

C-205-2001

San José, 23 de julio del 2001

Licenciado

William Hayden Quintero

Gerente General

Banco Nacional de Costa Rica

S. D.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, damos respuesta a su oficio GG-0320-2000 de fecha 9 de agosto del 2000, mediante el cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República, en relación con la posibilidad de que esa Institución pueda conciliar en vía judicial con un exservidor despedido sin responsabilidad patronal por justa causa. Plantea además el señor Gerente General otras cuatro interrogantes, que se encuentran supeditadas a que la consulta principal resulte positiva.

Sin embargo, no se adjuntó originalmente por el consultante el criterio legal de la Dirección Jurídica del Ente Bancario, por lo que hubo necesidad de requerirlo de esa Institución, requisito que fue cumplido y remitido a esta Procuraduría con fecha 4 de octubre del 2000, según oficio GG-0391-2000.

Con respecto al criterio legal D.J./1353-2000, es preciso indicar que parte de su análisis enfoca básicamente la figura del arbitraje, y advertir a su vez que la consulta no versa sobre esa figura, sino más bien sobre la conciliación judicial en sede laboral. Aún así, hacen referencia e incorporan en su estudio varios dictámenes y opiniones jurídicas que sólo tratan sobre el arbitraje, como lo son los números: C-201-97, C-026-98, C-225-88, C-089-99, OJ-006-99 y OJ-048-99.

Aparte de lo anterior, la Dirección Jurídica establece con relación a las interrogantes sometidas a consulta: a) que es posible la conciliación judicial por disposición expresa del artículo 474 del Código de Trabajo; b) que sólo puede transarse o conciliarse sobre aspectos patrimoniales, mas no sobre reinstalación; c) que no procede el reconocimiento de una pensión con cargo al fondo de

pensiones de esa Institución, por cuanto el exservidor no se encontraría activo, entre otros requisitos; y d) que la Junta Directiva de ese Banco estaría autorizada por ley para conciliar, pero en el entendido de que debe motivarse el acto y, en todo caso, que dicha conciliación estaría sujeta a ser homologada por un Juez. En conclusión, así se resume la posición de esa Dirección con respecto al tema consultado.

1).- ANTECEDENTES:

Se expresa en la consulta que en esa Institución, el Gerente General es el jefe superior de todas sus dependencias, según lo establece la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Además, que en dicho Banco, por aplicación del artículo 68 de la Convención Colectiva, los procesos disciplinarios son tramitados y resueltos por una Junta de Relaciones de Trabajo. Que los pronunciamientos de ese órgano los conoce el Gerente General, como órgano decisorio de segunda instancia.

No obstante, debemos entender que las faltas que se le endilgan a los funcionarios del Banco Nacional se ponen en conocimiento de una Junta de Relaciones de Trabajo, que se encarga de tramitar un procedimiento administrativo para, finalmente, emitir una recomendación. Posteriormente, será el Gerente General, por disposición de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (N°1644 de 26 de setiembre de 1953, artículo 41, inciso 6) el competente para definir si procede o no imponer la sanción disciplinaria. Ahora bien, comunicado al servidor el despido sin responsabilidad patronal y acudiendo éste a estrados judiciales, surge por parte de esa Institución la duda objeto de la consulta en cuanto a si es factible conciliar en esa sede. En consecuencia, y con el propósito de evacuar la consulta planteada, es necesario hacer referencia a los dictámenes y opiniones jurídicas mencionados, así como transcribir y analizar las disposiciones de interés, a efecto de evacuar cumplidamente la consulta formulada.

2).- SOBRE LOS DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS CITADOS EN SU CONSULTA:

Con la promulgación de la Ley General de la Administración Pública (N°6227 de 2 de mayo de 1978), se estableció en el artículo 27, inciso 4° lo siguiente:

"La transacción y el compromiso sobre asuntos de derecho público requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, y los que versen sobre asuntos de

derecho privado y excedan de cien mil colones requerirán dictamen favorable de la Procuraduría General de la República".

