



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

Voto N° 455-2011

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES DEL MAGISTERIO NACIONAL, San José a las trece horas cuarenta minutos del diez de junio de dos mil once.-

Recurso de apelación interpuesto por **xxxxxx**, cédula de identidad N° **xxxxxx**, contra la resolución DNP-M-FGD-501-2010, de las dieciséis horas del 10 de febrero de 2010, de la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Redacta la Jueza Carla Navarrete Brenes; y,

RESULTANDO

I.- Mediante resolución DNP-MT-DE-REIAM-5232-2008 de las trece horas quince minutos del 22 de diciembre de 2008 se aprobó la revisión de jubilación ordinaria por reingreso, como mejor salario devengado durante los últimos 05 años de servicio la suma de $\text{¢}1.875.421,85$ que corresponde al mes de mayo de 2007, además de asignarle a la gestionante un porcentaje de postergación de 14.49% para la suma global de $\text{¢}2.147.170,00$; todo esto bajo el amparo de la ley 2248.

II.- Mediante resolución 6911 de la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, adoptada en Sesión Ordinaria 100-2009, de las nueve horas del 16 de setiembre de 2009, se recomendó declarar improcedente el pago de las deudas por periodos fiscales vencidos.

III.- De conformidad con el artículo 89 de la Ley 7531, por resolución DNP-M-FGD-501-2010, de las dieciséis horas del 10 de febrero de 2010, la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se declaró sin lugar la solicitud de pago de diferencias de períodos diferentes al Ejercicio Presupuestal actual.

IV.- Se resuelve en virtud de la resolución de incompetencia número 1032 dictada por el Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos del seis de setiembre del año dos mil diez, y ratificada por los votos 001394-C-S1-2010; 001428-C-s1-2010; 001429-C-s1-2010; 001430-C-s1-2010 dictadas por su orden: a las quince horas cuarenta y un minutos del once de noviembre del dos mil diez; nueve horas treinta y ocho minutos del veinticinco de noviembre del dos mil diez; nueve horas con cuarenta y un minutos del veinticinco de noviembre del dos mil diez; y a las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del veinticinco de noviembre del dos mil diez de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

V.- Que en los autos se han acatado las prescripciones de Ley y no se observan vicios que puedan causar la nulidad de lo actuado.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

CONSIDERANDO

I.- De conformidad con lo dispuesto en la Ley número 8777 del 7 de octubre del 2009 y Decreto Ejecutivo 35843-MTSS del 28 de enero de 2010, este Tribunal procede al conocimiento del presente asunto.

II.- En el presente caso debe examinarse la disconformidad presentada por la xxxxx frente a lo dispuesto por la Dirección Nacional de Pensiones que desaprueba el pago de diferencias de períodos fiscales vencidos bajo el argumento de que a la gestionante no le asiste el derecho por haberse considerado en la revisión de la pensión de reintegro salarios no devengados fuera del sector educación.

III.- De un análisis del expediente se establece claramente que a la reclamante se le otorgó el derecho jubilatorio bajo los términos de la ley 2248 mediante la resolución DNP-MT-M-522-2001 de las trece horas treinta minutos del 12 de junio de 2001, con un tiempo de servicio de 26 años y 7 meses hasta diciembre del 2000, tiempo laborado para el Ministerio de Educación Pública, y con una mensualidad de cuatrocientos catorce mil ochocientos veintidós colones, incluido el 8.89% por concepto de postergación, tomando como referencia el salario del mes de diciembre del año 2000, el cual es el mejor salario de los últimos cinco años de servicio acreditados. Y en resolución DNP-MT-DE-REIAM-5232-2008 de las trece horas quince minutos del 22 de diciembre de 2008, se aprobó revisión de jubilación ordinaria por reintegro estableciendo como prestación jubilatoria la suma de dos millones ciento cuarenta y siete mil ciento setenta colones que incluye el 14.49% de monto de postergación, tomando como referencia el salario del mes de mayo del 2007.

Es importante para este Tribunal analizar todo el cuadro fáctico presente en este caso, y debemos iniciar este estudio, indicando que por acto administrativo entendemos aquella manifestación unilateral de voluntad que tiene por objeto producir un efecto de derecho y que emana, de la Administración, en el ejercicio de la función administrativa que le es propia, este acto nace a la vida jurídica cuando se actúa en el ejercicio de la función administrativa; sea, puede ser dictado por el Poder Ejecutivo o por los otros Poderes de la República, en este último caso, cuando ejerzan excepcionalmente una función administrativa.

