



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

Voto N° 198-2012

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES DEL MAGISTERIO NACIONAL, San José a las quince horas quince minutos del diecisiete de febrero de dos mil doce.-

Recurso de apelación interpuesto por **Xxxxxxx, cédula de identidad N° xxxxxxxx**, contra la resolución DNP-798-2011 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del primero de marzo del 2011, de la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Redacta el Juez Alfaro González; y,

RESULTANDO

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.- Mediante resolución 385 de la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, adoptada en Sesión Ordinaria 011-2011 de las 9:00 horas del 27 del Enero del 2011, se recomendó otorgar al gestionante revisión de pensión conforme a la Ley 2248 por haberse acreditado más tiempo de servicio, lo cual incrementó el monto de pensión asignado. En lo que interesa, se estableció un tiempo de servicio total de 46 años 9 meses y 0 días lo cual arrojó un monto de pensión de ₡ 2 518 905,00, el cual incluye un 39.20% por concepto de postergación, asimismo le asiste el derecho a la exención de la contribución especial, en virtud de haber postergado su retiro por más de 7 años de conformidad con el ultimo párrafo artículo 12 de la ley 7268. Todo con rige al cese de funciones.

III.- De conformidad con el artículo 89 de la Ley 7531, por resolución DNP-798-2011 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del primero de marzo del 2011, la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, resolvió otorgar revisión de pensión, reconociendo el mismo tiempo de servicio y porcentaje de postergación y en el rige; pero, discrepa en el salario de referencia. Además no lo exonera del pago de la contribución especial, pues señala que no procede la exención total del pago de la misma por cuanto la posibilidad de tal exención fue eliminada por la ley 7531 que vino a modificar la ley 7268

IV.- El fondo de este asunto versa sobre la disconformidad con lo dispuesto por la Dirección Nacional de Pensiones, en la diferencia de cálculos. A pesar de que la Dirección



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

de Pensiones coincide con la Junta de Pensiones en otorgar la revisión de la jubilación, con base en la Ley 2248, en otorgar el mismo tiempo de servicio y conceder el mismo porcentaje de postergación, sin embargo únicamente toma como referencia el salario devengado en el Ministerio de Educación Pública en el mes de julio del 2009, no incluyendo el salario del mismo mes devengado por el apelante en la Universidad Nacional, bajo el argumento de que no demuestra la superposición horaria entre las dos instituciones, lo que genera una diferencia en los cálculos y por consiguiente una mensualidad menor. Así mismo, la Dirección Nacional de Pensiones no exonera del pago de la contribución especial al apelante

V.- Mediante resolución DNP-MT-M-750-2005 de las siete horas cuarenta minutos del día veinte de enero de dos mil cinco, se le otorgo al apelante revisión del beneficio jubilatorio, reconociendo un tiempo de servicio de 3 años y 10 meses a marzo del 1997 y un monto de mensualidad de ¢ 468,776.00, considerando en la mensualidad únicamente lo devengado como funcionario del Ministerio de Educación Pública. (Folio 162)

VI.- Que el apelante en memorial de fecha 13 de junio del 2011, solicita se confirme la resolución de la Junta de Pensiones y que se declare que cualquier revisión futura no deba ser aprobada por la Dirección Nacional de Pensiones. Además agrega que la cuestión de los horarios es irrelevante para el otorgamiento del derecho jubilatorio, pues es una cuestión que compete a los patronos donde labora y no tiene relevancia alguna para efectos de pensión. (Folios del 239 al 245).

