

San José, 05 de octubre del 2021

Criterio N° DJ-C-560-2021

Licenciado
Arnoldo Hernández Solano
Presidente
Junta Administradora del Fondo de Jubilaciones
y Pensiones del Poder Judicial
S. D.

Estimado señor:

Me refiero a la solicitud de criterio de acuerdo de sesión N° 38-2021 celebrada el 20 de setiembre de 2021, de la Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial, mediante el cual se dispuso lo siguiente:

“Una vez analizada la gestión del licenciado Rodrigo Arroyo Guzmán, integrante Suplente de la Junta Administradora del Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial, en correo electrónico del 14 de setiembre de 2021, por unanimidad, se acordó: 1) Estima esta Junta que debido a la situación que se ha presentado con los gremios a la fecha se considera de oportuna pertinencia dilucidar este asunto de forma pública. 2) Es criterio de este órgano que los puestos de Director y Subdirector del Fondo de Jubilaciones y Pensiones no sean puestos de confianza, al igual que sucede con los nombramientos en los puestos de las otras direcciones del Poder Judicial, toda vez que la Junta es parte de la organización y funcionamiento del Poder Judicial. Asimismo, se considera que, al no catalogarse como un puesto de confianza, permitirá que el nombramiento en propiedad se realice bajo las normativas y las formalidades de Reclutamiento y Selección de la Dirección de Gestión Humana, lo cual brinda una garantía de transparencia, objetividad e idoneidad, tanto para Junta como para las personas que ocuparían estos cargos. 3.) Remitir el presente acuerdo a la Dirección Jurídica a fin de que se valore lo acordado e informen lo que corresponda. 4.) Comunicar este acuerdo al licenciado Rodrigo Arroyo Guzmán, Integrante Suplente de la Junta Administradora del Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial. Se declara acuerdo firme.”

Al respecto, y conforme a lo solicitado esta unidad asesora estima oportuno hacer de su estimable persona, el siguiente criterio:

I.- Sobre la naturaleza del régimen de confianza en las personas servidoras públicas:

1

La regulación de las personas designadas en cargos de confianza se ha estimado tradicionalmente como una excepción muy calificada al régimen de excepción que contempla la relación estatutaria prevista en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política. Lo anterior, en tanto que rompe el régimen de estabilidad propio previsto por el Constituyente de 1949 e implica un riesgo de una interpretación extensiva del mismo en detrimento de la seguridad jurídica pretendida en el régimen estatutario que rige la función pública en nuestro país.

En este sentido, indicó la Sala Constitucional, mediante la sentencia No. 1119-90, de las catorce horas del dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa, expresó, en lo conducente:

“Es obvio que en la mente del constituyente estaba la idea de que no todos los servidores públicos podían estar cubiertos por el régimen especial, pues la forma de escogencia, las especiales capacidades, las funciones de cada cargo, las relaciones de confianza y dependencia no son iguales en todos los casos, de ahí que los principios derivados del artículo 192 son aplicables a ciertos funcionarios -la mayoría- no a todos. La Constitución misma señaló varios casos de funcionarios de libre escogencia y remoción como son los ministros de gobierno, los miembros de la fuerza pública, los directores de instituciones autónomas, representantes diplomáticos, y en general, "los empleados y funcionarios que ocupen cargos de confianza" (art. 140 inciso 1), dejando a la ley (Ley de Servicio Civil dice el artículo 140) la determinación de otros funcionarios, que en casos muy calificados, pudieran ser excluidos del régimen general. Esta posibilidad de excluir ciertos funcionarios la reitera el artículo 192. Se repite que la intención del constituyente fue la de que existiera una sola ley, un Estatuto, que regulara todo el servicio público. No obstante, lo importante es que se dejó al legislador ordinario, por medio de la ley, la regulación en detalle de la cobertura del régimen especial, lo cual podía hacer, como lo hizo, en leyes separadas, sin detrimento del mandato constitucional. Por vía de ley el legislador ha excluido varios casos del régimen común. El Estatuto de Servicio Civil en sus artículos 3, 4 y 5, menciona un buen número de funcionarios que no se consideran dentro del régimen. También por ley especial se han excluido los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas, que son de nombramiento del ejecutivo, y en general, una serie de funcionarios, nombrados casi siempre a plazo fijo, y cuyo denominador común es encontrarse en una relación de servicio no típicamente laboral, bajo un régimen de subordinación jerárquica, sino más bien de dirección o colaboración, donde no median órdenes, sino más bien directrices, en unos casos; o bien, en una relación de confianza que obliga a otorgar una mayor libertad para el nombramiento y la eventual remoción del funcionario; ello independientemente de la naturaleza permanente de la función. Esta relación de

confianza puede fundarse, según los requerimientos del cargo, en aspectos puramente subjetivos, de orden personal; pero también puede derivar de elementos objetivos nacidos de una comunidad ideológica (política en el buen sentido del término), necesaria para el buen manejo de la cosa pública conforme a planes y programas. Los casos de excepción, está claro, han de ser muy calificados, con las especiales características señaladas que justifiquen un trato desigual. Así ha de ser, pues por vía de excepción injustificada el legislador podría hacer nugatoria la disposición constitucional que tiende a la estabilidad laboral del empleado público y a la racionalidad del reclutamiento, como regla general. Pero si el cargo tiene alguna característica especial que lo justifique, la excepción será válida.”

Conteste con lo anterior, ha indicado la Procuraduría General de la República lo siguiente:

“... es conveniente advertir, conforme se precisó en el dictamen C-304-2018 del 5 de diciembre de 2018, que si bien es cierto con fundamento en lo dispuesto por los artículos 140.1 y 192 de la Constitución Política, podrían establecerse excepciones al régimen estatutario que encuentra desarrollo en diversos cuerpos normativos, dejando a la ley –formal y material- (reserva absoluta de ley en la materia), dicha exclusión solo se da en casos muy calificados (Dictamen C-271-2009, de 2 de octubre de 2009).

Así, esta Procuraduría General ha indicado, reiteradamente, que para que un puesto del Poder Ejecutivo pueda considerarse excluido del Régimen de mérito es necesario que una norma de rango legal, o superior, así lo disponga de manera expresa (Dictámenes C-028-97, de 17 de febrero de 1997 y C-144-2008, de 5 de mayo de 2008), y partiendo que la Constitución Política establece, como principio general, la inclusión de todos los servidores del Estado en el régimen estatutario (arts. 140, inciso 1 -a contrario sensu-, 2; 191 y 192 del Texto Fundamental), hemos insistido en que las excepciones referidas a la exclusión de dicho régimen deben ser interpretadas, consecuentemente, en sentido restrictivo -jamás extensivo- y con estricto apego a la normativa constitucional (Ver en ese sentido el Dictamen C-102-91 del 18 de junio de 1991. En sentido similar los dictámenes C-182-2002 de 15 de julio del 2002; C-075-2010 de 21 de abril del 2010; C-314-2015 de 20 de noviembre de 2015, C-036-2018 del 21 de febrero del 2018 y C-304-2018 del 5 de diciembre de 2018. Así como el pronunciamiento OJ-101-2008 de 13 de octubre de 2008)...” (criterio de 26 de noviembre del 2019, número C-353-2019).