A.- Elementos del Acto Administrativo:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

Respecto a los elementos del acto administrativo, valga señalar que según la doctrina, estos se clasifican en subjetivos, objetivos y formales. El elemento subjetivo se refiere al autor del acto, sea, la Administración Pública, a través de su respectivo órgano o ente competente. Por su parte, los elementos objetivos hacen referencia al motivo, al contenido, y al fin del acto.

El motivo refleja la fundamentación del acto, consiste en el antecedente jurídico que determina la necesidad de emitirlo y que permite el ejercicio de la competencia en el caso concreto; en otros términos, es el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que ha tomado en cuenta la Administración para dictarlo. Lo anterior implica que su ausencia conlleva la imposibilidad de ejercer la competencia en ese caso en particular.

La Ley General de la Administración Pública regula este elemento en su artículo 133, al indicar:

"Artículo 133.

- 1. El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.*
- 2. Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando este regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento."*

El contenido es en lo que consiste el acto administrativo. En otros términos, es lo que el acto dispone, y se expresa en su parte dispositiva. Un concepto que se vincula o es conexo con éste es el objeto, entendido como el efecto que se propone conseguir la Administración al dictar el acto. Tanto el contenido como el objeto de los actos administrativos deben ser ciertos, lícitos y físicamente posibles. El artículo 132 de la Ley General de la Administración Pública se refiere al punto al disponer:

"Artículo 132.-

- 1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro, preciso y abarcar 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 motivo 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, estos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo."*

Ahora bien, si el motivo constituye el antecedente del acto administrativo, es preciso que éste tenga una finalidad, o sea, que esté orientado a alcanzar un objetivo determinado. El fin es el resultado último que debe conseguir el acto. Por ello, es subsiguiente al acto en cuanto a su realización. El fin es la razón que justifica la emisión del acto. En ese sentido, resulta claro que los diversos órganos de la Administración deben cumplir su cometido procurando alcanzar



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

finés que estén en armonía con el interés público, siendo éste un aspecto esencial, por lo que no debe obviarse. El actuar de los órganos administrativos no puede ser arbitrario, sino que debe encaminarse a alcanzar los objetivos propuestos a su acción. La determinación del fin no corresponde a la Administración. Por el contrario, debe fundarse - en cada caso concreto- en las normas legales que regulan la actividad general del órgano administrativo que dicta el acto de que se trate y, debe ser verdadero y real. Proceder en sentido contrario, implicaría que se incurra en desviación de poder.

Acerca del fin del acto, el artículo 131 de la Ley General citada dispone:

"Artículo 131.

- 1. Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás.*
- 2. Los fines particulares del acto serán fijados por el ordenamiento, sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento.*
- 3. La persecución de un fin distinto al principal, con detrimento de este, será desviación de poder."*

Finalmente, los elementos formales del acto son el procedimiento y la forma de manifestación. Al respecto, basta con indicar que para dictar un acto administrativo se requiere cumplir con una sucesión de actuaciones ("trámites sustanciales", como refiere el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública) y condiciones previamente establecidas, como vía que debe adoptarse para formar la voluntad administrativa y expresarla en un acto. Tales procedimientos administrativos son una garantía jurídica, así como de eficiencia, de la acción administrativa. Consideraciones similares proceden respecto a la forma, pues, se deben observar aspectos tales como el deber de expresar el acto por escrito (salvo que su naturaleza exija una forma diversa), el deber de que el acto contenga la información requerida, la obligación de que consten las firmas pertinentes, etc. (vid. artículo 134 de la Ley General de la Administración Pública).

B.- Sobre la validez y la eficacia del acto administrativo:

El acto administrativo se considera válido cuando todos los elementos que lo integran se ajustan a derecho, sea, cuando guarda congruencia con el ordenamiento jurídico. La Ley General de la Administración Pública señala, respecto a la validez del acto, lo siguiente:

"Artículo 128.-

Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta."

Por su parte, el acto es eficaz cuando además de ser conforme a derecho, se encuentra en condiciones de producir efectos jurídicos. Al respecto, la Ley General de la Administración Pública indica:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

"Artículo 140.-

El acto administrativo producirá su efecto una vez comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos en cuyo caso lo producirá desde que se adopte."