Tal disposición, permitía sólo al Estado –visto como administración central– finiquitar mediante esos mecanismos sus diferencias patrimoniales con terceros, pero dejaba por fuera o no consideraba de forma expresa a los Entes Descentralizados. Por lo anterior, el dictamen N° C-225-88 de fecha 11 de noviembre de 1989, es de vital importancia. Y decimos que resulta importante por cuanto en ese criterio jurídico, por vía de interpretación, se expresó lo siguiente:

"...Nótese que el artículo 27 se encuentra incluido dentro de las disposiciones que la ley de mérito tiene respecto del Poder Ejecutivo, es decir, dentro de la normativa que regula la actividad del Estado. De acuerdo con nuestra opinión, con fundamento en el artículo 2°, al tratar la norma del artículo 27.4 aspectos relacionados con la actividad del Estado, su aplicación puede hacerse extensiva a los otros entes públicos, si en la legislación que les es aplicable, no existe norma que regule el punto".

Concluyendo de la siguiente forma:

"a) tanto al Banco Central de Costa Rica, como al resto de las instituciones descentralizadas, les son aplicables las disposiciones del inciso 4 del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública en ausencia de norma sobre este punto, contenida en la legislación que les es propia. De esta manera, pueden recurrir al arbitraje o a la transacción para poner término a sus diferencias patrimoniales si cuentan con la autorización de la Asamblea Legislativa, cuando se trata de asuntos de derecho privado con un monto superior a los cien mil colones, entonces sólo se requerirá de un dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.

b) En ambos casos, únicamente será necesario el acuerdo de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas, debiéndose acompañar, en todo caso, el correspondiente documento de compromiso o transacción para su estudio".

Por las conclusiones expuestas y por la reconsideración que se hizo de otros dictámenes anteriores, en opinión de la Procuraduría sí era posible que los entes descentralizados pudieran utilizar la figura del arbitraje para solucionar sus conflictos patrimoniales. No obstante, los dictámenes y opiniones jurídicas emitidos entre octubre de 1997 y abril de 1999 (N°s: C-201-97, OJ-026-98, C-089-99, OJ-006-99 y OJ-048-99 anteriormente citados), están referidos

específicamente al instituto del arbitraje, razón por la cual no son de aplicación para el presente caso en ninguno de sus enunciados.

Ahora bien, volviendo sobre el inciso 4° del numeral 27 de la Ley General de la Administración Pública, debemos recordar que fue derogado mediante la Ley de Expropiaciones (N°7495 de 3 de mayo de 1995). Por lo anterior, ya no es necesario contar con la aprobación de la Asamblea Legislativa o, por vía de dictamen, de la Procuraduría, a efecto de recurrir a la figura del arbitraje. En consecuencia, por disposición e interpretación del artículo 27 inciso 3° relacionado con el artículo 2° de la LGAP, y en función del principio de autonomía de los entes descentralizados, éstos pueden recurrir a la figura del arbitraje; pero tal potestad es exclusiva de la Junta Directiva de la Institución, por así disponerlo el dictamen C-225-88 ya citado.

3).- CONSIDERACIONES SOBRE EL R.A.C.:

Es necesario referirnos también a la Ley N° 7727 de fecha 9 de diciembre de 1997, denominada "Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social", por cuanto en la consulta se cita el numeral 18 de esa normativa. A dicha ley se le conoce comúnmente como "R.A.C." y surge ésta como un procedimiento alterno de resolver conflictos de una forma expedita y sin necesidad de recurrir a los Tribunales de Justicia. Lo anterior implica que los mecanismos de solución alternativa de conflictos allí contemplados, están concebidos para que las partes puedan negociar voluntariamente y disponer libremente de su patrimonio. No obstante, evidentemente la Administración Pública sí puede recurrir al arbitraje allí previsto; a lo único que no puede recurrir es a la conciliación, por cuanto no estaría en posibilidad de negociar en igualdad de condiciones, por estar sujeta a diferentes disposiciones normativas, entre ellas, según se verá, al denominado principio de legalidad.