La Ley General de la Administración Pública hace una referencia a este tipo de servidor al indicar que se excluye del procedimiento administrativo regulado en su libro segundo a:

“e) Lo concerniente al personal, tanto público como laboral, regulado por ley o por reglamento autónomo de trabajo, en su caso, salvo en cuanto a los funcionarios excluidos de esas disposiciones por motivos de rango o confianza;”

En el caso del Poder Ejecutivo, el Estatuto de Servicio Civil, desde la reforma por Ley N° 7767, del 13 de mayo de 1998, estableció expresamente los cargos que podían ser considerados como de confianza de la siguiente manera:

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

- a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal.*
- b) El Procurador General de la República.*
- c) Los Gobernadores de Provincia.*
- d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República.*
- e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.*
- f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.*
- g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico.*

Transitorio al inciso g)

Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen en propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza”.

Dicha naturaleza no ha sido modificada, y ha sido precisada con la reforma por la Ley N° 9635, en tanto actualmente la norma dispone lo siguiente:

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

- a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal.*
- b) El Procurador General de la República.*
- c) Los Gobernadores de Provincia.*
- d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República.*
- e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.*
- f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.*

g) *Los cargos de directores, subdirectores, directores generales y subdirectores generales de los ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los ministros o viceministros.*

Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico.

Transitorio al inciso g)

Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente desempeñan el puesto en propiedad, permanecerán en sus puestos hasta que cese su relación laboral, ya sea por renuncia, despido, jubilación o reorganización. Una vez vacante, el Servicio Civil deberá elaborar la correspondiente resolución declarando el puesto como puesto de confianza. Se exceptúan de lo anterior los cargos de directora(o) general de Presupuesto Nacional, tesorero nacional y subtesorero, de conformidad con los artículos 177 y 186 de la Constitución Política”.

Lo anterior es conforme con la naturaleza de los cargos de confianza, habida cuenta que dicha condición se encuentra profundamente vinculada con la naturaleza de los mismos, toda vez que comprenderá que la “*confianza*” se traduzca en cercanía con los órganos decisores y la plena vinculación con funciones que tengan abierta incidencia en el objeto del ente u órgano.

En este sentido, ha indicado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

*“(…) En la sentencia de esta Sala número 503, de las 9:30 horas del 7 de abril de 2010, se abordó el tema de los trabajadores de confianza, en los siguientes términos: “En el artículo transcrito no se establece la definición jurídica del trabajador de confianza. Tampoco en otras normas de carácter laboral se concreta qué debe entenderse por este tipo de trabajadores. Doctrinariamente se exponen distintas ideas en relación con esta concreta clasificación y se ha indicado que ‘...son empleados de confianza los que por la **responsabilidad** que tienen, las **delicadas tareas** que desempeñan o la **honestidad** que para sus funciones se exige, **cuenta con fe y apoyo especiales por parte del empresario o dirección de la empresa**... Los empleados de confianza son trabajadores y su relación de trabajo es laboral, con esa peculiaridad en cuanto a su término: que sin aquella confianza o fe en ellos puesta por el patrono, el vínculo contractual no puede subsistir... Los de confianza difieren de los altos empleados, porque ocupan puestos menos elevados y ejercen pocas atribuciones de dirección; y de los empleados particulares, por no desempeñar éstos tareas donde la **lealtad y honestidad personal** sean tan imprescindibles o puedan causar tales perjuicios’. (La negrita no consta en el original). (Cabanellas de Torres, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., tercera edición, 1992, pp. 433-434). De conformidad con lo expuesto, el carácter de confianza puede ser atribuido ante las responsabilidades*

depositadas en el trabajador, por el tipo de tareas que desempeña; o bien, por exigirse un grado mayor de honradez o de lealtad, con absoluta reserva o confidencialidad, en el ejercicio de sus funciones. Se habla también de personal de confianza, respecto de aquellos trabajadores que realizan labores de dirección o de supervisión o porque están vinculados con los trabajos personales que realiza el empleador en la empresa o en una institución. En ese sentido, en la sentencia de esta Sala, n.º 108, de las 9:20 horas del 10 de julio de 1991, se explicó: 'Nuestra ley y la jurisprudencia, no definen ese término, y la única referencia se hace en el artículo 143 citado, con una enumeración abierta. Por este motivo, necesariamente nos remitimos a la fuente originaria del concepto, que es la Legislación Mexicana, cuya exposición de motivos, citada por el tratadista Mario de la Cueva en 'El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo' (Editorial Porrúa S.A., Tomo I, XII edición, México 1990, p. 158), dice: 'los trabajadores de confianza son aquellos cuya actividad se relacione en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, con sus intereses, con la realización de sus fines y con su dirección administración y vigilancia generales'. Según el autor mencionado: 'El precepto comprende dos situaciones: la primera está constituida por las funciones que se relacionan inmediata y directamente con la vida misma de las empresas, funciones de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización en tanto la segunda se refiere a los trabajos personales del patrono dentro de la empresa.' Del texto transcrito se concluye que, para poder calificar a un empleado como de confianza, es necesario analizar sus funciones y determinar si tiene -entre otros- poderes de mando, de dirección y de fiscalización, o si ocupa un puesto en el que no siendo necesarios esos poderes sus labores son de confianza, referidas al trabajo del patrono dentro de la empresa (ejemplo: Asistente Personal del Presidente), o es un representante patronal.' (La negrita no está en el original). En similar sentido, en el voto n.º 313, de las 15:00 horas del 7 de octubre de 1999, se señaló: 'Pero existen cargos que para ser ocupados, requieren de una confianza que podríamos denominar calificada y sólo los llegan a desempeñar, quienes son acreedores de esa confianza, diferente a la objetiva - necesaria para que haya armonía en la relación laboral o de servicio existente con el común de los empleados- Si hablamos de 'empleado de confianza', nos referimos -en el sector privado- al servidor cuyas funciones afectan los intereses fundamentales de la empresa y que por ende, desempeña, por lo general, labores de alto nivel. (Sobre el mismo tema, puede consultarse el fallo número 64, de las 10:00 horas, del 26 de enero de este año -2001).' De lo anterior, se desprende que son varios factores los que pueden orientar a quien juzga para determinar en un caso concreto si se trata o no de un trabajador de confianza; especialmente, la naturaleza de las funciones que realiza en atención a los intereses de la empresa, o bien, alguna característica esencial determinada subjetivamente'. (Algunas negritas fueron agregadas, otras constan en el original). En el caso concreto, lleva razón el recurrente en cuanto afirma que el demandante no tenía ninguna injerencia en la elaboración de las políticas de dirección de la empresa, su posibilidad de acción al respecto era nula y su actividad no resultaba influyente en la dirección de la sociedad demandada. No obstante, de conformidad con lo transcrito, no son esos los únicos parámetros para determinar la naturaleza del empleado de confianza. Como se vio, es necesario analizar las funciones que realiza, la responsabilidad que su