La eficacia implica presunción de validez y obligación de cumplimiento inmediato. En ese sentido, cabe señalar que el acto produce efectos desde el momento en que reúne los elementos que lo deben conformar, y se comunica al interesado. Lo anterior salvo que existan condiciones o plazos que supediten su eficacia. Sobre esto último, el artículo 145 de la Ley General de la Administración Pública dispone:

"Artículo 145.-

- 1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.*
- 2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.*
- 3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano, mientras esta no se haya dado, aquel no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse."*

C.- Sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta:

La Procuraduría General de la República como Órgano Asesor del Estado, ha emitido múltiples pronunciamientos en relación con lo que establece el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, en cuanto a la declaración de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto administrativo declaratorio de derechos para el administrado.

A este respecto, el Dictamen 169-2002, del 26 de junio del 2002, extrae algunos de estos criterios de la siguiente manera:

"Interesa citar, al menos como precedente jurisprudencial administrativo, el Dictamen C-117 de fecha 13 de mayo de 2002, mediante el cual, esta Procuraduría, conceptualiza el criterio seguido para establecer la nulidad del acto administrativo declarativo de derechos, como a continuación se expone:

De conformidad con los artículos 158 y 159 de la Ley General de la Administración Pública, el criterio seguido para establecer la nulidad del acto administrativo está referido a la falta, defecto o desaparición de algún requisito o condición del acto administrativo, señalándose que será inválido el acto que sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico. Las causas de invalidez pueden ser cualesquiera infracciones sustanciales a éste.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

Estas disposiciones dan los lineamientos generales de lo que constituirán vicios del acto que pueden acarrear su nulidad.

Acerca de las clases de nulidades, establece la Ley General de la Administración Pública en sus artículos 165 (sic), 167 y 168 respectivamente:

"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.

Artículo 168. - En caso de duda sobre la existencia o calificación e importancia del vicio deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto."

De la relación de los anteriores artículos, concluyó el Lic. Ortiz Ortiz lo siguiente:

- 1. Hay nulidad absoluta cuando falte totalmente –desde un ángulo real o jurídico– un elemento del acto.*
- 2. Hay, a la inversa, nulidad relativa cuando algún elemento está sustancialmente viciado o es imperfecto.*
- 3. Habrá nulidad absoluta, en todo caso, si el mero defecto o vicio de un elemento existente es tan grave que impide la realización del fin del acto, como si faltara totalmente un elemento esencial de éste.*
- 4. En caso de duda, se debe estar por la solución más favorable a la conservación y eficacia del acto. (ORTÍZ ORTÍZ, Eduardo, "Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública (Costa Rica)" en Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, p 445.)*

Entonces, habrá nulidad absoluta de un acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente, o cuando la imperfección de uno de esos elementos impida la realización del fin.

Ahora bien, cuando se está en presencia de una nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos, la Ley General no le otorga a la Administración el ejercicio de la potestad de autotutela, sino que ésta debe proceder a declarar la lesividad del acto, y solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa la declaración de nulidad. (La lesividad se encuentra regulada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.)

Para hacer uso de la potestad de autotutela administrativa, que le permite declarar la nulidad de un acto en vía administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, no basta que el acto se encuentre viciado de nulidad absoluta, sino que, además, ésta debe ser evidente y manifiesta. En otras palabras, es aquella que es clara y notoria, y que no requiere de una exhaustiva interpretación legal.

En cuanto a los caracteres de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, esta Procuraduría General ha precisado en forma amplia y completa sus alcances. A modo de ejemplificación, y con el fin de no caer en repeticiones innecesarias, se transcriben, sólo algunos dictámenes que se han referido a dicha nulidad.

Sobre el caso en concreto:

El artículo 169 de la Ley General de la Administración Pública indica lo siguiente:

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

Considera este Tribunal que a tenor de lo dispuesto en artículo 169 citado, el acto administrativo dictado por resolución DNP-MT-DE-REIAM-5232-2008 no puede ejecutarse lo cual implica precisamente el pago de las sumas generadas por períodos fiscales vencidos; ya que el mismo, podría ser contrario a derecho, por haberse ordenado una revisión de la pensión, por el reingreso de labores de la señora xxxx en la Asamblea Legislativa, considerando como mejor salario el de mayo de 2007 en su función de diputada. Debe tenerse presente que la regulación existente para el otorgamiento de la pensión conforme a la ley 2248, en lo atinente al tiempo de servicio y al mejor salario, se considera solamente aquel laborado y recibido en actividades propias del sector educación.