A mayor abundamiento de lo expuesto, es preciso transcribir los artículos 2°, 3° y 5° de la mencionada ley, que establecen lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.- Solución de Diferencias Patrimoniales

Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

ARTÍCULO 3.- Convenios para solucionar conflictos

*El acuerdo que solucione un conflicto **entre particulares** puede tener lugar en cualquier momento, aún cuando haya proceso judicial pendiente.*

*Incluso en el caso de que se haya dictado sentencia en el proceso y esta se encuentre firme, **los particulares** pueden arreglar sus intereses en conflicto por medio de convenios celebrados libremente". (el destacado es nuestro)*

ARTÍCULO 5.- Libertad para mediación y conciliación

*La mediación y la **conciliación extrajudiciales** podrán ser practicadas libremente **por los particulares**, con las limitaciones que establece la ley.*

Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores.(el destacado es nuestro)

Los numerales 2° y 3° se encuentran en el capítulo I que corresponde a las "Disposiciones generales". La primera norma prevé diferentes medios para solucionar los conflictos de intereses, pero la segunda indica en forma expresa que se refieren a los que se susciten entre particulares. Por su parte el ordinal 5°, se encuentra ubicado en el capítulo II denominado "De la conciliación y mediación" y es una norma especial referente a la conciliación extrajudicial, por lo que no tiene relación alguna con la conciliación judicial objeto de la consulta. Además, lo cual resulta fundamental sólo se encuentra prevista para dirimir conflictos entre particulares. Entonces, es evidente que el Estado no estaría autorizado a utilizar el método de la conciliación indicado en los numerales 2° y 5°. Efectivamente, con la promulgación de la citada Ley N° 7727, se derogó el proceso arbitral establecido en el Código Procesal Civil (artículo 507 y siguientes), y en sustitución suya, en el artículo 18 del RAC se contempló el arbitraje de controversias. Dicha norma expresa en su párrafo final que:

"...Todo sujeto de derecho público, incluyendo al Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3, del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública".

Sobre lo transcrito, debemos enfatizar que la anterior es la única norma que hace referencia a los entes descentralizados y al Estado, pero, básicamente, sustentándose en lo establecido por la Ley General de la Administración Pública, razón por la cual no se hace innovación alguna, sino que más bien se retomó la regulación del instituto del arbitraje extrajudicial, por haberse derogado del Código Procesal Civil.

Con respecto al artículo 27, inciso 3 de la L.G.A.P. en relación con el numeral 18 de la Ley N° 7727, esta Procuraduría señalo en la opinión jurídica N° OJ-077-2000 que:

"Es necesario indicar que los criterios emitidos parten de la interpretación de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos en relación con la citada norma de la Ley General de la Administración Pública, aunque efectivamente existen disposiciones como el artículo 27 de la Ley de Expropiaciones, el 61 de la Ley de Contratación Administrativa y el 4° de la ley de Concesión de Obras con servicios públicos, que facultan a la Administración a utilizar el arbitraje. La promulgación de tales disposiciones evidencia un interés del legislador de autorizar a la Administración a recurrir a ese instrumento. Sin embargo, repetimos, no contienen un desarrollo pormenorizado del tema que adecue los instrumentos a lo que es la naturaleza propia de la Administración; normativa que este Organo Asesor extraña y así lo ha dejado evidenciado en sus dictámenes y pronunciamientos".

Lo anterior, también nos lleva a compartir el criterio externado en la citada O.J., al expresar lo siguiente:

" En todo caso, no está de más señalar que, en nuestro criterio, sí se requiere de una regulación especial de todos los medios de resolución alternativa de conflictos, y no solo el arbitraje, cuando estos instrumentos sean utilizados por la Administración Pública, ya que a ésta no se le puede regular, por su propia naturaleza, en forma similar o idéntica que a un particular".

