni con edad ni con tiempo de servicio, pudieron jubilarse con ese beneficio. Además, ambas formas de otorgamiento gozan de un error en la aplicación de la fórmula para la obtención del porcentaje correspondiente, pues se sobrevaluó el monto del beneficio, al utilizar en el denominador de dicha fórmula de cálculo, una base que no correspondía.

VII.- De las Jubilaciones otorgadas a personas con menos de cincuenta y cinco años pero que sí cuentan con el tiempo de servicio requerido.

Según señalaron las y los funcionarios de la **Dirección de Gestión Humana**, el Transitorio III comenzó a aplicarse en 1994. Siendo que el problema de interpretación se da al aplicar –en forma conjunta- la disposición Transitoria III de la Ley Marco de Pensiones, con el artículo 225 de la **Ley Orgánica del Poder Judicial**, ya que este artículo permite la jubilación por servicio, sin establecer tope por edad.

A tal efecto, el citado artículo dispone lo siguiente:

“Si no se cumpliere con la edad o el número de años de servicio citado, la jubilación se calculará en la siguiente forma:

a) Si el retiro de produjere al cumplir treinta o más años de servicio, pero sin haber cumplido los sesenta años de edad, la jubilación se calculará en proporción a la edad del servidor. Para fijarla, se multiplicará el monto del salario promedio, según la regla del artículo 224, por la edad del servidor y el producto se dividirá entre sesenta; el resultado de esta operación constituirá el monto de la jubilación.

b) Si el retiro se produjere al cumplir el servidor sesenta o más años de edad, pero antes de cumplir treinta años de servicio, la jubilación se acordará en proporción a los años laborados, siempre que el número de años servidos no sea inferior a diez. Para fijarla, se multiplicará el monto del salario promedio indicado en el artículo anterior por el número de años servidos y el producto se dividirá entre treinta; el resultado será el monto de la jubilación.”

A diferencia de lo anterior, el **transitorio III de la Ley Marco**, establece el mínimo de 55 años de edad. Esta supuesta contradicción entre normas legales, fue la que dio origen al conflicto de normas.

Ha de señalarse que lo correcto es que en caso de que la persona desee irse antes de los 55 años, la norma aplicable es la 225 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual no establece límite mínimo de jubilación, por lo que no resulta aplicable la disposición del Transitorio III de la Ley Marco que establece el beneficio del 2 x 1.

VIII.- De la fórmula utilizada.

Ahora bien, en cuanto a la fórmula utilizada, la Dirección de Gestión Humana, en la cual se informó que en los cálculos de las jubilaciones y pensiones del Poder Judicial, se ha utilizado la siguiente fórmula:

Salario promedio X edad del servidor (a la solicitud) = **Monto de la Jubilación**

60 - descuento

En criterio de esta **Dirección Jurídica**, que el **divisor** establecido para la fórmula (**60 menos el descuento**), es **incorrecto**, porque va en contra de lo establecido en el artículo 225 inciso a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual en forma expresa señala que “el producto se dividirá entre sesenta”, de manera que si la división se hace entre 60, el resultado va a ser más bajo que si la división se realiza con el descuento, por ejemplo entre 58 o 59.

Según expuso el **Máster José Luis Bermúdez, Director de Gestión Humana**, la Dirección a su cargo ha utilizado esa fórmula con respaldo en el acuerdo del

Consejo Superior tomado en la sesión número 13-06, celebrada el 28 de febrero del 2006, artículo VIII, según la cual "... el porcentaje de la jubilación será el que resulte de dividir entre el número de años que se obtenga luego del descuento y según las demás reglas de la Ley Orgánica del Poder Judicial actual."

Como ya se mencionó, el problema se origina en el divisor de la fórmula. La Dirección Jurídica considera que la aplicación correcta es realizar la división entre sesenta cuando se opte por la jubilación antes de cumplir cincuenta y cinco años (según lo dispuesto en el numeral 225); y aplicar la fórmula entre sesenta menos el descuento, solamente cuando la persona a jubilarse cuente con ese mínimo de edad y deba aplicarse el descuento del 2 x 1 establecido en el Transitorio III de la Ley N° 7302.

IX.- Jubilaciones otorgadas sin cumplimiento de alguno de los dos requisitos (edad y tiempo de servicio).

Además, otra situación que se detectó, es la de aquellas personas que no cumplían con ningún requisito, pues no contaban con los años de servicio requeridos, ni con la edad de 55 años que establece el transitorio III de la Ley 7302 y que, no obstante tal situación, se otorgaron sus jubilaciones, pues al requisito de la edad, se le reconocieron años como producto de la aplicación del 2 x 1, pero teniendo las personas beneficiarias una edad inferior a los 55 años.

X.- Aplicación apegada a la legalidad del Transitorio III de la ley N° 7302 (vías de solución).

En síntesis, la Dirección Jurídica estima que para no afectar el Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial, las solicitudes del beneficio del descuento del 2 x 1 deben aplicarse sin violentar el texto expreso del Transitorio III, recomendando su reconocimiento de la siguiente forma:

- 1. Aplicación del descuento del 2 x 1 únicamente cuando se cuente con el mínimo de edad establecido en dicho transitorio, es decir, cincuenta y cinco años y que, a la entrada en vigencia de la Ley N° 7302 (15 de julio de 1992), sean o hayan sido servidores de los regímenes contemplados en esta norma.*
- 2. Quien desee jubilarse antes de contar con esa edad, podrá hacerlo al amparo de lo establecido en el numeral 225 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero en este escenario, no es posible la aplicación del descuento bajo estudio.*
- 3. No es procedente la aplicación del beneficio del 2 x 1, a personas que no teniendo cincuenta y cinco años de edad, ni contando con el tiempo de servicio, pretendan un descuento en la edad, pues en ese escenario, no cumplen ni con lo dispuesto en el transitorio referido, ni con alguno de los requisitos establecidos en el ordinal 225 de la Ley Orgánica.*
- 4. La fórmula aplicable con el divisor de sesenta menos el descuento procede únicamente en el supuesto número uno señalado.*

5. La fórmula a utilizar en el escenario 2, es sobre la base de sesenta, pues prevalece la fórmula de cálculo establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

En este sentido, debe tomarse en consideración que el párrafo final del indicado transitorio III dispuso lo siguiente:

“Transitorio III.- Dentro del plazo de cinco años, contado a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las personas que tengan derecho podrán pensionarse bajo los términos originales contemplados en la Ley N.º 7302, Creación del Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, de Otros Regímenes Especiales y Reforma a la Ley N.º 7092, de 21 de abril de 1988, y sus reformas, Ley del Impuesto sobre la Renta, de 8 de julio de 1992, tanto en lo que respecta al porcentaje a otorgar en la tasa de reemplazo como la posibilidad de descontar de la edad de retiro un año por cada dos de los años servidos y cotizados para la Administración Pública.