Cuando se trate de una pensión obtenida bajo el amparo de la Ley 2248, como en el caso de marras, la ley 2248 es clara en disponer que el cálculo del monto se realizará con los salarios en el servicio del Magisterio Nacional, por que estamos ante una legislación social concreta, el Régimen de pensiones y jubilaciones del Magisterio Nacional, y por ello, el tiempo que se acredite por este concepto debe haber sido laborado en instituciones docentes sean estas publicas o particulares, y el tiempo laborado en otras dependencias del Estado, que no sean educativas, como la Asamblea Legislativa, únicamente tiene la finalidad de completar los treinta años.

Para mayor abundamiento sobre lo anterior en el voto 2006-00320, la Sala Segunda estableció:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL RÉGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

“IV.- SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL CASO CONCRETO: (...) El artículo 1° de la Ley N° 7531, de 10 de julio de 1995, sustituyó el texto de la Ley N° 7268, del 14 de noviembre de 1991, la que a su vez, cambiaba totalmente la normativa entonces vigente, reformando íntegramente la Ley N° 2248 del 5 de septiembre de 1958. Esta última ley, en su artículo 1° establecía: “Estarán protegidos por la presente ley las personas que actualmente gozan de pensiones y jubilaciones, las comprendidas en el artículo 116 del Código de Educación, las que presten servicios en el extranjero, en forma transitoria, **en asuntos de interés para la educación nacional**, y las que sirvan cargos docentes o administrativos en el Ministerio de Educación y sus dependencias, en las instituciones docentes oficiales y **en las particulares reconocidas por el Estado**, que hayan cotizado durante ese tiempo para el fondo de pensiones y jubilaciones que esta ley establece. Para los efectos de este artículo, debe entenderse que la Universidad de Costa Rica es una institución docente oficial.” (La negrita no está en el original). Por su parte, el inciso c) del artículo 4 de dicha ley, a efecto de determinar el monto del beneficio estipulaba la siguiente regla de cálculo: “Si se tratare de **servicios prestados en instituciones particulares**, se hará el cálculo a que se refiere el inciso a), tomando como base el sueldo de categoría y los sobresueldos, más los recargos de ley durante ese mismo periodo; y...” (La negrita es del redactor). De lo anterior se deduce que el artículo primero hace referencia a las personas que quedarán cubiertas por la aplicación de la ley indicada, obviamente, destaca que sea por funciones propias del Magisterio y no por otras, aunque estas, eventualmente, se realicen en instituciones privadas, pero a propósito de esa particular y específica función docente. Luego, de la interpretación del inciso b) del artículo 4 se concluye, en concordancia y armonía con el citado artículo primero -que es el que introduce el ámbito de aplicación de dicha ley-, que al hablarse de instituciones privadas se refiere a aquellas en que se haya ejecutado funciones propias de enseñanza y no otras. Debe tomarse en consideración, con base en el propio nombre de la ley, que esta regula lo concerniente al régimen de pensiones y jubilaciones de una parte específica del sector laboral del país como es el Magisterio Nacional, entendido este como el conjunto de maestros o profesionales en educación que desempeñan o han desempeñado sus cargos en el territorio nacional. De lo anterior se deduce que la ley en cuestión, sea cual sea el texto vigente, es aplicable a todo lo que tenga que ver con funciones propias de la docencia únicamente, por lo que su interpretación debe regirse por dicha regla y no puede ser ampliativa en ese aspecto. Por otra parte, se halla el principio de legalidad, el cual abarca toda la actividad de la Administración Pública, contemplado en el artículo 11 de la Constitución Política y desarrollado en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública. (...) En el caso en estudio, se cuenta con la prueba documental visible al folio 33 donde se demuestra que la actora laboró en un consultorio particular con un médico cirujano pediatra, por lo que, claramente, se colige que en dicho puesto no desempeñó funciones que tengan que ver con educación ni siquiera en forma administrativa. Por lo anterior, se debe concluir que los ingresos que percibió en ese periodo no pueden ser tomados en cuenta para el cálculo total de su jubilación. La interpretación racional de la norma conlleva a concluir que su aplicación resulta procedente respecto de quienes ejercen funciones docentes únicamente y la referencia que el inciso c) del artículo 4 de la Ley 2248 hace a los “servicios prestados en instituciones particulares” debe interpretarse a la luz del concepto previsto en el artículo 1° antes transcrito, donde se deja claramente establecido que se trata de las “instituciones docentes particulares reconocidas por el Estado”. Lo contrario indicaría que cualquier docente podría optar por ejercer cualquier tipo de labor en el sector privado de la economía, con la única



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL RÉGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

finalidad de aumentar la base de cálculo de su pensión, lo que es, a todas luces improcedente. Luego, el artículo 8 de la vigente ley, ratifica que la interpretación dada al artículo 4 de la número 2268 es la adecuada, pues en ese numeral ocho se deja claramente establecido qué debe entenderse por “desempeño en el Magisterio Nacional”, sin que se incluyan las labores en el sector privado de la economía.”