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.- La diferencia en cuanto al monto radica en el hecho de que si bien es cierto ambas instancias coinciden en que el mejor salario, es el julio del 2009, discrepan en el monto del mismo por cuanto la Dirección no contempla el devengado por el apelante en la Universidad Nacional, situación que considera este Tribunal se encuentra ajustada a derecho, pues ya en las resoluciones de la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional número 183, tomada en la sesión ordinaria número 003-2005 de las diez horas treinta minutos del día doce de enero del 2005 y de la Dirección Nacional de Pensiones número DNP-MT-M-750-2005, se había excluido el mismo por no cumplir el gestionante con la prevención de la presentación de los horarios. El apelante no ejerció los remedios legales correspondientes, por lo que la vía administrativa sobre este punto quedo agotada. Así las cosas, esta divergencia ya fue resuelta en su momento y debe el gestionante acudir a la vía correspondiente a fin de poder demostrar que no hubo una superposición horaria, pues laboro a tiempo completo en el Ministerio de Educación Pública y tres cuartos de tiempo en la Universidad Nacional. Por lo que en una futura revisión de la jubilación, el gestionante presentando los documentos pertinentes que demuestren que no existe tal superposición, podrá ser hasta entonces considerar dichos salarios.

III.- Aparte de lo anterior, llama poderosamente la atención el hecho de que se haya considerado por ambas instancias como mejor salario el correspondiente al mes de julio del dos mil nueve, ya que en autos consta que el apelante goza de una licencia por incapacidad total permanente, desde el año 1986, razón por la cual desde ese momento no devenga salario, sino un subsidio el cual no se debe tomar en cuenta para efectos de



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

pensión. Sobre este punto es importante citar la resolución 2001-00591, dictada por la Sala Segunda de la Corte:

" ACERCA DE LA PERCEPCIÓN DEL HORARIO ALTERNO DURANTE LA LICENCIA POR ENFERMEDAD: Al accionante se le concedió, desde 1988, una licencia total por enfermedad -en un inicio temporal, mas luego se convirtió en permanente-, con fundamento en el numeral 167 de la Ley de la Carrera Docente (N° 4565 de 4 de mayo de 1970, que vino a adicionar un Título II al Estatuto de Servicio Civil). El artículo 167 mencionado (derogado por la Ley N° 7531 de 10 de julio de 1995, "Reforma Integral de Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio") originalmente establecía:

"Cuando el maestro o profesor haya sido internado en instituciones oficialmente reconocidas para tratamientos de enfermedades mentales, tuberculosis, lepra, cáncer o poliomelitis, se girará un auxilio igual a la totalidad de su sueldo. En los casos de enfermedades mentales, tuberculosis y lepra, este auxilio se otorgará el tiempo que el enfermo debe permanecer aislado o en tratamiento ordenado por el jefe de la respectiva institución, pero deberá renovarse la solicitud del mismo cada seis meses; y en los casos de cáncer, poliomelitis, secuelas de accidentes vasculares y cerebrales, insuficiencia cardíaca crónica, secuelas postencefálicas y posmeningíticas y toda enfermedad que implique incapacidad total se dará por el término que dure su tratamiento, debiendo revalidarse la solicitud de auxilio cada seis meses. Sin embargo, cuando el enfermo esté asegurado por el régimen de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, el auxilio será solamente por la suma que agregada al subsidio que por ley debe otorgarle la Caja, complete el sueldo total".

Por su parte, el ordinal 174 de ese mismo cuerpo normativo decía:

"Si el servidor, en el momento de incapacitarse por enfermedad o maternidad, estuviese devengando salario adicional por zonaje, por horario alterno o cualquier otro sobresueldo interino, el subsidio a que tenga derecho, de acuerdo con las normas anteriores, se calculará con base en el salario total que, en dicho momento, estuviese devengando. Si la incapacidad se extendiere al siguiente curso lectivo, en el cálculo correspondiente al nuevo curso, no se incluirán las sumas adicionales por concepto de zonaje, horario alterno ni por sobresueldo de funciones interinas".