En el plazo citado en el párrafo anterior, para poder pensionarse o jubilarse se requerirá tener un mínimo de cincuenta y cinco años de edad y los años servidos y cotizados que determine su régimen”. (el destacado es nuestro)

Con respecto a la aplicación de esta norma al Poder Judicial, la Procuraduría General de la República, mediante dictamen C-088-2005 de 01 de marzo del 2005, indicó:

“Si bien el artículo 2 de la Ley Marco de Pensiones establece que no es aplicable al régimen del Poder Judicial, dicha exclusión lo es en cuanto a la totalidad del nuevo marco jurídico integrador de los sistemas de pensiones, pero no así en lo que atañe a las reformas introducidas a ese sistema, concretamente en materia de la edad de retiro ordinario, que con base en esa normativa para los servidores judiciales quedó fijada en sesenta años de edad.

Así las cosas, al quedar establecida la edad de retiro ordinario en sesenta años de edad, y mientras ésta se mantuvo, por así disponerlo el numeral 2 de la Ley Marco o bien la reforma introducida por la Ley 7333, en el caso del régimen de jubilaciones y pensiones judiciales, resulta lógica e irremediamente necesaria la aplicación del Transitorio III de aquel cuerpo normativo, que permitía descontar de la edad de retiro un año por cada dos servidos y cotizados, con la condición de que la edad no podría ser inferior a los cincuenta y cinco”.

Sobre este tema resulta especialmente ilustrativo el análisis que hace la Procuraduría General de la República sobre el procedimiento legislativo respectivo, al indicar en su pronunciamiento C-305-2000, lo siguiente:

“(…) resulta imprescindible analizar el alcance de las disposiciones transitorias previstas en la Ley n.º 7302, con la finalidad de incluir dentro de la respuesta, tanto los requisitos que deben cumplir las personas cuya situación se regula en

las disposiciones generales de la ley, como los que deben cumplir aquellas cuya situación se encuentre comprendida dentro de esos transitorios. Al respecto, conviene indicar que originalmente, el proyecto que sirvió de base para la aprobación de la Ley n.º 7302 contemplaba, como requisitos para poder optar a la jubilación, contar con treinta años de servicio y, al menos, con sesenta años de edad en el caso de las mujeres y sesenta y dos en el caso de los hombres. También podrían jubilarse extraordinariamente quienes contasen con 65 años de edad y 20 de servicio. En cuanto a las disposiciones transitorias, el proyecto establecía que podrían jubilarse - aún después de la entrada en vigencia de esa ley- aquellas personas que hubiesen cumplido todos los requisitos previstos en los regímenes especiales a los que pertenecían (Transitorio I); así como quienes hubiesen acumulado 30 años de servicio y hubiesen llegado a la edad prevista en una tabla adjunta (Transitorio II). En dicha tabla, se disminuía progresivamente la edad de retiro conforme mayor fuera la edad de la persona al momento de la entrada en vigencia de la ley. Así, en el caso de los hombres, quienes tuvieran de 45 a 47 años de edad en el momento en que entrara en vigencia la ley, se retirarían a los sesenta y dos años; quienes tuvieran cuarenta y ocho, se retirarían a los sesenta y un años y seis meses; quienes tuvieran cuarenta y nueve, se retirarían a los sesenta y uno; y así sucesivamente hasta llegar a las personas que tuvieran cincuenta y siete o más años de edad, los cuales podrían retirarse en el momento en que cumplieran los treinta años de servicio que exigiría la ley. Una situación similar ocurría con la tabla para las mujeres (Expediente legislativo, folios 12, 13 y 14). Como parte del trámite legislativo, el proyecto - que originalmente fue conocido en la comisión de Asuntos Sociales - fue trasladado a la Comisión de Asuntos Hacendarios. Esta última creó una subcomisión en cuyo informe final (visible a folios 510 y siguientes del expediente legislativo) se disminuyó la edad de retiro a sesenta años, sin hacer distinción alguna entre hombres y mujeres. Del mismo modo, se aprobó la creación de tres artículos transitorios. En el primero de ellos se dispuso que quienes habían ocupado el cargo de Diputados, podían solicitar dentro de los tres meses posteriores a la entrada en vigencia de esa ley, su inclusión en el régimen establecido en el Capítulo IV de esa misma ley. En el segundo se indicó que quienes hubiesen cumplido los requisitos para jubilarse al amparo de los regímenes especiales de pensiones a que pertenecían antes de la entrada en vigencia de la ley, conservarían el derecho a jubilarse bajo las reglas de esos regímenes. Y, en el tercero, se regulaba lo relativo a la tabla a que ya hemos hecho mención. Dicha tabla establecía que las personas que contaran con cuarenta y cinco años al momento en que entrara en vigencia la ley, se jubilarían a los sesenta años; quienes tuvieran cuarenta y seis, se jubilarían a los cincuenta y nueve años y seis meses; quienes tuvieran cuarenta y siete, se jubilarían a los cincuenta y ocho años y seis meses; y así sucesivamente, hasta llegar a las personas que tuviesen cincuenta y cinco o más años a la fecha de entrada en vigencia de la ley, quienes se jubilarían al momento de cumplir los años de servicio regulados en el régimen especial al que pertenecían. Sin realizar modificación alguna al proyecto presentado por la Subcomisión nombrada al efecto, la Comisión de Asuntos Hacendarios rindió dictamen afirmativo unánime en relación con el proyecto (folios 541 y siguientes del expediente legislativo). Con posterioridad a ello, se hicieron varios intentos por modificar la tabla a que nos hemos venido refiriendo, con la finalidad de hacerla más flexible. Por ejemplo, los Diputados Soto Zúñiga