*puesto demanda, si ejecuta labores de dirección, de mando o de supervisión, aunque estos últimos elementos, por sí mismos, no han sido determinantes, pues se ha conferido la condición de confianza aun cuando la persona haya estado sujeto a una jefatura; pero es más común que se haya negado esa condición cuando existe una **jefatura directa e inmediata** (sentencias 760, de las 10:20 horas del 20 de diciembre de 2001; 276, de las 14:55 horas del 30 de marzo; 933, de las 10:35 horas del 16 de noviembre, ambas de 2011; y 557, de las 10:35 horas del 29 de mayo de 2013). El ejercicio de poderes de supervisión tampoco ha sido determinante, pues ciertos trabajadores con ese poder no han sido concebidos como de confianza (en ese sentido véanse las sentencias 353, de las 10:15 horas del 18 de abril de 2012 y 557, de las 10:35 horas del 29 de mayo de 2013). Tampoco la existencia de ciertas atribuciones de mando y libertad en el desempeño de las labores han sido motivos que impongan aquella naturaleza (sentencias números 108, de las 9:20 horas del 10 de julio de 1991; 195, de las 9:40 horas del 21 de agosto de 1992; 41, de las 9:30 horas del 25 de enero de 1995; 760, de las 10:20 horas del 20 de diciembre de 2001 y 107, de las 9:35 horas del 23 de febrero de 2007). En el caso bajo análisis, la Sala considera que no se infringió el artículo 143 del Código de Trabajo. Las funciones desempeñadas por el demandante lo enmarcan en el concepto de empleado de confianza regulado en esa norma. Aunque su puesto es de jerarquía intermedia en toda la organización de la sociedad demandada y a pesar de que él no tenía influencia en la toma de decisiones de la compañía como tal, su actividad sí resultaba de gran importancia en la actividad comercial principal de la empresa. En efecto, su cargo de Gerente de Punto de Venta le confería la máxima responsabilidad y jerarquía directa e inmediata en el supermercado asignado. A él le correspondía la responsabilidad de abrir y cerrar el negocio, la que compartía según los roles con los subadministradores, tenía clave de la alarma del local, sobre él recaía la obligación de manejar el personal del supermercado, supervisarlos, disciplinarlos, era responsable de la mercadería, su control, los inventarios, pedidos, le tocaba ejecutar las directrices superiores, él recibía la mercadería, debía estar atento a que el servicio se prestara de manera eficiente de forma tal que se satisficieran las necesidades de la clientela, custodiaba valores, retiraba dinero, rotulaba mercadería en caso de promociones, le correspondía hacer devoluciones de productos, atender proveedores externos, estar atento a la correcta rotación de la mercadería, rendir informes, ejercer controles, verificar que se colocaran los dispositivos de seguridad en ciertos productos, entre otras funciones que podía realizar personalmente o delegarlas, pero que siempre eran de su responsabilidad porque sobre él recaía el buen o mal funcionamiento del negocio. En esencia, era el trabajador principal en el supermercado, porque todo el personal, incluyendo subadministradores y jefaturas, estaba bajo su autoridad. La circunstancia de que existieran jefaturas por encima del actor no es motivo suficiente para excluir la naturaleza de confianza al puesto que ocupó. De la prueba se extrae que existía un Coordinador de Zona, con jerarquía sobre el accionante. A este empleado le competía el control de varios supermercados ubicados en una misma zona, de forma tal que debía vigilar el buen funcionamiento de cada uno de ellos. La fiscalización ejercida no era inmediata, porque el coordinador no permanecía en el supermercado, sino que se presentaba día de por medio, cada dos días, una o dos*

veces a la semana o de sorpresa. Su función era verificar que se estuviera administrando correctamente el supermercado y estaba en capacidad de girar instrucciones e incluso órdenes al gerente del punto de venta, mas ello no anula la naturaleza de las labores que este último ejercía. Sus funciones eran de apoyo y de seguimiento, lo que constituía un control normal en la estructura de la empresa. El coordinador analizaba con el gerente diferentes factores, como el surtido de la mercadería, la estética de las instalaciones físicas, el orden, la limpieza, la necesidad de personal, las ventas, los gastos, las mermas, los inventarios, planes de trabajo, oportunidades de mejora, entre otros. Podía girar lineamientos generales de acción al gerente, pero era este último quien definía finalmente cómo concretarlos. El recurrente alega que a nada conducía la cita hecha por el Tribunal respecto de las personas beneficiarias de los instrumentos colectivos, pero esa circunstancia tampoco permite acoger su posición jurídica. El hecho de que el demandante no pudiera disponer libremente de su tiempo no necesariamente lo excluye como trabajador de confianza, pues aunque hay empleados de confianza que pueden disponer con libertad de su horario de trabajo hay otros que no, los cuales están sujetos necesariamente al cumplimiento de un horario definido por el empleador. En atención a los concretos reproches planteados en esta última instancia, debe agregarse que no se advierte que la función de abrir y cerrar el establecimiento comercial haya sido considerada como determinante para concluir que el actor fungió como empleado de confianza. En la decisión tampoco incide la manifestación hecha en el sentido de que el negocio le fue confiado al actor para que lo administrara como si fuera propio. En esencia, lo que cuenta es la responsabilidad que se le atribuyó en el manejo del supermercado, confiriéndole la máxima autoridad, sin perjuicio de la supervisión que podía ejercerse sobre él. El recurrente advierte, con base en la declaración del señor (...), que si el coordinador le ordenaba al gerente que lavara los baños tenía que hacerlo. Sin embargo, no consta que una situación de esa naturaleza se haya presentado, aunado al hecho de que el supermercado contaba con personal dedicado a la limpieza, el cual estaba bajo el mando del actor. En nada incide que el pago de las horas extra que consta en las boletas presentadas corresponda a aquellas laboradas después de 12 horas por día, porque la decisión del Tribunal no se basó en el pago de la obligación, sino en la falta de derecho. Por último, el recurrente sostiene que esta Sala ha analizado asuntos similares al presente y que ha concluido conforme a su tesis jurídica. No obstante, después de haber realizado un estudio detallado de la jurisprudencia de este órgano, se advierte que los asuntos en los que se ha concluido que el puesto no puede enmarcarse como de confianza en los términos del numeral 143 del Código de Trabajo corresponde a aquellos de subadministrador o subgerente de establecimientos comerciales semejantes a los que administró el accionante (véanse las sentencias 77, de las 9:35 horas del 23 de enero; 158, de las 10:45 horas del 11 de febrero, ambas de 2015; y 369, de las 9:50 horas del 15 de abril de 2016). Los casos relativos al gerente propiamente sí fueron enmarcados como de confianza. En un caso reciente, se advirtió cuanto sigue: “En el presente asunto, no ha sido motivo de controversia que el accionante se desempeñó como gerente de tienda (...). De tal forma, quedó demostrado también que sus funciones eran las atinentes a un puesto de esa naturaleza, tales como las siguientes: tenía a cargo jefaturas, así como a dos subgerentes y a personal operativo; contaba