Ambas normas fueron reformadas por la Ley N° 5659 de 17 de diciembre de 1974, quedando redactadas a partir de ese momento en los siguientes términos:

"Artículo 167.

a) Cuando el maestro o profesor haya sido internado en instituciones oficiales, o particulares reconocidas, para tratamientos de enfermedades incapacitantes, así como en los casos de toda enfermedad que implicare invalidez indefinida, se concederá al servidor una licencia y se le girará un auxilio igual a la totalidad de su sueldo, por el término que dure su incapacidad, ya sea porque el enfermo deba permanecer aislado o en tratamiento ordenado por el



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

jefe de la respectiva institución; pero dicha licencia deberá revalidarse cada año.

b) En toda enfermedad que implique incapacidad total, la licencia y el auxilio se concederán indefinidamente. Sin embargo la licencia deberá revalidarse cada año.

c) La revalidación de la licencia, a que se refiere el inciso b), hade gestionarse por escrito ante el inmediato superior jerárquico, con fundamento en el documento médico en que conste la incapacidad actualizada.

d) Los interesados gozarán de prioridad para nombramientos a cargo del Ministerio de Educación Pública, conforme a las normas del Estatuto del Servicio Civil, siempre y cuando exista autorización médica en tal sentido y así lo solicite el interesado. En tales casos, el Ministerio queda obligado, en el momento del respectivo nombramiento, sea para actividades docentes o administrativas, a dar el máximo de facilidades posibles a quien se reincorpore al servicio".

Y,

"Artículo 174.

a) Si el servidor, en el momento de incapacitarse por enfermedad o maternidad, estuviese devengando salario adicional por zonaje, por "horario alterno", o cualquier sobresueldo, tendrá derecho a un subsidio equivalente al salario total que en dicho momento estuviese devengando.

b) Las licencias por enfermedad, cualquiera que sea su duración, no interrumpirán el derecho que tienen los servidores para recibir los aumentos de sueldos correspondientes.

c) Para todos los efectos legales, tanto el subsidio, como los auxilios a que se refiere el artículo 167, tendrán el carácter de salario, y serán, en consecuencia, la base para el cálculo de pensiones y prestaciones legales, entre otros extremos, que pudieran corresponder (inciso adicionado por Ley N° 6110 de 9 de noviembre de 1977)".

Al actor se le cancela, dentro del subsidio que percibe, el plus correspondiente al horario alterno, sólo que éste se encuentra congelado. El Estado intenta justificar esa medida argumentando que se trata de un sobresueldo de carácter transitorio, dado que se encuentra condicionado a la existencia de situaciones tales como recargo de matrícula, carencia de plazas o de aulas, etc., y por ello, se concede para un curso lectivo determinado, por la posibilidad de que para el siguiente no se presenten ese tipo de eventualidades. Según la personera estatal, como el actor no se encuentra prestando sus servicios en forma activa resulta imposible que cumpla con ese tipo de recargo de funciones, que es lo que justifica el pago del incentivo. Por consiguiente, concluye que no es jurídicamente factible seguir incrementando cada año el monto del sobresueldo si las circunstancias que ameritan su pago han desaparecido. Esta tesis se ve desvirtuada por disposición legal expresa. Nótese que, antes de ser reformado, el artículo 174 del Estatuto de Servicio Civil parecía recoger el criterio de la representante estatal, al disponer