y Oreamuno Blanco, plantearon una moción en ese sentido, la cual fue desechada, según consta al folio 740, en relación con el 1272 y el 1274 del expediente legislativo. Lo mismo ocurrió con una moción planteada por el Diputado Rodríguez Hernández, moción que, incluso, fue reiterada ante el plenario con resultados igualmente negativos, según pude comprobarse de la lectura del folio 740, en relación con el 1274, 1275, 1421, 1441 y 1445 del expediente legislativo. Luego de desechada la moción anterior, el Diputado Soto Zúñiga se refirió a la necesidad de flexibilizar la tabla, en los siguientes términos: "Quiero respetuosamente solicitarle a los señores Diputados que en este tema de la tabla que va a regir el período de pensión para los costarricenses que se adscriban a estos regímenes, meditemos con la mayor seriedad. He escuchado de parte de los Diputados Pacheco Salazar, Tovar Faja, Villalobos Villalobos, Rojas Hidalgo y otros más, críticas fuertes hacia la tabla que se aprobó en la Comisión de Asuntos Hacendarios, porque esta tabla la hemos considerado todos y en especial también el señor Presidente de la Comisión de Hacendarios, don Carlos Castro, la hemos considerado una tabla severa, una tabla que sencillamente lo que hace es condenar a los costarricenses, aún en las situaciones más difíciles desde el punto de vista de trabajo versus años de cotización, de trabajo o años de cotización versus edad, y lo que tenemos que hacer es buscar el justo medio" (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1445). Aparte de los intentos por modificar la tabla, se pretendió además introducir disposiciones transitorias tendientes a reconocer en el futuro algunos derechos a cierto grupo de servidores. En ese sentido, la Diputada Rodríguez Quesada y la Diputada Sancho Barquero plantearon las mociones que de seguido se transcriben, respectivamente: "Moción de la señora Diputada Rodríguez Quesada: Para que se agregue un transitorio más que se leerá así: Transitorio IV.- Los servidores que al entrar en vigencia la presente ley, tuvieren más de veinte años de servicio o cincuenta años de edad, tendrán derecho a jubilarse conforme a las reglas que actualmente les rige y que la presente deroga, siempre que reúnan los requisitos establecidos en esa ley." (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 697, en relación con el 830, 900, y el 1139). "De la Diputada Sancho Barquero: 'Para que se incluya un transitorio más que dirá así: 'Transitorio 4º: Al entrar en vigencia la presente ley, los servidores con un mínimo de veinte años de laborar en la Administración Pública y que estén cotizando legalmente para cualquier régimen de pensión especial, conservarán los derechos de ese régimen'. " (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 730, en relación con el 1176, 1210 y el 1341). Evidentemente, las mociones transcritas tenían como objetivo propiciar que algunos servidores que habían completado un determinado período de servicios, o que habían alcanzado una edad predeterminada, se jubilaran con sujeción a las reglas que regían los regímenes especiales de pensiones a que pertenecían; sin embargo, como ya indicábamos, ambas iniciativas fueron desechadas. Concomitantemente con las anteriores mociones, se conoció una iniciativa del Diputado Rojas Hidalgo que pretendía dar al servidor la opción de acogerse a la tabla a la cual nos hemos referido, o bien, de jubilarse con los requisitos originales del régimen especial al que pertenecía, pero cotizando, en tal supuesto, con el 14% de su salario y luego con el 14% de su pensión, hasta completar sesenta años. El texto de esa moción indicaba: "Diputado Rojas Hidalgo: 'Para que se agregue un nuevo párrafo al

Transitorio III después de la tabla que se lea así: Las personas indicadas en el párrafo I de este Transitorio y en el Capítulo IV de esta ley, podrán optar para ante el Departamento de Pensiones del Ministerio de Trabajo, dentro de los treinta días siguientes a la publicación de esta ley, entre acogerse a la tabla anterior y jubilarse al cumplir los requisitos de la legislación que se deroga, pero en este último caso deberán cotizar con el 14% sobre el monto de su salario hasta el momento en que se acojan a la pensión y después de acogerse a ésta con un 14% sobre la misma hasta cumplir los sesenta años de edad, después de la cual continuarán cotizando conforme les corresponda según la presente ley. Las plazas que quedaren vacantes respecto a las personas comprendidas en el Capítulo I de la presente ley, no podrán ser llenadas y se suprimirá el código respectivo, salvo que la Autoridad Presupuestaria por resolución razonada las declare imprescindibles.' " (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 736 en relación con el 1102 y el 1265). Al expresar las razones que lo motivaron a presentar esa moción, el Diputado Rojas Hidalgo indicó: "En realidad lo que se pretende es dar alguna otra opción de la tabla. Algunas personas nos han manifestado que es muy dura, que les faltan dos meses, que les falta un año. En principio no pretendía presentar la moción, pero lo hice para que se discutiera; tampoco es un asunto de Estado, pero como pienso que es opcional, no es obligatorio para ningún funcionario y allá el funcionario que quiera acogerse, un 14 y un 14% es bastante duro. También pensando que el funcionario que se pensione, normalmente no se va a casa a descansar, se va a la empresa privada, y que el cotizar con un 14% sobre el monto de su salario, permitiría que algunas personas se puedan pensionar. Simplemente la dejo a criterio de los compañeros Diputados" (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1266). La moción anterior fue aprobada por la Comisión de Asuntos Hacendarios, según consta a folio 1266 del expediente legislativo. A pesar de lo anterior, nuevamente se presentó ante el Plenario Legislativo una moción tendiente a modificar, de manera integral, el transitorio tercero del proyecto de ley. Dicha moción - que surgió de un acuerdo de los jefes de fracción- fue la que sirvió de base para la aprobación posterior del transitorio tercero de la Ley n.º 7302 vigente. La moción de referencia originalmente indicaba: "MOCION DE VARIOS DIPUTADOS Para que el Transitorio III, se lea así: 'Aquellas personas que de acuerdo con esta ley su edad para pensionarse o jubilarse ordinariamente queda establecida a los sesenta años y que al entrar en vigencia esta ley tengan al menos diez años de servicio, podrán descontar de la edad de retiro un año de edad por cada dos años servidos y cotizados para la administración pública. En todo caso, para poder pensionarse o jubilarse se requerirá tener un mínimo de cincuenta y cinco años de edad y treinta años de servicio, así como haber cumplido con los requisitos del régimen respectivo. No obstante, quienes al entrar en vigencia esta ley les reste menos de dieciocho meses para poder pensionarse o jubilarse según los requisitos originales de la legislación que se deroga, podrán pensionarse o jubilarse al cumplir aquellos requisitos, pero en este caso deberán cotizar con el 14% del monto de su pensión hasta cumplir los sesenta años de edad, después de la cual continuarán cotizando conforme les corresponda según la presente ley. Las plazas que quedaren vacantes respecto a las personas comprendidas en el Capítulo I de la presente ley no podrán ser llenadas y se suprimirá el código respectivo, salvo que la autoridad