con cierta injerencia en la contratación y despido de personal (...); daba órdenes (...); supervisaba; realizaba control de tesorería y área de cajas, entre ellos: arqueos, así como revisión de faltantes, horarios, merma y utilidades (...). Según los agravios expuestos en el recurso ante esta tercera instancia, lo primordial es determinar si de acuerdo con las funciones que el actor desempeñaba como gerente de tienda estaba sujeto a una jornada ordinaria de ocho horas o lo cubría la jornada de doce horas que establece el numeral 143 del Código de Trabajo, ya que en cuanto al horario y el exceso de horas que superaran esa jornada no ha mediado controversia. El numeral referido establece: [...] La norma anterior expone distintos supuestos, ya sea por la naturaleza del puesto o en razón de una situación concreta, de manera que un trabajador podría estar en una u otro supuesto o incluso en varios. Si bien la Sala ha resuelto asuntos similares con respecto a otros trabajadores de la empleadora que también han reclamado tiempo extraordinario y se ha dicho que sí tienen derecho al pago de horas extra, ello es porque –a diferencia del actor- no estaban sujetos a la jornada especial que establece el artículo 143 del Código de Trabajo, por lo que deben tomarse en cuenta las características propias del presente asunto. Como se dijo, el accionante se desempeñó en el puesto de gerente de tienda por lo que era el encargado principal del establecimiento, de ahí que sus funciones deban valorarse especialmente para determinar si estaba sujeto a supervisión inmediata y, por ende, si tenía derecho al pago de jornada extraordinaria por superar las ocho horas de la ordinaria. En autos se determinó que a su cargo estaban otras personas como los asistentes o subgerentes. Incluso, el mismo actor reconoció que supervisaba a otros empleados y que era la persona de mayor jerarquía en el establecimiento comercial, salvo cuando estaba el gerente distrital. Esta Sala estima que si bien existía un supervisor distrital que era de mayor jerarquía que el accionante, este no siempre se encontraba presente en el centro de trabajo por lo que no se puede concluir, en este caso concreto, que ejerciera una supervisión inmediata respecto al demandante. Nótese que los testigos manifestaron que el gerente distrital tenía varios negocios bajo su responsabilidad (de veinte a treinta supermercados...), por lo que es razonable concluir sobre la imposibilidad material, según las reglas de la lógica y la razonabilidad, que pudiera estar durante toda una jornada diaria o todos los días de la semana en el mismo supermercado. Además, se desprende que la supervisión que se realizaba era más que todo en el sentido de analizar el cumplimiento de las políticas de la compañía, de ahí que a fin de mes se le enviaba los resultados sobre ventas y control de activos y una vez al mes se realizaban reuniones de gerencia. El testigo..., quien fue gerente distrital, dijo que el de Guápiles era el supermercado que visitaba más por ser su lugar de residencia, pero especificó que sus visitas eran cada dos o tres días y aclaró que podía pasar hasta un periodo de quince días sin visitarlo. La deponente... narró que los gerentes debían dar cuenta de la parte financiera en reuniones posteriores y que la visita del gerente distrital podía ser cuando este pudiera o quisiera, mínimo una vez al mes, ya que se le daba prioridad a supermercados con más problemas. En razón de lo expuesto, esta Sala considera que se debe mantener lo resuelto en el sentido de que el actor no estaba sujeto a la jornada ordinaria, sino a la especial del numeral 143 del Código de Trabajo”. (Sentencia 80, de las 10:10 horas del 25 de enero de 2017. En igual sentido se puede consultar el voto 275, de las 9:15 horas del 21 de marzo de 2014). Si bien

en la resolución número 620, de las 10:10 horas del 12 de mayo de 2017 se estableció que no podía aplicarse el artículo 143 del Código de Trabajo, tal conclusión derivó de las particularidades del caso, en el cual la parte accionada no contestó en forma oportuna, y ante la ausencia de prueba respecto de las funciones desempeñadas por el demandante se indicó que el nombre del puesto (Administrador de Punto de Venta) no era suficiente para concluir que se trataba de un cargo de confianza.” (Resolución No. 2018-001056 op. cit.).

No obstante, lo anterior, debe advertirse que el análisis que se realice en cada caso en particular debe ser atendiendo a las funciones en concreto que realice la persona servidora, no siendo dable una fórmula única que no tome en consideración el interés público subyacente en toda decisión administrativa.

Debe indicarse que si bien la Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial es un órgano con personalidad jurídica instrumental, no se encuentra cubierta por el Estatuto de Servicio Civil, toda vez que no forma parte del Poder Ejecutivo y como indicaremos, el Poder Judicial tiene una regulación estatutaria propia y singular conforme la voluntad del legislador y amparada por sendos votos de la Sala Constitucional.

II.- Sobre la regulación de las personas servidoras de confianza en el Poder Judicial:

En el caso del Poder Judicial debe advertirse que no existe una disposición similar a la establecida en el Estatuto de Servicio Civil, toda vez que este se encuentra regido por el Estatuto del Servidor Judicial y no se le aplican las disposiciones del primer Estatuto en mención, siendo así que este último cuerpo normativo no prevee servidores de tal naturaleza.

En este orden de ideas, del texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial se advierte que cargos de dirección que podrían tener una naturaleza equivalente, únicamente serían los cargos de Director del Despacho de la Presidencia; Dirección Ejecutiva y la persona a cargo de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, mas no los cargos de Dirección como tales.

Concretamente, en el caso del Poder Judicial, el Reglamento de Puestos de Confianza, dispone lo siguiente:

“Artículo 1º.-

Puestos de confianza son:

- a) Los que en forma expresa califica la ley, sea: el Secretario General de la Corte Suprema de Justicia, el Director y Subdirector Ejecutivo de ésta.*
- b) Los de los funcionarios que están a disposición permanente de los señores Magistrados, tales como: Abogado Letrado, chofer, secretaria (Aux. Judicial).*
- c) El Director del despacho del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y el Coordinador de Desarrollo Institucional.*
- d) Los de las personas que tengan a su cargo la seguridad del Presidente y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Director General del Organismo de Investigación Judicial y del Fiscal General de la República.*
- e) Los de los choferes del Director General del Organismo de Investigación Judicial y del Fiscal General de la República.*
- f) Los de los funcionarios que están a disposición permanente de la persona que ocupe el puesto de Fiscal General o Fiscala General de la República, como los que se señalan: Secretaria Ejecutiva, Fiscales Adjuntos 2 y 3, puestos números: 54041, 47564, 375880, 34387, 34427, 24481.*