En consecuencia, es necesario que la Administración Pública, al utilizar dicho instituto para dirimir sus conflictos patrimoniales, deba ser celosa sobre la conveniencia y oportunidad de recurrir al arbitraje para resolver sus diferencias.

4).- SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA CONCILIACIÓN EN SEDE JUDICIAL

Considera la Dirección Jurídica del Ente Consultante, que sí es factible la conciliación en sede judicial laboral, por así establecerlo el artículo 6° del R.A.C.; que a su vez se complementa con lo establecido por el numeral 474 del Código de Trabajo. Por lo anterior, procederemos a transcribir los artículos de interés respectivamente:

"ARTÍCULO 6.- propuesta de audiencia y designación de jueces

En cualquier etapa de un proceso judicial, el tribunal puede proponer una audiencia de conciliación. El conciliador podrá ser el mismo juez de la causa o un juez conciliador. La Corte Suprema de Justicia designará a los jueces conciliadores, que requiera el servicio y les determinará las facultades y responsabilidades".

"ARTÍCULO 474: Contestada la demanda o en su caso, la reconvenición, vencido el término a que se refiere el artículo 470 y resueltas las excepciones dilatorias que hubieren sido opuestas, el Juez convocará a las partes a una comparecencia de conciliación y de pruebas, con señalamiento de fecha y hora..."

Como ya se dijo, en el punto 3) de esta consulta, la ley N° 7727 (conocida como "R.A.C.") estableció métodos alternativos de solución de conflictos de naturaleza patrimonial, pero sólo con ocasión de conflictos o diferendos entre particulares (artículos 2° y 3° respectivamente). Por otro lado, el numeral 5° de ese texto legal no menciona expresamente que el Estado y sus entes descentralizados puedan conciliar bajo esa normativa. Ahora bien, debemos integrar lo expuesto con relación al artículo 6°, debido a que sigue prevaleciendo que las partes ahí establecidas son particulares. En consecuencia, es evidente que el Legislador sólo autorizó la figura del arbitraje como medio de finiquitar las controversias en donde se encuentre involucrada la Administración Pública, dejando en su caso por fuera la conciliación, lo cual pone de manifiesto que por vía de interpretación no se podría aplicar este instituto para el caso objeto de estudio, ya que la letra de la ley es clara.

No obstante, en criterio de esta Procuraduría, la norma procesal laboral de mayor interés lo constituye el numeral 475 del Código de Trabajo (no invocada por la Asesoría Jurídica) que expresa lo siguiente:

"En la comparecencia procurará el Juez, en primer lugar, avenir a las partes proponiéndoles los medios de conciliación que su prudencia le sugiera y haciéndoles ver la conveniencia que un arreglo tiene para ellos. -Si alguna de las partes no concurriere a la primera comparecencia, el Juez deberá intentar la conciliación en cualquiera otra en que ambos litigantes estuvieren presentes. -Si las partes llegaren a un acuerdo, se dejará constancia de sus términos en el Acta correspondiente y en el mismo acto el Juez lo aprobará, salvo que fuere evidentemente contrario a las leyes de trabajo..."

Al armonizar el contenido de esas normas, se deduce que el Juez no sólo debe tratar de conciliar el interés de las partes, sino que debe examinar el acuerdo a efectos de aprobarlo o improbarlo, con el propósito de asegurarse de que dicha conciliación no sea contraria a las leyes de trabajo (esa es una condición típica de

una relación laboral privada, regida sólo por esa legislación). Lo anterior significa que el Juez no puede avalar la renuncia de derechos que no son litigiosos, pero sí puede aceptar la negociación sobre derechos controvertidos. Ahora bien, tal situación nos lleva a que debe existir una libre disposición patrimonial de las partes; o sea, reciprocidad para ceder en las pretensiones, lo cual lleva implícito la autonomía de la voluntad, principio que por su flexibilidad no es posible concebirlo dentro de la Administración Pública, por su propia naturaleza.