presupuestaria por resolución razonada las declare imprescindibles' " (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1499). Por acuerdo del Plenario Legislativo, la moción recién transcrita fue remitida - conjuntamente con otras - a la Comisión de Asuntos Hacendarios para su trámite. Una vez ahí, varios Diputados hicieron uso de la palabra para referirse a ella. Por ejemplo, el Diputado Rudín Arias indicó: "Estas mociones son producto de una negociación entre los jefes de fracción y las fracciones presentes en la Asamblea Legislativa, debo decirles que no todas me gustan, que me parece que desmejoran el proyecto a como estaba antes, sin embargo, según tengo entendido se nos ha dicho, es la forma de darle viabilidad a este proyecto, de permitirle que pueda ser ley de la República. De las que menos me gustan es la que modifica la tabla, en el sentido de que pasa la edad para pensionarse a los 55 años y prácticamente se elimina en su mayoría la edad de los 60 años. Pero con todo, en aras de que este proyecto sea Ley de la República, por lo menos en los aspectos que se conservan, voy a darle el voto a estas mociones para que podamos por lo menos saber de que cuando las personas que están bajo los regímenes que se enumeran dentro de esta ley se vayan pensionando y ya no queden activos de los que están ahora, llegará un régimen mayoritario para casi toda la Administración Pública, el de la Caja Costarricense del Seguro Social, me parece que es uno de los logros más importantes del proyecto, aunque para los empleados públicos que están activos en este momento y que se encuentran acogidos a algún régimen de éstos, seguirá vigente prácticamente para ellos tal y como está el proyecto en estos momentos" (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1520). Por su parte, uno de los proponentes de la moción, el Diputado Tovar Faja, se hizo presente a la Comisión de Asuntos Hacendarios para explicar los alcances de la iniciativa. Específicamente, en cuanto al párrafo segundo del transitorio III propuesto, indicó: "El segundo párrafo del Transitorio III que actualmente estaba en el dictamen, decía que todos aquellos que tuviesen más de 45 años podían pensionarse incluso a los 50 años de edad, siempre y cuando evidentemente contaran con los 30 años de servicio, salvo que desde el momento en que definieran su decisión de jubilarse porque tenían que notificarlo así al Departamento del Ministerio de Trabajo y hasta los sesenta años iban a pagar el 14% de cotización, pero en efecto, a todos aquellos que tenían 45 años se les permitía pensionarse a los 50 años. Este segundo párrafo lo que hace es que solamente aquellos que les falte 18 meses para pensionarse, podrían pensionarse con los requisitos originales de la legislación que se deroga, pero en ese caso tendrían que pagar, si fuere antes de los 60 años que se pensionan, el 14% del momento en que se pensionan hasta que cumplan los 60 años, es decir, en esto si se quiere utilizar el término, se endurece la propuesta original, de 45 a 48 y medio" (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1532). En lo concerniente al párrafo primero del Transitorio III, el mismo Diputado explicó lo siguiente: "En cuanto al primer párrafo, ustedes saben y consta en el expediente, que tirios y troyanos llegaron a determinar que la tabla que se había propuesto era sumamente injusta, porque la tabla que estaba en el dictamen, solamente tenía en cuenta los años de edad y no los años de servicio, entonces, si ustedes toman como ejemplo el caso de una persona que tuviese en el momento en que la ley se publicase 49 años y 11 meses, es decir, que le faltara un mes para los 50 años, resulta que si esa persona tenía 20 años de servicio, tendría que

esperar diez años más. Pero si tenía 29 años y 11 meses de trabajo, es decir, que le faltaba solo un mes, resulta que lo tiraban a 57 años y 6 meses, no hacía ninguna diferenciación entres años servidos, sino años de edad y lógicamente eso llevaba a conclusiones sumamente duras e injustas. De ahí que la Comisión que se formó conoció de varias alternativas, yo mismo presenté algunas y de todas las iniciativas la que más gusto fue esta que se propone aquí como primer párrafo por ser más justa, en virtud de que en primer lugar se tiene en cuenta los años servidos y en segundo lugar, que a pesar de eso no se permite que nadie se pensione a los 50 años mínimo sería 55, en este caso. Esto porque lo que se propone en lugar de tablas tan difíciles y francamente yo dudo mucho en que lo haya hecho un actuario, lo que se propone es esto, que partiendo de los 60 años que la ley fija, cualquier funcionario rebaje de esos 60 años un año por cada dos servidos en el momento en que entra la ley en vigencia y lo baje los 60 años. Por ejemplo, una persona que tenga 28 años servidos en el momento en que entra la ley, puede rebajar de esos 60, 14 años, es decir, 28 dividido entre 2 y 60 menos 14 años son 46 años, no podría hacerlo con menos de 55 años. Una persona que tenga 10 años de servicio, que es el mínimo que se pone, porque de ahí en adelante todos deben pensionarse con los 60 años, podría bajarle 5 años a los 60 años, entonces se pensionaría a los 55. Lo que se busca con esto son los principios básicos de la ley que es la posposición de la pensión, pero no en los términos en que estaba la tabla; esa es la idea de este planteamiento que me parece que es más justa y que el que tenga menos de diez años de servicio va para los 60 de una vez y se está logrando uno de los pasos importantes de esta ley, que es el de la posposición de la pensión" (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1532- 1533). Después de que se produjo la explicación anterior, el Diputado Rudín Arias preguntó al Diputado Tovar Faja porqué, siendo necesario un período mínimo de servicios de 10 años para optar al transitorio, se utilizaba la fórmula de descontar de la edad de retiro un año por cada dos laborados, en vez de indicar expresamente que quienes tuviesen 10 años o más de servicio se retirarían a los 55 años. La respuesta fue la siguiente: "Le voy a decir porqué ocurrió eso, porque antes los 10 años no existían, cuando se redactó por primera vez ese primer párrafo, lo de los diez años no existía, entonces jugaba para toda la gama de edades, por ejemplo, Jorge Eduardo Sánchez, que tuviese dos años de servicio público, se ganaba uno y podía pensionarse a los 59 años, y así por el estilo, pero a final de cuentas se pensó y con una propuesta de don Miguel Angel Rodríguez, que se pusiera piso a eso, y se le puso diez años y a la larga al hacer los números resulta exactamente decir lo mismo que lo que propone el Diputado Rudín. En este sentido sería una cuestión de forma que bien podría perfectamente arreglarse" (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1534). Finalmente, la moción a la cual nos hemos venido refiriendo, fue aprobada por la Comisión de Asuntos Hacendarios, según consta a folio 1536 del expediente legislativo. Con posterioridad a ello, varios Diputados intentaron modificar el transitorio. Entre esos legisladores estaba la Diputada Sancho Barquero, cuya propuesta fue la siguiente: "Modifíquese el Transitorio III el cual deberá leerse así: Aquellas personas que queden cubiertas por los regímenes establecidos en el Capítulo I y en el Capítulo IV de esta Ley y que a la promulgación de la misma están cotizando legalmente para ello, podrán descontar de la edad de retiro dispuesta por el artículo 4º de la presente ley, un