Artículo 2°. El nombramiento de los funcionarios que ocupen puestos de confianza será hecho así:

- a) En el caso del Secretario General de la Corte Suprema de Justicia, Director y Subdirector Ejecutivo, por la Corte Suprema de Justicia, a propuesta del señor Presidente de la institución.*
- b) De los choferes, abogados - letrados y secretaria, o auxiliar judicial, a propuesta del respectivo Magistrado de la Sala.*
- c) El Director del Despacho del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y el Coordinador de Desarrollo Institucional, por la Corte, a propuesta del Presidente.*
- d) El del personal a cargo de seguridad del Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior, a propuesta del Presidente de la Corte. Del Director General del Organismo de Investigación Judicial y del Fiscal General de la República, según a quien corresponda.*
- e) Los choferes del Director General del Organismos de Investigación Judicial y del Fiscal General de la República, por el respectivo funcionario.*
- f) De la Secretaria Ejecutiva y los Fiscales Adjuntos 2 y 3, a propuesta de la persona que ocupe el cargo de Fiscal General o Fiscala General de la República.*

Artículo 3°. Las personas que ocupen puestos de confianza, están sujetos a la jornada que señala el artículo 143 del Código de Trabajo.

Artículo 4°. Las personas que ocupen puestos de confianza, podrán ser removidos discrecionalmente, en cualquier momento, con el pago de los derechos laborales y jubilatorios que le correspondan, salvo que la remoción se origine en causa grave, en cuyo caso no tendrán derecho al pago del preaviso y auxilio de cesantía. En caso que el servidor, sea contratado de nuevo por la administración pública, antes de haber transcurrido el tiempo igual, representado por la suma recibida en carácter de preaviso y auxilio de cesantía, se aplicará lo dispuesto en el inciso b) del artículo 579 del Código de Trabajo.

Artículo 5°. La persona que sea designada en un cargo calificado como de confianza, y que tenga un puesto en propiedad en el Poder Judicial, mantendrá dicha propiedad. Al cesar el cargo de confianza, tendrá derecho a regresar a su puesto.

Artículo 6°. En todo lo que sea compatible con la naturaleza especial de los puestos de confianza, será de aplicación las normas generales de empleo y condiciones de trabajo vigente en la institución.

Artículo 7°. Quedan a salvo, los derechos adquiridos de buena fe, incluyendo la estabilidad en el servicio, de los servidores en propiedad a la entrada en vigencia de este Reglamento.”

En el caso del Poder Judicial consecuentemente debe tenerse en consideración que se ha aplicado un criterio restrictivo en la calificación de un cargo de confianza para los cargos de Dirección, y se ha optado por ampararlos a un régimen de estabilidad, lo que parece más conveniente conforme a criterios de la técnica y la ciencia, así como la conveniencia y la propia independencia judicial ad intra.

Consecuentemente, se evidencia que, en el Poder Judicial, solamente la Ley Orgánica del mismo determina cargos de confianza a puestos de Dirección en los casos particulares y limitados de los nombramientos en la Dirección Ejecutiva, Dirección de Despacho de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y Secretaría de la misma.

III.- Sobre el régimen de empleo aplicable a las personas servidoras de la Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial:

Sobre la naturaleza de la relación de empleo de las personas servidoras a cargo de la Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones, la Procuraduría General de la República indicó:

“B. LA POTESTAD DE LA JUNTA EN EL MANEJO DEL RECURSO HUMANO A SU CARGO EL QUE, EN TODO CASO, SE HALLA CUBIERTO POR EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL RESTO DE FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL

Uno de los ámbitos en que la Junta solicita criterio de cómo se manifiesta su naturaleza como órgano con desconcentración máxima del Poder Judicial es lo relativo al manejo del recurso humano a su cargo y la potestad disciplinaria, ante lo que la SUPEN plantea la inquietud de si el personal de la Junta se encuentra o no cubierto por el régimen jurídico aplicable a los funcionarios del Poder Judicial, incluyendo su régimen de pensiones y jubilaciones; lo que la asesoría jurídica del órgano consultante responde afirmativamente con fundamento en nuestro dictamen C-282-2004.

En el epígrafe anterior mencionamos que la letra h) del artículo 239 de la LOPJ le confirió la competencia a la Junta para, en lo que aquí interesa: “Dictar las

normas para el nombramiento, la suspensión, la remoción y la sanción del personal”; mientras que, su párrafo in fine, destina parte de lo que se recaude por la comisión de gastos administrativos al pago de las dietas de los miembros de la Junta Administrativa y “los salarios de su personal”.

Veamos estos dos puntos. Ya en otras ocasiones hemos apuntado que en tanto no se haya desconcentrado la competencia relativa al manejo de personal, esa competencia sigue a cargo del órgano que desconcentra (dictamen C-034-2003, del 11 de febrero). Obsérvese, en primer lugar, que el precepto habla solo de “[d]ictar las normas” para el nombramiento, suspensión, remoción y sanción del personal; lo que se explica en que, dada la especialidad y el conocimiento técnico de la materia desconcentrada – de nuevo, la administración del fondo – sea pertinente que la Junta intervenga definiendo el perfil profesional de sus colaboradores en tanto se trata de una actividad que aun cuando se desarrolla en el seno del Poder Judicial, se diferencia de la función sustantiva o típica de dicho poder, como lo es la labor jurisdiccional. En el otro ámbito que se consulta, la potestad disciplinaria, puede que sea preciso definir el procedimiento a seguir, así como advertir de algunas faltas particulares que, con ocasión de esa labor tan delicada y técnica en la gestión del fondo, sea oportuno regular, respetando eso sí, los límites que imponen los principios de reserva legal y tipicidad a la colaboración reglamentaria también en la esfera del Derecho Administrativo Sancionador.

Si a lo expuesto añadimos la circunstancia de que las remuneraciones del personal de la Junta se deben cancelar con su propio presupuesto y no con el del Poder Judicial, podemos inferir que el órgano consultante cuenta con la potestad de crear nuevas plazas y de definir sus funciones. En definitiva, la Ley concede a la Junta poderes que inciden directamente en la gestión de los recursos humanos a su cargo.

No obstante, reiteramos que la consideración de la Junta como un órgano en grado de desconcentración máxima con personalidad jurídica instrumental no interrumpe su relación orgánica con el Poder Judicial.

Consecuentemente, el personal destinado a la Junta se considera efectivamente cubierto por el régimen jurídico aplicable a los funcionarios del Poder Judicial, pues ni la desconcentración, ni la personalidad jurídica instrumental del aludido órgano tiene la virtud de disolver la relación de empleo que los vincula con el Poder Judicial, ...” Dictámen C- 021-2021 de enero de 2021.”