Además esta instancia de alzada en su voto No. 69-2010 de las once horas y cinco minutos del quince de diciembre del dos mil diez en este mismo sentido fue claro al establecer:

“Este régimen de jubilaciones del Magisterio, lo es en exclusividad para los funcionarios que laboren en el sector docente, y que ya sea que se aplique el artículo segundo, párrafo antepenúltimo de la ley de Pensiones del Magisterio 2248, o bien el 8° inciso A) de la que le siguió número 7268, no es procedente el reconocimiento del salario en otro sector que no sea ese. En efecto, en el caso de la norma citada de la ley 2248, lo que permite es el reconocimiento del tiempo servido con anterioridad al ingreso o reingreso al servicio docente, pero no admite la posibilidad de que se reconozca tiempo servido y por ende salarios, en forma simultánea con el percibido en la docencia. Del mismo modo el artículo 8 inciso a) de la Ley 7268, permite el cálculo de la pensión en base a los doce mejores salarios de los últimos dos años en el servicio del Magisterio Nacional, el mismo artículo 2° de esta ley en el párrafo final dispone que: “...para calcular el monto de la jubilación, en el evento de que al momento de su jubilación se labore en Instituciones que no pertenecen al Magisterio Nacional se utilizará como base para calcular el monto de la jubilación, el salario actualizado del último puesto que ocupó en el Magisterio...”. Ni tan siquiera la ulterior ley de este régimen, número 7531 admite el reconocimiento de salarios ajenos a este sector, por cuanto en el artículo 34 permite la adscripción al mismo de todas las personas que se desempeñen en el Magisterio Nacional y el 37 claramente establece que los salarios de referencia que se han de tomar en cuenta para el cálculo de la pensión, serán los últimos sesenta al servicio de la Educación. Las dietas que perciba un integrante de la Junta de Pensiones, designado por determinado sindicato, no es por su labor al servicio de la educación, por lo que como tesis de principio estima este Tribunal que legalmente no es procedente tomarlas en consideración para la fijación de su pensión.”

Se ha establecido claramente que no es posible reconocer aquellos salarios que se percibieron con motivación distinta a la docente, **hacerlo llevaría a error y como tal a un acto nulo**. Es importante recordar que el error no genera derecho y sobre lo anterior la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado indicando lo siguiente:

“VI. Es necesario aclarar que aunque el salario devengado en el Banco Central fue considerado para fijar el monto de la jubilación ordinaria, lo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

cierto es que al tratarse de un error, no puede generar derecho, pues no fue en funciones propias del Magisterio. (...) el tiempo servido en el Banco Central no puede ser tomado en cuenta para efectos de la jubilación, ya que el laborado en otras instituciones, a la luz de lo que al efecto dispone la Ley N° 2248, sólo puede ser considerado cuando se ha servido antes del ingreso o reingreso del servidor al Magisterio Nacional, lo que no sucede en este caso, en el que los servicios se prestaron en forma simultánea al ejercicio de la labor como educador.” Voto 2008-923 de las 11:30 horas del 22 de octubre de 2008.

Así las cosas, esta instancia de alzada se encuentra imposibilitada en ordenar un pago fundamentado en un acto administrativo que podría ser lesivo a los intereses económicos y jurídicos del Estado y cuyos efectos a futuro como lo son las revisiones de pensión, pago de períodos fiscales vencidos, aumentos semestrales entre otros, pueden llegar a convertirse doblemente en error atribuibles a la misma Administración. Considerando, además que se trata de fondos públicos que deben ser custodiados, la Administración debería solventar dicho error estableciendo el procedimiento de lesividad, pero nunca ordenando un pago como el que se pretende. El análisis del caso respecto, a la apertura del proceso de lesividad deberá determinarlo en resolución fundamentada la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional y la Dirección Nacional de Pensiones.

De la relación del numeral 173.1 de la Ley General de la Administración Pública en concordancia con el Código Procesal Contencioso Administrativo, se desprende, que la propia Administración podrá accionar -solicitando su anulación-, cuando el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo dictó, haya declarado en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza, que ella representa.