año de edad por cada dos años servidos y cotizados para la Administración Pública, también al momento de entrar en vigencia la presente ley. En este caso, para poder pensionarse o jubilarse, se requerirá tener un mínimo de 30 años de servicios para la Administración Pública, así como haber cumplido con los requisitos originales del régimen o regímenes que se deroguen. Sin embargo, quienes así se jubilen o pensionen, deberán cotizar con el 14% del monto de su pensión, hasta cumplir los 60 años de edad, después de lo cual continuarán cotizando conforme les corresponda según la presente ley. Las plazas que quedaren vacantes respecto a las personas comprendidas en el Capítulo I de esta Ley, no podrán ser llenadas y se suprimirá el código respectivo, salvo que la autoridad presupuestaria por resolución razonada las declare imprescindibles." (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1588). Esta moción, que pretendía básicamente eliminar el requisito de contar con diez años de servicio para ser beneficiario del transitorio, fue desechada según consta a folios 1588- 1677- 1682 y 1695 del expediente legislativo. Luego fue presentada otra moción por varios Diputados en los siguientes términos: "Para que el texto del párrafo primero del Transitorio III se lea así: aquellas personas que de acuerdo con esta ley su edad para pensionarse o jubilarse ordinariamente queda establecida a los 60 años, y que a la entrada en vigencia de esta ley son o han sido servidores de los regímenes contemplados en esta norma, podrán descontar de la edad de retiro un año por cada dos años servidos y cotizados, en su caso para la Administración Pública. En todo caso, para poder pensionarse o jubilarse se requerirá tener un mínimo de 55 años de edad y los años servidos que determine su respectivo régimen." (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1589). Mediante esta moción - cuyo texto es muy similar al que luego llegó a aprobarse definitivamente- se pretendía eliminar no solo el requisito de contar con diez años de servicio para ser beneficiario del transitorio, sino, además, los 30 años de servicio que se exigían genéricamente para optar por la jubilación, estableciéndose, en su lugar, que el tiempo servido para poder jubilarse sería el que determinara el régimen al cual estaba sujeto cada persona. Esta moción no fue aprobada, según puede comprobarse de la lectura de los folios 1589- 1729- 1732 y 1735 del expediente legislativo. Fue desechada además, una moción similar a la anterior, presentada por el Diputado Aguilar González (folio 1664, en relación con el 1757-1775 y 1794 del expediente legislativo) y otras tres planteadas por la Diputada Rodríguez González (la primera de ellas, según consta a folios 1754-1774- y 1792 del expediente legislativo; la segunda, según consta a folios 1755, 1775 y 1793 del expediente legislativo; y, la tercera, según consta a folios 1756, 1775 y 1793 del expediente legislativo). Posteriormente, la moción a que se hizo referencia en el párrafo trasanterior, presentada por varios Legisladores, entre ellos el Diputado Aguilar González, fue reiterada por este último, en los siguientes términos: "Moción de reiteración del Diputado Aguilar González: 'Para que la Asamblea se constituya en Comisión General y conozca la moción adjunta'. La moción adjunta dice: 'Para que el texto del párrafo primero del transitorio tercero se lea así: Aquellas personas que de acuerdo con esta ley su edad para pensionarse o jubilarse quede establecida a los sesenta años y que a la entrada en vigencia de esa ley, son o han sido servidores de los regímenes contemplados en esa norma, podrán descontar de la edad de retiro un año por cada dos de los años servidos y cotizados para la Administración Pública,

a la entrada en vigencia de esta ley. En todo caso, para poder pensionarse o jubilarse se requerirá tener un mínimo de cincuenta y cinco años de edad y los años servidos que determine su régimen' "(Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1852). La moción para constituir al Plenario Legislativo en Comisión General, fue aprobada según consta a folio 1855 del expediente legislativo, por lo que se inició la discusión de la moción de fondo, tendiente a modificar el texto del párrafo primero del transitorio tercero. En esa discusión, la Diputada Sancho Barquero indicaba lo siguiente: "Indudablemente que el asunto que está en discusión merece un comentario importante de parte de los miembros de esta Asamblea y particularmente, a mí me interesa sobremedida el tema que se refiere a reconocer derechos adquiridos de los trabajadores. Ya en otras oportunidades había venido trabajando y exponiendo mis argumentos para defender la situación de los trabajadores que se encontraban incluidos en determinados regímenes especiales y para que ellos puedan continuar con lo que establecían esos regímenes y obtener así su pensión. Se dejó claro en varias oportunidades que era importante reconocer que los trabajadores, que los funcionarios cuando estaban en un régimen ya ellos tenían una expectativa para pensionarse con ese régimen y que por lo tanto no era conveniente, desde ningún punto de vista, obligarlos a introducirse, violenta y abruptamente en otra situación. Es decir, en todo momento he abogado por la transitoriedad, con el propósito fundamental de que el paso de una situación a otra, no se dé en forma violenta, en forma brusca, sino, como su término lo dice, en forma transitoria. La moción que se está discutiendo acá está sustentada en otras que he presentado y que no han tenido éxito y en alguna oportunidad, en la misma Comisión de Hacendarios, estuve defendiendo este tipo de transitoriedad y el problema que se estaba creando al extender el período para pensionarse, afectando a algunos trabajadores." (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1858 y 1859). Por su parte, el legislador Pacheco Salazar, quien estaba en contra de aprobar la moción, manifestó: "Me parece que algunos compañeros no han entendido qué es lo que quiere decir verdaderamente esta moción. El transitorio tercero de la ley establece que aquellas personas que de acuerdo con esta ley su edad para pensionarse o jubilarse ordinariamente queda establecida a los 60 años y que al entrar en vigencia esta ley tengan al menos diez años de servicio, podrán descontar de la edad de retiro un año de edad por cada dos años servidos y cotizados para la administración pública. En todo caso, para poder pensionarse o jubilarse se requerirá un mínimo de 55 años. Lo que la moción del Diputado Aguilar González pretende, es bajar el piso del descuento. El texto de la ley actualmente le rebaja únicamente a aquellos que tengan diez años o más de servicio y diez años o más de cotización. La moción lo que hace es empezarle a descontar a todos aquellos que tengan de dos años para arriba, o sea, favorece a los que tengan menos de diez años de cotizar para determinado régimen. Eso equivale, ni más ni menos, a borrar ese número mágico de los 60 años y permitir que aquellas personas que tengan menos de diez años de trabajar, puedan pensionarse descontando un año por cada dos años de servicio. Quiero decir que personalmente no puedo aprobar esa moción, no la puedo aprobar porque definitivamente estamos convirtiendo este proyecto de ley, cada vez, en menos ley, cada vez en menos se ha rectificado, cada vez más se ha ido desnaturalizando el proyecto, cada día queda menos marco, como decía la señora Diputada Rojas