Al respecto, si bien discrepamos de algunas de las consideraciones hechas en este dictamen e inclusive lo advertimos como contradictorio y propenso a generar interpretaciones no conformes a las normas invocadas y a la naturaleza jurídica misma de las personas servidoras de la Junta Administradora, es menester tomar en consideración que el mismo parte de algunas consideraciones de relevancia, a saber:

- El personal destinado a la Junta se considera efectivamente cubierto por el régimen jurídico aplicable a los funcionarios del Poder Judicial.
- Es competencia de la referida Junta “Dictar las normas para el nombramiento, la suspensión, la remoción y la sanción del personal”
- Las personas que son designadas por la Junta serán pagadas con recursos provenientes de la respectiva comisión de gastos administrativos.

Conforme a lo anterior, se entiende que conforme el criterio de la Procuraduría General de la República le sería aplicable el régimen legal y reglamentario propio del Poder Judicial a las personas servidoras de la Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial, sin perjuicio del *necesario* ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de dicho órgano colegiado en materia de gestión de su personal.

Como se ha indicado, lo anterior, evidencia una contradicción insalvable en el criterio indicado, toda vez que somete a la Junta al régimen de empleo del Poder Judicial, mas a su vez reconoce que el órgano posee potestad reglamentaria para regular su relación de empleo en los aspectos más relevantes.

Lo anterior tiene consecuencia directa en el objeto del presente criterio, toda vez que implicará que deviene en una obligación de la Junta Administradora de regular a nivel reglamentario, mediante un acto interna corporis, lo atinente al “...*nombramiento, la suspensión, la remoción y la sanción del personal*”...; no siendo esto una posibilidad sino una obligación de ejercicio con consecuencias inmediatas y directas en las relaciones de empleo de las personas que sean designadas, incluidas las personas que ostenten el cargo de Dirección y Sub Dirección de la Junta.

En este orden de ideas, debe tomarse en consideración lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto dispone:

“Artículo 66.-

- 1. Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.*
- 2. Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.*
- 3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes”.*

Conforme a lo anterior, existe una atribución de una competencia a la Junta que deviene en ejercicio de una potestad de imperio y no podría el órgano limitarse a hacer aplicación de la normativa propia del Poder Judicial a las personas servidoras designadas por el órgano.

De manera adicional estimamos oportuno indicar que en dicha regulación normativa debería valorarse que la actividad desplegada por las personas que presten servicios para la Junta Administradora podría no estar ejerciendo la función pública, propia del Poder Judicial, por lo que podría reconsiderarse la necesidad de valorar la existencia de un régimen de empleo diferenciado para los mismos, conforme lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley General de la Administración Pública.

IV.- Sobre si los cargos de Director y Sub Director de la Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial deben ser considerados como de carácter de confianza:

Con respecto al tema medular de la consulta planteada, se advierte que no existe norma en particular que obligue a que un cargo de Dirección en el Poder Judicial o en la referida Junta tenga una naturaleza de confianza, al contrario de lo que sucede en el Poder Ejecutivo.

Por su carácter de concepto jurídico indeterminado, debe entenderse que en el caso de los cargos en consulta debe ser llenado de contenido conforme a determinados criterios aplicables al caso en particular, partiendo de la ciencia y la técnica entre otras consideraciones.

En este sentido, el jurista Joan Manuel Trayter, indica sobre los conceptos jurídicos indeterminados que:

“Son máximas de la experiencia. Son conceptos abstractos cuya aplicación requiere una valoración fundada en criterios técnicos o razonamientos lógicos. No son automáticos como los anteriores se refiere a los conceptos jurídicos determinados (...); en el Derecho Administrativo: la ruina, el orden público, el justiprecio expropiatorio, la extraordinaria y urgente necesidad, la ocasión manifiesta de gol, los parques y jardines con “valor artístico, histórico, antropológico” (a efectos integrarlos en el patrimonio histórico español), utilidad pública, necesidad pública, necesidad imperiosa de interés general...” Citado por Cordoba Ortega Jorge LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA COSTARRICENSE.

En el caso del cargo de Director y Sub Director del referido Fondo se advierte que las funciones de los mismos se orientan a las siguientes funciones:

1. OBJETIVO PRINCIPAL DEL PUESTO

Manejar relaciones con la Junta Administradora y los colaboradores del Fondo en general, organiza y dirige los procesos de planificación operativa y temas administrativos de distinta índole. Emite lineamientos para la operación del Fondo, propone y aprueba estrategias de fortalecimiento y mecanismos para la administración de las inversiones y riesgos.

2. RESPONSABILIDADES

Estrategia y políticas

- Asesorar a la Junta Administradora en la toma de decisiones, así como formular las recomendaciones que considere más convenientes para la sostenibilidad del fondo en el tiempo.
- Coordinar la elaboración del presupuesto anual y someterlo a aprobación de la Junta Administradora, en relación directa con los planes estratégicos y los objetivos establecidos.
- Liderar el proceso de formulación del plan estratégico del Fondo.
- Mantener seguimiento continuo sobre el desarrollo de la actividad del área de inversiones del Fondo de acuerdo a los planes, y tomar acciones correctivas necesarias.
- Crear en conjunto con sus reportes directos, un plan de trabajo anual, en el que se incluyan mediciones específicas y objetivas de valoración o logro de metas, a corto, mediano y largo plazo.
- Implementar la gestión integral de los riesgos a que están expuestos los fondos administrados por la entidad regulada.
- Asegurar que las prácticas y políticas laborales estén acorde con la legislación nacional, fomentando la relación armoniosa del Fondo con sus colaboradores.
- Supervisar periódicamente el sistema de identificación de oportunidades de crecimiento y desarrollo para los niveles de jefaturas, asociándolo a un plan de

carrera y sucesión para aquellas personas con potencial de asumir mayores responsabilidades dentro de la organización.

- Proveer periódicamente reportes e informes de los resultados reales contra los objetivos, planes y presupuestos así como de los estados financieros de ambos fondos.
- Garantizar la implementación de un sistema de información competente para la adecuada gestión administrativa del Fondo y procurar la innovación tecnológica y permanente para mejorar la atención a los usuarios.
- Supervisar la adecuada atención de los jubilados, pensionados y cotizantes por medio del área de Jubilaciones y Pensiones.

Inversiones

- Revisar, aprobar y someter a aprobación del Comité de Inversiones y la Junta (en conjunto con el Jefe de inversiones) la estrategia y plan de inversiones de corto, mediano y largo plazo.
- Gestionar las actividades de la entidad regulada de forma coherente con la estrategia de Inversiones y las políticas aprobadas por la Junta con respecto a la estrategia de inversiones de los fondos administrados.
- Velar por el establecimiento y aplicación de procedimientos para maximizar la rentabilidad y sostenibilidad de las inversiones.
- Proporcionar información suficiente, oportuna y precisa a la Junta, comités técnicos, unidades de apoyo, entidades supervisoras y a los afiliados o pensionados, que les permitan tomar decisiones, evaluar las estrategias de inversiones definidas, o realizar análisis relacionados a inversiones (en conjunto con el jefe de inversiones), según corresponda.