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

que **"si la incapacidad se extendiere al siguiente curso lectivo, en el cálculo correspondiente al nuevo curso, no se incluirán las sumas adicionales por concepto de zonaje, horario alterno ni por sobresueldo de funciones interinas"**. No obstante, como bien lo señaló el Tribunal, esta frase fue eliminada con la reforma de 1974, de lo que se colige que los servidores tienen derecho a continuar devengando el horario alterno mientras dure su licencia, lo que, obviamente, también les confiere el derecho a que dicho rubro sea incrementado conforme sube el costo de la vida, en aras de no afectar el poder adquisitivo del funcionario incapacitado (derecho por demás recogido en el inciso b) del numeral 174 del Estatuto del Servicio Civil, antes transcrito). Debe tenerse presente que, en lo conducente, el precepto 11 de la Constitución Política dispone: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede." Por su parte, el ordinal 11 de la Ley General de Administración Pública establece: "1.- La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. / 2.- Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa." Dentro de tal esquema jurídico, todos los actos y los comportamientos de la Administración deben estar previstos y regulados por norma escrita, con pleno sometimiento a la Constitución, a la ley y a todas las otras normas del ordenamiento jurídico. En su esencia, el principio de legalidad conlleva una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, a la Administración sólo le está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado, en forma expresa y, todo lo que así no lo esté regulado o autorizado, le está vedado (al respecto, pueden consultarse, entre otros, de la Sala Constitucional, los Votos N°s. 1463-90, 405-91, 425-91, 619-91, 466-93 y 6663-95 y, de esta Sala Segunda, los N°s. 265-94, 267-97, 240-98, 84-99 y 118-99). En este orden de ideas, no existe norma alguna que faculte al Estado para congelar el horario alterno (o al menos no ha sido así demostrado). La interpretación de la Procuradora apersonada a este proceso, en el sentido de que el inciso a) del ordinal 174 mencionado, al decir que los servidores tienen derecho a percibir un subsidio equivalente al salario total que en **dicho momento** estuviesen devengando, faculta a no aumentarlo en el futuro, resulta demasiado forzada y carente de cualquier asidero jurídico. La arbitrariedad e ilegalidad de la actuación de la Administración resulta evidente, si se toma en cuenta que el rubro correspondiente al zonaje, que también forma parte del subsidio que se le paga al demandante, no ha sido congelado, lo que, aplicando la tesis de la impugnante, no se justificaría, pues se trata de otro de los sobresueldos condicionados a la prestación efectiva del servicio, que en este caso debe tener lugar en una zona alejada al domicilio del funcionario."

De acuerdo a lo anterior, durante la incapacidad total y permanente se pago un subsidio mismo que no cabe dentro del concepto de salario, y siendo que conforme al artículo 4 de la Ley 2248 se deberá considerar el mejor salario, no sería posible realizar los cálculos de la mensualidad jubilatoria con base a este subsidio.

Aunado a lo anterior, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, por votos 2002-00446 de las nueve horas cincuenta minutos del seis de septiembre de dos mil dos y 2011-000803 de las catorce horas treinta y cinco minutos del veintinueve de septiembre de dos mil once, señalan:



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

"(...) la retribución que se hace a un trabajador, a causa de una incapacidad, constituye un subsidio. (...). Tales sumas, cubiertas tanto por parte de la entidad asegurada como parte del patrono (...) no constituyen salario, y por tal razón no es permisible hacer uso de ellos, para establecer el promedio salarial del trabajador a efectos de calcular las prestaciones correspondientes. Debe señalarse que la incapacidad para trabajar constituye una causa individual de suspensión del contrato de trabajo, y, en tal sentido, al no existir una prestación efectiva del servicio no se da la imprescindible contraprestación -remuneración o salario-"

De modo tal que los cálculos del promedio deben realizarse con base a los reales y efectivas remuneraciones ordinarias y extraordinarias, entendiéndose los verdaderos salarios percibidos por el trabajador.

IV.- En cuanto reproche sobre la denegatoria que realiza la Dirección Nacional de Pensiones del beneficio de exención total de la contribución especial, pretendido por el gestionante, considera este Tribunal que lleva razón la Dirección de Pensiones en denegar dicho beneficio, ya que si bien es cierto se reconoce una postergación de 39.20% por haber permanecido en el cargo por más de siete años, también es cierto, que durante ese lapso no laboro por tener una incapacidad permanente. Este Tribunal ha reiterado que el fin de la postergación es el beneficio que recibe la educación costarricense al contar con más tiempo con un trabajador capacitado para sus funciones, situación que en este caso no se presenta por las circunstancias antes indicadas. Así las cosas, no hay mérito para exonerarlo del pago de la contribución especial y por ello en este punto se confirma la resolución apelada.

De conformidad con lo expuesto, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el señor Xxxxxxx. Se procede a CONFIRMAR la resolución DNP-798-2011 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del primero de marzo del 2011, de la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

POR TANTO:

SE CONFIRMA la resolución DNP-798-2011 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del primero de marzo del 2011, de la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Se advierte que debe darse cumplimiento estricto a lo aquí resuelto. Se da por agotada la Vía Administrativa. NOTIFIQUESE

Dr. Luis Fernando Alfaro González

Licda. Hazel Córdoba Soto

Licda. Carla Navarrete Brenes