Prado: "de este proyecto ya ni el marco queda". Mal empezamos esta tarde si empezamos a aprobar mociones de este tipo. Por mal camino empieza el Plenario esta tarde si cogemos por ese camino de ir disminuyendo edades y de ir manteniendo privilegios. Anuncio que le daré mi voto negativo a esta moción, porque considero que no debe aprobarse porque esto desmejora sustancialmente el proyecto." (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1868). Luego de la intervención del Diputado Pacheco Salazar, la moción de fondo fue sometida a votación y resultó aprobada, según consta a folio 1869 del expediente legislativo. Posteriormente, el Diputado Oreamuno Blanco y otros, plantearon una solicitud para que se revisara esa votación, según consta a folio 1889 del expediente legislativo. En la discusión de esa iniciativa, el proponente indicó: "... en esta moción que se aprobó, inocentemente se dice que es el mismo texto que ya existía; incluso un estimable compañero de la Fracción mía y cuando me resistí a votarlo, me dijo: es exactamente el mismo texto. Ese mismo compañero de Fracción no se había percatado de lo que existía y es que se está eliminando el piso de los diez años. Es decir, esto que está contenido en este transitorio, que es un beneficio, es una ventaja adicional, por lo menos decimos: 'que gocen de él aquellas personas que tengan diez años de trabajar'. Pero ya aquí se elimina, entonces puede suceder que una persona que tenga dos años de trabajar, ya tiene este beneficio donde se le descuenta de la edad de retiro, un año por cada dos años servidos. Fíjense, que ya entonces bastaría que una persona estuviera recién ingresado para que ya pudiera estar pensando en la moción y tener ese beneficio eventualmente. Lo otro que también es un cambio, aparentemente muy inocente, es que el texto original decía: 'En todo caso para poder pensionarse o jubilarse se requerirá tener un mínimo de cincuenta y cinco años de edad y treinta años de servicio'. Esto es un mínimo en una sociedad tan pobre como la nuestra, es un mínimo absoluto, fijar cincuenta y cinco años de edad y treinta años de servicio, pero hay compañeros que no lo entienden así y que creen que debe cambiarse para que se diga que deben tener un mínimo de cincuenta y cinco años de edad y los años servidos que determine su régimen. Ese régimen puede determinar que son menos de cincuenta y cinco años" (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1890 y 1891). Después de la intervención del Diputado Oreamuno Blanco, hizo uso de la palabra el Diputado Aguilar González en los siguientes términos: "Esta moción no es para beneficiar a unos cuantos, es para beneficiar a cien mil costarricenses que entraron a un régimen de pensiones y tienen derecho a permanecer en él y que no van a ser sujetos de un trato desigual a la ley. Porque ya la Sala Constitucional nos lo ha dicho muchas veces. Así es que compañeros, con todo respeto, les pido mantenerse en el voto de ayer. Esto no perjudica a nadie, sino que hace una ley más humana, más aceptable socialmente, evitando que nos castigue a los que estamos ganando aquí doscientos cincuenta mil colones, de draconianos, de rígidos, de inflexibles, frente a todos aquellos costarricenses que por muchas razones, apenas ganarán un diez por ciento de eso y no les queremos reconocer en nada el que pertenezcan a un sistema de pensiones del Estado" (Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 11.168, folio 1896). Finalmente, la moción planteada con el objetivo de revisar la votación recaída respecto a la reforma al párrafo primero del transitorio III del proyecto de ley fue rechazada, según consta a folio 1901 del expediente legislativo. Como consecuencia de ello, quedó

firme el texto propuesto por el Diputado Aguilar González. Ese mismo texto, con las modificaciones de forma realizadas por la Comisión Permanente de Redacción (cuyo informe consta a folios 2237 y siguientes del expediente legislativo) fue el que en definitiva se aprobó como Ley de la República, siendo el que se encuentra en la actualidad vigente. La anterior reseña del trámite legislativo del transitorio III de la Ley n.º 7302 es útil para tener claros los alcances de esa norma y sus implicaciones respecto al tema en consulta. Al respecto, obsérvese que la versión definitiva del transitorio no exige, como sí lo hacía la propuesta original, 10 años de servicio para poder reducir proporcionalmente los sesenta años de la edad de retiro en un año por cada dos servidos y cotizados. De esa forma, todos aquellos servidores que a la entrada en vigencia de la Ley n.º 7302 (15 de julio de 1992) tuviesen dos o más años servidos y cotizados para un régimen especial de pensiones, podrán reducir, en los términos ya indicados, su edad de retiro, siempre que al momento de jubilarse cuenten, al menos, con cincuenta y cinco años de edad. Aunado a lo anterior, se desechó también, de la propuesta original del transitorio, el requisito de contar con treinta años de servicio para poder optar a la jubilación, estableciéndose, más bien, que para poder pensionarse o jubilarse, se requerirá tener un mínimo de cincuenta y cinco años de edad "y los años servidos que determine su régimen". Con ello, aun cuando se asegura que nadie podrá jubilarse antes de cumplir cincuenta y cinco años de edad, se deja abierta la posibilidad de que las personas que se encuentren dentro de los presupuestos del párrafo primero del transitorio III, se jubilen con menos de treinta años de servicio, en los casos en que el régimen especial al que pertenecen así lo permita. En definitiva, el párrafo primero del transitorio III de la Ley n.º 7302 hizo dos concesiones a los servidores que tuviesen dos años o más de servir a la Administración Pública y de cotizar para un régimen especial de pensiones al momento de entrar en vigencia esa ley. La primera de ellas consistió en reducir la edad de retiro conforme mayor fuera - en ese momento - la cantidad de años servidos y cotizados para un régimen especial. La segunda radicó en no variar a esas personas los años de servicio requeridos en su régimen especial para poder jubilarse". (Lo destacado es nuestro).

Conforme a lo anterior, se evidencia que la aplicación del párrafo último del transitorio III contenida en los casos analizados por la Dirección de Gestión Humana podría haber excedido los alcances de esta norma y abrir la posibilidad de que actos administrativos en materia jubilatoria no tengan un fundamento legal para efectos hacia futuro.

Como se advierte de la norma contemplada en el último párrafo del transitorio III, para ampararse a sus alcances, resultaba necesario que la persona servidora tuviera al menos 55 años de edad y 30 de servicio, por lo que, en ausencia de una de esas dos condiciones, operaría un eventual vicio del acto administrativo jubilatorio.