Por otro lado, debemos señalar que nuestro Código de Trabajo se promulgó con la Ley N° 2 de fecha 26 de agosto de 1943, o sea, cuando el aparato estatal era muy reducido. A la vez, de su articulado y antecedentes legislativos se desprende que ese instrumento jurídico se concibió para regular las relaciones obrero patronales en el sector privado. Posteriormente, con el advenimiento de la Constitución Política de 1949 se incorporan nuevos principios donde, aparte del de legalidad (artículo 11), se establece la existencia de un régimen estatutario para la Administración Pública (artículos 191 y 192). Ello origina el surgimiento paulatino de otros textos legales: el Estatuto de Servicio Civil y demás cuerpos estatutarios; luego la Ley de la Administración Financiera de la República, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley General de la Administración Pública. Tales leyes van integrando, de forma plena, la concepción del Estado como un todo, visto desde la óptica de la organización, administración, finanzas y relación de empleo. Por ello, es preciso y necesario realizar un análisis más exhaustivo que aplicar simplemente lo establecido por la normativa procesal laboral antes transcrita.

Igualmente, en lo que respecta a entidades bancarias, tenemos que mediante la Ley N° 1644 ya citada, se crearon los Bancos del Estado. En dicha ley, se consigna en el artículo 1, inciso 2) que el Banco Nacional de Costa Rica está integrado a dicho sistema. Por su parte, el numeral 2° expresa lo siguiente:

"Los bancos del Estado enumerados en el artículo anterior son instituciones autónomas de derecho público,..."

Aparte de lo expuesto, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa define claramente qué debemos entender por Administración Pública. Es así, como el artículo 1°, punto 4 define que:

"Para los efectos del párrafo 1° se entenderá por Administración Pública:

a) El Poder Ejecutivo

b) Los Poderes Legislativo y Judicial en cuanto realizan, excepcionalmente, función administrativa; y

c) Las municipalidades, instituciones autónomas y todas las demás entidades de derecho público."

Por otro lado, el artículo 1° de la Ley General de la Administración Pública, establece que:

"La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado".

Ahora bien en virtud de la normativa indicada, la Administración Pública está sujeta a una serie de principios que rigen su actividad; por tanto, no debemos perder de vista el principio de legalidad consagrado en el numeral 11, aparte 1° de la LGAP, que expresa lo siguiente:

"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".

En esencia, la actividad del Banco Nacional de Costa Rica se encuentra regulada por los mencionados cuerpos normativos. Además, sus actuaciones se encuentran reguladas por el citado "principio de legalidad", que presupone que la Administración sólo puede actuar conforme lo establece el ordenamiento jurídico; esto es, que para cada acto de la administración debe existir correlativamente norma expresa que autorice su adopción dentro del marco de legalidad. Dicho principio, según se dijo, también lo consagra el numeral 11 constitucional, en cuanto expresa en lo que interesa:

"Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella".

Como complemento de lo expuesto, es importante traer a colación el Considerando VI de la sentencia de la Sala Constitucional N° 1696-92 de las 15:30 horas del 23 de junio de 1992, que resolvió la inconstitucionalidad de varios artículos del Código de Trabajo, al señalar que:

"Por lo anterior, la intervención de los Tribunales de Trabajo, con el procedimiento de arbitraje obligatorio para los servicios públicos, en los

términos de los artículos del Código de Trabajo impugnados, tuvo origen en otro orden constitucional pues dicho cuerpo de normas data de 1943 y bajo otras necesidades, sin que existiera –en ese momento- la concepción constitucional de un régimen laboral público, exclusivo para los servidores del Estado, a fin de regular y dirimir las diversas situaciones que afectan la relación. Rige actualmente una Constitución Política que si lo previó y que, no obstante ello, se sigue utilizando un orden legal común, sometiéndose a la Administración Pública y sus empleados, a la resolución de sus diferencias mediante un procedimiento de índole privado". (El subrayado es nuestro)

Como puede observarse, en esa oportunidad la Sala Constitucional desautorizó la aplicación de mecanismos de solución de conflictos laborales para el sector público (en ese caso el arbitraje y la conciliación en los conflictos colectivos de carácter económico social) regidos por normas y principios de derecho laboral privado.