La "*declaratoria*" en sede administrativa, es el precedente obligado del proceso de lesividad, mediante el cual, la Administración busca la nulidad de un acto propio firme, de manera que sin ella es imposible atacarlo en sede jurisdiccional. El acto administrativo declaratorio de derechos subjetivos deberá atentar, afectar o dañar los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza de la Administración Pública. Asimismo, se ha venido sosteniendo reiteradamente, que este proceso ordinario examina si el acto declarado lesivo a los intereses públicos, padece efectivamente de los vicios aducidos por la Administración Pública para pedir su nulidad. El análisis debe circunscribirse a los hechos que constataban en el momento que se dictó el acto declarado lesivo y a la normativa aplicable." (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia No. 366-2005 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del 31 de Agosto del dos mil cinco. Ver demás, Sentencia No. 56-2008 de las once y veinte horas del veintinueve de Febrero del año dos mil ocho, emitida por la Sección Primera de este Tribunal).

Por consiguiente, para declarar la lesividad referida, se debe cumplir con los requisitos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

- a) La acción debe ser interpuesta por la propia Administración que dictó el acto
- b) Debe tratarse de un acto administrativo
- c) Debe dictarse resolución con la declaratoria de lesividad en sede administrativa:
- d) Lesivo a los intereses públicos:

e) El acto declaratorio de derechos debe estar viciado de nulidad absoluta o relativa, sin que resulte evidente y manifiesta:

Sobre el tema de la nulidad, como causa para declarar lesivo un acto administrativo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia número 128 de las 14:30 horas del 17 de Noviembre de 1995, dispuso lo siguiente:

"XI) Sobre la Nulidad. Dispone el art. 158 LGAP., que la falta o defecto de un requisito expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico implica vicio de nulidad, el que invalida el acto si el mismo resulta por ello sustancialmente disconforme con el ordenamiento, aún en relación a una inconformidad con normas no escritas, tal defecto no invalida el acto si no es sustancial. El art. 166 de LGAP establece que hay nulidad absoluta del acto cuando faltan uno o varios de sus elementos constitutivos real o jurídicamente, y la nulidad es relativa cuando sea imperfecto uno de los elementos del acto a menos que impida la realización del fin del mismo, lo que hace la nulidad absoluta (art. 167 ibídem). En relación a estas normas el autor costarricense Lic. Eduardo Ortiz ha expresado: "Es evidente que, en último término, esta referencia al fin como reflejo de los valores y exigencias fundamentales del ordenamiento, pone en juego un concepto indeterminado, que el Juez deberá precisar caso por caso con discrecionalidad o, más bien, con amplitud de criterio, pero que sólo puede ser uno respecto de cada caso. Es la forma normal de operar con conceptos indeterminados.- De este modo, la luz para distinguir una nulidad de otra ha de ser, en síntesis, el determinar si la violación es de la máxima gravedad, por frustración del fin legal y de los valores del ordenamiento en el caso concreto, aunque el acto alcance su fin en la realidad; o si, pese a la violación, se lesionan sólo derechos o intereses del actor y no los de la misma ley, por ser menos grave la violación. Es a este criterio último que debe atenderse y atiende la Ley General,... (Ortiz Ortiz, Lic. Eduardo, Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de Administración Pública [Costa Rica]; Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados de Costa Rica.-San José, 1981, pág.446).-".

Por lo expuesto, se impone declarar sin lugar el recurso de apelación, debido a que ordenar el pago de periodos fiscales vencidos generaría un doble error de la Administración y un daño adicional o lesivo a los intereses jurídicos y económicos del Estado, además por las razones expuestas se estaría violentando el principio pro-fondo. Lo anterior considerando que el acto administrativo dictado por la resolución DNP-MT-DE-REIAM-5232-2008 podría estar viciado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

de nulidad; y por ello no puede ordenarse el pago pretendido, hasta que no se establezca, mediante el proceso de lesividad descrito, si a la señora xxxxx le asiste o no el derecho de reconocimiento de salarios devengados fuera de la educación en su monto jubilatorio.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso de apelación y se confirma en todos sus extremos lo dispuesto por la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en resolución DNP-M-FGD-501-2010 del 10 de febrero de 2010. Notifíquese. Se da por agotada la vía administrativa.

Luis Fernando Alfaro González

Patricia Soto González

Carla Navarrete Brenes

Realizado por: Ingrid Hidalgo Barboza