Para poder comprender el contexto en que se dan estas regulaciones en los cambios en el régimen jubilatorio del Poder Judicial debe partirse de cuatros momentos diferentes:

<p>Ley 6869 Reforma al régimen de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial (período entre la reforma de 1983 hasta la reforma integral de 1994).</p>	<p>Ley 7302 Ley Marco de pensiones 1992 15 Julio 1992 empieza a regir.</p>	<p>Ley 7359 Rige a partir 1 octubre 1993. Reforma artículo 2 de 7302</p>	<p>Ley 7333 Mantiene régimen 7359 1-1-1994</p>
<p>Edad retiro: 55 años Tiempo servicio: 30 años Monto: 100% promedio salario último año.</p>	<p>Edad retiro 60 años Tiempo servicio: 30 años</p>	<p>Edad retiro 60 años Tiempo servicio: 30 años</p>	<p>Edad retiro: 60 Tiempo servicio: 30</p>
<p>Jubilación proporcional: Opción a) 30 de servicio. Monto proporcional a la edad. Opción b) sin 30 años de servicio Cumple edad mínima Monto proporcional según años laborados.</p>		<p>se eliminó la posibilidad de retiro accediendo a la jubilación proporcional, es decir, hizo exigible el cumplimiento tanto de la edad mínima (60) como de los años de servicio (30) e incorporó un supuesto adicional, cual es, aquella persona que tenga 65 años de edad y haya cotizado al régimen al cual pertenece por más de 20 años.</p>	<p>Jubilación proporcional: Se cuente la edad y sin años de servicio o se cuente sin edad y con años de servicio: Si es por edad deberá tener al menos 10 años de servicio. Cálculo proporcional.</p>
	<p>Transitorio: Los que a la entrada en vigencia de la Ley, sean o hayan sido servidores de los regímenes</p>	<p>No posee transitorio.</p>	<p>Transitorio: Los servidores que al entrar en vigencia la Ley tuvieron más de 20 años de</p>

	<p>contemplados, descontarán 2 años por 1 año. Mínimo 55 años y los años de servicio del régimen.</p> <p>Los que le falten 18 meses para jubilarse aplica requisitos de ley 6869. (10 meses)</p>		<p>servicio o 55 de edad tendrán derecho a jubilarse, conforme a las reglas de la Ley Orgánica PJ</p>
--	--	--	---

En razón de lo anterior, debe entenderse que la aplicación de la Ley Marco de Pensiones en cuanto al transitorio, deviene en la confluencia de los dos requisitos, a saber, edad y tiempo de pertenencia al régimen.

De los casos adjuntos y conforme el estudio de la Dirección de Gestión Humana se advierte que en esos no se cumplió con una o con ambas de las condiciones indicadas y consecuentemente procedería determinar la eventual existencia de un vicio de nulidad por las vías contempladas para tal efecto en el ordenamiento jurídico administrativo.

IV.- Sobre el procedimiento a seguir para efecto de dictar la nulidad eventual de los actos administrativos:

En razón del estudio técnico aportado por la Dirección de Gestión Humana, procedería aplicar alguna de las dos vías que se indicarán para efecto de anular los actos administrativos que otorgaron jubilaciones sin cumplir lo dispuesto por el Transitorio III citado anteriormente:

I.- La nulidad en sede administrativa en supuestos de vicios evidentes y manifiestos:

Este supuesto se encuentra debidamente contemplado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto dispone lo siguiente:

“Artículo 173.-

1) Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos sea evidente y manifiesta, podrá ser declarada por la Administración en la vía

administrativa, sin necesidad de recurrir al contencioso-administrativo de lesividad, previsto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República; este dictamen es obligatorio y vinculante. Cuando la nulidad absoluta verse sobre actos administrativos directamente relacionados con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir el dictamen.

En ambos casos, los dictámenes respectivos deberán pronunciarse expresamente sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad invocada.

2) Cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad. Cuando se trate de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Contra lo resuelto cabrá recurso de reposición o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

3) Previo al acto final de anulación de los actos a que se refiere este artículo, la Administración deberá dar audiencia a las partes involucradas y cumplir con el debido procedimiento administrativo ordinario dispuesto en esta Ley.

4) La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo, caducará en un año, a partir de la adopción del acto, salvo que sus efectos perduren.

5) La anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en este artículo, sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser absoluta, evidente y manifiesta, será absolutamente nula, y la Administración estará obligada, además, al pago por daños, perjuicios y costas; todo sin perjuicio de las responsabilidades personales del servidor agente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 199.

6) Para los casos en que el dictado del acto administrativo viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta corresponda a dos o más ministerios, o cuando se trate de la declaratoria de nulidad de actos administrativos relacionados entre sí, pero dictados por órganos distintos, regirá lo dispuesto en el inciso d) del artículo 26 de esta Ley.

7) La pretensión de lesividad no podrá deducirse por la vía de la contrademanda”.

Conforme a esta disposición, procedería la nulidad en sede administrativa, en casos en que la nulidad sea palmaria, clara, evidente y a simple vista, siguiendo un debido proceso en donde se determine, tanto el vicio del acto como lo evidente y manifiesto del mismo.

II.- Declaratoria de lesividad en sede administrativa con el fin de interponer un proceso de lesividad:

Este supuesto se encuentra debidamente contemplado en el artículo 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en tanto dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 34.-

1) Cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previamente el superior jerárquico supremo deberá declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza. El plazo máximo para ello será de un año, contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. En este último supuesto, el plazo de un año correrá a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura”.

Debe tomarse en consideración para efectos de la respectiva toma de decisiones que como antecedente a valorar, con respecto a otras jubilaciones otorgadas contrario a las disposiciones del párrafo primero del transitorio III de la Ley General de Pensiones, en sesión de acta 019-2014, de 12 de mayo de 2014, artículo XXV se conoció informe del ex Magistrado Óscar González Camacho sobre el tema y en donde este concluyó:

“Recomendaciones en relación con la denominada regla cuarta.