Gestión de Riesgos

- Gestionar las actividades de la entidad regulada de forma coherente con el Apetito de Riesgo y las políticas aprobadas por la Junta con respecto a la gestión de riesgos de los fondos administrados.
- Velar por la implementación de la gestión integral de los riesgos a que están expuestos los fondos administrados por la entidad regulada.
- Proporcionar a la Junta la información necesaria para llevar a cabo sus funciones y cumplir sus responsabilidades. Dentro de esta información se encuentran las desviaciones en la estrategia de gestión de riesgos y en el Apetito de Riesgo declarado.
- Aprobar los controles necesarios para que las decisiones de inversión se tomen y se ejecuten en el marco de la declaración del apetito de riesgo y de las políticas de inversión aprobadas. Igualmente debe establecer los controles necesarios para que se lleve a cabo una gestión adecuada de los riesgos a los que están expuestas las inversiones.
- Velar por el establecimiento y aplicación de procedimientos para prevenir, identificar e informar oportunamente a la Junta, sobre irregularidades en la generación de la información financiera o actividades fraudulentas relacionadas.
- Identificar, gestionar, controlar y dar seguimiento a los factores de riesgo operativo que pudieran obstaculizar o impedir el logro de los objetivos de la organización. Los factores de riesgo incluyen, entre otros: fraude, relaciones laborales o contractuales, errores del recurso humano, estructura organizacional, cambios en

la industria, regulación, tecnología de la información, avances tecnológicos, fallos y errores en los sistemas de información y de contabilidad y, eventos externos.
Supervisar la identificación y gestión de situaciones que puedan ocasionar exposición a litigios, sanciones, o reclamos de cualquier naturaleza, que puedan generar eventuales consecuencias financieras y de reputación.
Velar porque se disponga de un patrimonio suficiente para cubrir eventuales pérdidas derivadas de su giro de negocio o de otras fuentes.
Establecer planes de contingencia y de continuidad de las actividades significativas, que aseguren su capacidad operativa y limiten las pérdidas en caso de una interrupción de sus operaciones.
Velar porque exista un proceso de reclutamiento y selección que permita contratar el personal con las competencias, cualidades morales, la independencia y los conocimientos necesarios para el cumplimiento de sus responsabilidades. De igual manera, debe mantener un proceso de inducción, capacitación periódica y evaluación del desempeño para todos los colaboradores. En dicha inducción y capacitación periódica, debe incluirse a los miembros de la Junta y de los comités técnicos.
Proporcionar información suficiente, oportuna y precisa a la Junta, comités técnicos, unidades de apoyo, entidades supervisoras y a los afiliados o pensionados, que les permitan tomar decisiones, evaluar las estrategias de gestión de riesgos definidas, o realizar análisis generales, según corresponda.
Gestionar la seguridad de la información mediante medidas preventivas, correctoras y compensatorias que le permitan resguardar y proteger la información, buscando su confidencialidad, disponibilidad e integridad.

Como se advierte existe una abierta vinculación de ambos cargos con el giro propio de la actividad de la Junta, la actividad decisoria de la misma y el gerenciamiento de las decisiones propias adoptadas por el órgano colegiado.

Conforme a lo anterior, se estima que las funciones propias de los cargos objeto de consulta se enmarcan plenamente en el artículo 143 del Código de Trabajo en tanto dispone:

“ARTICULO 143.-

Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata: los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplan su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornada de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media”.

En razón de lo anterior, existe una vinculación de las funciones descritas ut supra con el concepto de puesto de confianza contemplado en el Código de Trabajo, lo cual deberá ser valorado en su momento por el órgano colegiado para efectos de eventuales nombramientos hacia futuro, más en el entendido de que se requiere una valoración sobre la oportunidad y conveniencia de calificar dichos cargos como de confianza, dada la necesaria estabilidad y objetividad que debe ser buscada en dichos cargos.

Esta unidad asesora estima que, conforme a las disposiciones descritas, si bien el cargo podría enmarcarse en un nombramiento que podría ser de confianza, es necesario tomar

en consideración que esta figura no es garante de la objetividad y el carácter técnico que debe tenerse en la materia que se estaría gerenciando y consecuentemente debe valorarse los riesgos aparejados a tal decisión.

En este orden de ideas, para cualquier decisión sobre la materia, debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley General de Control Interno, en tanto dispone lo siguiente:

“Artículo 13.-Ambiente de control. En cuanto al ambiente de control, serán deberes del jerarca y de los titulares subordinados, entre otros, los siguientes:

a) Mantener y demostrar integridad y valores éticos en el ejercicio de sus deberes y obligaciones, así como contribuir con su liderazgo y sus acciones a promoverlos en el resto de la organización, para el cumplimiento efectivo por parte de los demás funcionarios.

b) Desarrollar y mantener una filosofía y un estilo de gestión que permitan administrar un nivel de riesgo determinado, orientados al logro de resultados y a la medición del desempeño, y que promuevan una actitud abierta hacia mecanismos y procesos que mejoren el sistema de control interno.

c) Evaluar el funcionamiento de la estructura organizativa de la institución y tomar las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de los fines institucionales; todo de conformidad con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.

d) Establecer claramente las relaciones de jerarquía, asignar la autoridad y responsabilidad de los funcionarios y proporcionar los canales adecuados de comunicación, para que los procesos se lleven a cabo; todo de conformidad con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.

e) Establecer políticas y prácticas de gestión de recursos humanos apropiadas, principalmente en cuanto a contratación, vinculación, entrenamiento, evaluación, promoción y acciones disciplinarias; todo de conformidad con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.”

Consecuentemente, en la valoración y decisión sobre la naturaleza de los cargos objeto de consulta, debe tomarse en consideración el nivel de riesgo que aparejaría determinar que los mismos tengan el carácter de confianza, en razón de la ausencia de estabilidad de la persona designada.

Como se ha indicado si bien la naturaleza del cargo se asemeja a uno de confianza, al no existir norma que imponga tal condición al mismo, deberá existir una valoración previa de si conviene o no dar tal naturaleza al mismo, toda vez que no es imperativo otorgarle la

misma, habida cuenta que la regla en el sector público es el régimen de estabilidad y la excepción, la ausencia del mismo.

Por otra parte, es importante indicar que las regulaciones propias de la Superintendencia de Pensiones son omisas en cuanto a si dichos cargos deben ser considerados como de confianza o no. En este sentido, el Reglamento de Gobierno Corporativo emitido por la misma, lo que indica es lo siguiente respecto de las figuras de este nivel en un órgano o entidad sujeto a la fiscalización de la misma:

“Artículo 29. Responsabilidad general

Bajo la supervisión del Órgano de Dirección, la Alta Gerencia debe gestionar las actividades de la entidad de forma coherente con la estrategia empresarial, el Apetito de Riesgo y las políticas aprobadas por dicho Órgano. Asimismo, debe supervisar las áreas operativas de la entidad para garantizar el cumplimiento de sus objetivos.