Con fundamento en lo analizado, me permito realizar las siguientes recomendaciones:

- a) Derogar, por presentar vicios de nulidad, la denominada Regla Cuarta aprobada en el artículo XXXI de la sesión no. 9-2000 del 28 de febrero del 2000.*
- b) Previa identificación por parte del Departamento de Gestión Humana de los casos en que procede, declarar lesivo a los intereses económicos del Estado todas aquellas jubilaciones o pensiones otorgadas cuyo cálculo se haya realizado según las reglas vigentes a partir de la reforma incorporada por la Ley no. 6869 en aplicación de la regla cuarta.*
- c) Previa identificación por parte del Consejo Superior de los casos en que procede, declarar lesivo a los intereses económicos del Estado todos aquellos actos de “fijación del derecho” que se hayan emitido al amparo de la regla cuarta.*
- d) Remitir los anteriores expedientes a la Procuraduría General de la República para que proceda a la interposición de los procesos de lesividad, únicamente para efectos de anulación e inaplicabilidad futura si el derecho fue otorgado hace más de 1 año. En el caso de aquellas jubilaciones aprobadas y que aún se encuentren dentro del plazo de 1 año previsto en el numeral 39 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se solicite la repetición de lo pagado de más.*

e) Que en dichos procesos, se solicite una medida cautelar al Juez para que se suspenda el pago de la diferencia entre el cálculo que le correspondería y la suma que actualmente se le gira por jubilación.

f) Que se informe al Consejo Superior para que cualquier jubilación o pensión que esté pendiente de aprobarse en aplicación de la Regla Cuarta sea revisada y resuelta de conformidad con lo expuesto en este informe”.

Como se advierte en este caso en particular, el Magistrado González Camacho recomendó la vía del proceso de lesividad para los indicados casos, lo cual podría ser aplicado también para la eventual nulidad de las jubilaciones otorgadas con aplicación indebida del párrafo segundo del transitorio III indicado.

En los casos de análisis si bien no corresponde a los supuestos vistos por el Magistrado en mención -toda vez que el analizado realizado por él se refirió a la aplicación de la denominada regla IV- sí se evidencia de manera similar una errónea aplicación de la normativa aplicable – sea el Transitorio III citado ut supra- que implicó jubilar a personas que no contaban con el doble requisito establecido en dicha norma, sea edad mínima de 55 años y tiempo de servicio requerido y de pertenencia al régimen, el cual era de 30 años.

Lo anterior fundado en que en sesión N° 106-15 del 3 de diciembre de 2015, artículo XXXIX, en lo conducente, el Consejo Superior indicó a la Dirección de Gestión Humana, que a las personas que les es aplicable el Transitorio III de la Ley 7302 (Ley Marco de Pensiones), deben tener al menos 55 años de edad y 30 años de servicio.

Adicionalmente en sesión de Consejo Superior de acta 094-2016 de 12 de octubre de 2016, artículo I se conoció informe de oficio número 834-76-SAFJ-17-UJ2015 de 8 de setiembre de 2015, suscrito por MBA. Walter Jiménez Sorio, Auditor Judicial y se acordó:

“...se acordó: 1.) Acoger la recomendación 4.1 de la Auditoría y en consecuencia suspender en forma definitiva la aplicación que se venía dando al Transitorio III de la Ley 7302 (Ley Marco de Pensiones) en cuanto a los requisitos para el otorgamiento del descuento (dos por uno), antes de la medida transitoria que se dispuso en la sesión de este Consejo Superior, N° 100-15 celebrada el 12 de noviembre del 2015, artículo LXXXVII. En ese entendido, la disposición transitoria III de la Ley Marco de Pensiones (descuento del 2 x 1), aplica única y exclusivamente a las jubilaciones ordinarias reguladas en el numeral 224 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, la persona servidora se podría jubilar si ha cumplido entre 55 y 60 años de edad y el número de años trabajados para la Administración Pública sea al menos de 30...”

Lo anterior, también es coincidente con las consideraciones realizadas por el Superintendente de Pensiones y mencionadas por la Auditoría Interna, en el siguiente sentido:

“...es criterio de la SUPEN que se están mezclando normativas que son excluyentes: lo establecido en el Transitorio III de la Ley Marco con lo dispuesto en el artículo 225 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, que regula las jubilaciones proporcionales...un beneficio por vejez, puede otorgarse de acuerdo con las siguientes alternativas, excluyentes entre sí, lo cual significa que en ningún caso se puede otorgar un beneficio por vejez haciendo una combinación entre las alternativas detalladas: a) Pensión completa con 30 años de servicio y 60 años de edad, sin derecho a aplicar el Transitorio III de la Ley 7302. b) Pensión completa con 30 años de servicio y edad entre 55 y 59 años, con derecho a aplicar el Transitorio III de la Ley 7302, según los años que pueda descontar. c) Pensión proporcional, si cumple alguno de los requisitos establecidos en el artículo 225 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: 60 años de edad o 30 años de servicio.”

Es menester indicar que la Superintendencia de Pensiones es consciente de la cantidad de casos que no se encuentran conforme a derecho, toda vez que en resolución SP-R-1650-2016, de las quince horas del diecinueve de abril de dos mil dieciséis, indicó:

“En virtud de la suspensión del transitorio III de la Ley Marco de Pensiones se tiene que a seiscientos veintitrés personas se les otorgó la jubilación con la aplicación del 2x1. De esta totalidad se contabilizan ciento sesenta y cuatro personas que obtuvieron la jubilación con la edad requerida. O sea con el descuento de la edad, aplicación del 2x1, y cuatrocientas veintisiete que contaban con treinta años de servicio. En estos casos, el monto de la jubilación es proporcional, nunca se pensionan con un cien por ciento.”

Conforme a lo anterior, recomendamos elevar ante la Corte Suprema de Justicia realice la valoración que estime pertinente sobre la anulación de los actos administrativos que aprobaron las jubilaciones indicadas en el informe de la Dirección de Gestión Humana, toda vez que los mismos, conforme lo señalado por dicho órgano podrían presentar un vicio en cuanto a su motivo, dada la ausencia de uno o ambos de los requisitos contemplados en el transitorio III de la Ley General de Pensiones.

Corresponderá a dicho Colegiado determinar si opta por estimar evidente y manifiesto el motivo de nulidad de dichos actos o si por contrario, considera necesario determinar los

mismos lesivos al interés público, a efecto de referir la información necesaria a la Procuraduría General de la República, con el fin de que eventualmente se declare la nulidad para efectos hacia futuro por parte del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo.

Es criterio de esta unidad asesora que la posibilidad de anular los referidos actos no ha caducado, en tanto que poseen un efecto continuado, conforme así lo ha determinado el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

Dejamos así parcialmente cumplido con este segundo informe, lo dispuesto en el acuerdo N° 2-19 del 10 de enero del 2019, XIII, en lo referente a los casos aportados por la Dirección de Gestión Humana en oficio PJ DGH AP 5516 2021 de 16 de diciembre de 2021, comunicado a esta unidad asesora el día 17 de diciembre de 2021 reiterando las consideraciones realizadas en el primer informe realizado.



excel con
acuerdos.xlsx

Dejamos así emitido nuestro criterio al respecto.

Atentamente,

MSC. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo
Director Jurídico a.i

Ref:747-2018
LMB