Artículo 30. Idoneidad y proceso de selección

Los miembros de la Alta Gerencia deben contar con la experiencia, las competencias y la integridad necesaria para gestionar y supervisar los negocios y las actividades bajo su responsabilidad.

Los miembros de la Alta Gerencia deben ser seleccionados por medio de un proceso transparente, formal de promoción o contratación, aprobado por el Órgano de Dirección, que tenga en cuenta las condiciones y competencias requeridas para el puesto en cuestión. Debe contar con acceso a formación continua para mantener y mejorar sus competencias relacionadas con sus áreas de responsabilidad.

Artículo 31. Responsabilidades de la Alta Gerencia

Entre otras funciones, corresponde a la Alta Gerencia:

31.1 Implementar el plan de negocios o actividades, revisarlo periódicamente y asegurar que la organización y los recursos son los adecuados para su implementación.

31.2 Rendir cuentas sobre la gestión de la entidad a las Partes Interesadas.

31.3 Promover y velar por la supervisión adecuada del recurso humano.

31.4 Delegar tareas al personal y establecer una estructura de gestión que promueva una cultura de control adecuada, la rendición de cuentas y la transparencia en toda la entidad.

31.5 Implementar la gestión integral de los riesgos a que está expuesta la entidad y asegurar el cumplimiento de leyes, reglamentos, políticas internas y demás normativa, así como la atención de los requerimientos de los Órganos de Control y del supervisor

31.6 Proporcionar, al Órgano de Dirección, la información necesaria para llevar a cabo sus funciones y cumplir sus responsabilidades. Entre esta información se encuentra:

(i) Desviaciones de objetivos, estrategias y planes de negocio o actividades.

(ii) Desviaciones en la estrategia de gestión de riesgos y en el Apetito de Riesgo declarado.

(iii) Los niveles de capital, liquidez y solidez financiera de la entidad y de los Vehículos de Administración de Recursos de Terceros.

(iv) Inobservancia del cumplimiento de la regulación, de los planes de acción presentados a la Superintendencia y a los Órganos de Control, de las políticas y de otras disposiciones aplicables a los Vehículos de Administración de Recursos de Terceros administrados y a la entidad.

(v) Fallas del sistema de control interno.

(vi) Preocupaciones sobre temas legales o reglamentarios.

(vii) Cualquier otra que a juicio de la Alta Gerencia o del Órgano de Dirección sea necesaria para la toma de decisiones por parte de este último.

31.7 Implementar las políticas aprobadas por el Órgano de Dirección para evitar o administrar posibles conflictos de intereses y establecer los procesos de control que aseguren su cumplimiento.

31.8 Implementar y mantener un sistema de información gerencial que cumpla con las características de oportunidad, precisión, consistencia, integridad y relevancia.

31.9 Implementar las recomendaciones realizadas por el supervisor, auditores internos y auditores externos.”

En consecuencia, estima esta unidad asesora que quedará a criterio de la Junta respectiva determinar si en el caso concreto de los cargos en consulta resulta o no procedente determinar el carácter de “confianza” indicado, llenando de contenido este concepto para el caso concreto de los cargos propios de apoyo a dicho órgano colegiado.

En este orden de ideas, se entiende que la definición dicha debe partir de la naturaleza propia del cargo de análisis y en el entendido de que debe valorarse la oportunidad, necesidad y conveniencia de que el mismo, a futuro, sea considerado como tal, así como de los riesgos asociados a tal decisión.

Es menester indicar que dicha valoración a futuro deberá realizarse mediante norma de carácter general, preferentemente de carácter reglamentario, en donde se definan claramente las relaciones de servicio de las personas servidoras de la Junta respectiva y no para una persona en particular.

De manera adicional, debe tomarse en consideración que, en el caso indicado, debe tomarse en consideración que el acuerdo de sesión N° 37-2021 celebrada el 06 de setiembre de 2021, artículo XVI literalmente establece:

“2.) Comunicar a la Corte Plena, al Consejo Superior y a las Direcciones del Poder Judicial, que la máster Ana Eugenia Romero Jenkins y el MPM. Oslean Mora Valdez, asumirán la Dirección y Subdirección de la JUNAFO, respectivamente, a partir del 1 de enero de 2022. Se declara acuerdo firme.”

Dicho acuerdo complementado con el acuerdo de sesión N° 38-2021 celebrada el 20 de setiembre de 2021, implica que en el caso de las personas mencionadas, se está en presencia de un acto creador de derechos subjetivos en cuanto a su nombramiento a plazo indeterminado, por lo que cualquier definición respecto de la naturaleza del cargo de Director y Sub Director deberá entenderse a futuro, a fin de no contrariar la intangibilidad de los actos propios y el principio de confianza legítima de la Administración en el caso de los nombramientos ya realizados.

V.- Conclusión:

De conformidad con los anteriores razonamientos, esta unidad asesora concluye lo siguiente:

- a) No existe norma que imponga que el cargo de persona Directora o Sub Director de la Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones sea de confianza.
- b) La Junta Administradora del Fondo de Pensiones y Jubilaciones podría dar el carácter de confianza a dichos cargos, toda vez que su naturaleza es conforme lo dispuesto en el artículo 143 del Código de Trabajo. No obstante, lo anterior, deberá previamente valorarse la necesidad, oportunidad y conveniencia de tal decisión, valorando los riesgos aparejados a la pérdida de estabilidad de las personas designadas y tomando en consideración las funciones desempeñadas.
- c) Determinar cuáles cargos de la estructura funcional de la Junta son de confianza y cuales poseen estabilidad, deberá hacerse mediante la emisión de un acto de carácter general-preferentemente reglamento- previo a los respectivos nombramientos. En este orden de ideas, recomendamos emitir un Reglamento Autónomo que regule las relaciones de servicio en la Junta, toda vez que no es aceptable una regulación casuística al respecto.
- d) Debe tomar en consideración la Junta consultante que en lo referente al *“...nombramiento, la suspensión, la remoción y la sanción del personal”* designado por dicho órgano, existe una atribución de una competencia a la Junta que deviene en ejercicio de una

potestad de imperio y no podría el órgano limitarse a hacer aplicación de la normativa propia del Poder Judicial a las personas servidoras designadas por el órgano, por lo que la reglamentación respectiva deviene en imperativa y necesaria.

e) De conformidad con el acuerdo de sesión N° 38-2021 celebrada el 20 de setiembre de 2021 y el acuerdo de sesión N° 37-2021 celebrada el 06 de setiembre de 2021, artículo XVI de la Junta, las personas designadas como Directora y Sub Director de la misma, poseen un acto creador de derechos subjetivos a su favor, por lo que cualquier decisión respecto de la naturaleza de dichos cargos deberá entenderse a futuro, a fin de no contrariar la intangibilidad de los actos propios y el principio de confianza legítima de la Administración en el caso de los nombramientos ya realizados.

Dejamos así evacuada su solicitud de criterio al respecto.

Atentamente,

MSC. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo
Director Jurídico a.i.

Ref:1286-2021
LMB