En síntesis, es claro que los institutos declarados inconstitucionales por la Sala Constitucional en ese fallo, son los relativos al conflicto colectivo de carácter económico social; pero tal situación no impide considerar que la conciliación sobre un conflicto, ya de naturaleza jurídica, se vea afectada indirectamente por esas resoluciones; más aún, integrando esa posición con todos los argumentos a que hemos hecho referencia.

De ahí que la conciliación, establecida en nuestro Código de Trabajo como mecanismo de solución de los conflictos jurídicos, no debe analizarse de forma aislada, sino que debe armonizarse con los principios propios que regulan la actividad de la Administración Pública. En todo caso, reiteramos, dicha conciliación fue concebida para la relación obrero patronal de naturaleza privada.

5).- ¿SE PUEDE CONCILIAR EN VÍA JUDICIAL UN PAGO DE PRESTACIONES ANTE UN DESPIDO SIN RESPONSABILIDAD PATRONAL POR JUSTA CAUSA, HABIÉNDOSE DETERMINADO DE PREVIO LA EXISTENCIA DE LA CAUSAL EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO?.

Antes de entrar al análisis de la consulta de fondo, debemos recordar que tanto este Organismo Asesor, como la Contraloría General de la República, se han referido a otros institutos sobre resolución de conflictos –arbitraje y transacción- pero nunca se ha estudiado ni emitido criterio sobre la figura de la conciliación en materia laboral.

A) Así, para empezar, ha de tenerse en consideración que en el Banco Nacional de Costa Rica existe una convención colectiva, que fue negociada con el Sindicato de Empleados de esa Institución.

En dicho instrumento normativo, denominado "Novena Reforma a la Quinta Convención Colectiva", el capítulo X se refiere a la Junta de Relaciones de Trabajo, que se ubica a partir del numeral 68 y siguientes. Esa junta en esencia conoce y se pronuncia sobre las cuestiones laborales que le sometan a su consideración tanto la Administración del Banco, como el Sindicato. Por lo anterior, las faltas cometidas por los servidores, deben ponerse en conocimiento de ese órgano a fin de cumplir con el procedimiento administrativo.

Ahora bien, el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, regula el procedimiento administrativo. Ese procedimiento está sujeto a una serie de principios que garantizan el debido proceso. Los principios básicos son: la notificación, la intimación, la imputación, el ser oído, audiencia, prueba, representación, presunción de inocencia, plazos para impugnar y motivación del acto administrativo. Dichos principios, recogen en concreto el derecho de audiencia y defensa que tiene el servidor para oponerse a las faltas o anomalías acusadas.

En relación con lo anterior, cabe hacer cita de Roberto Dromi, quien expresa:

"...Consecuentemente, los códigos procesales judiciales reglan un procedimiento judicial para la preparación e impugnación de la voluntad jurisdiccional, y de igual modo las normas de trámite administrativo, prevén, precisamente, el ritual formal del procedimiento administrativo como conjunto de reglas para la preparación, formación, control e impugnación de la voluntad administrativa" (Dromi, Roberto, El Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina 1996, páginas 30-31)

Por lo expuesto, la administración sólo podrá emitir una resolución administrativa sobre una sanción o un despido, cuando se haya cumplido el procedimiento administrativo conforme con el ordenamiento jurídico.

B) Ahora bien, si el servidor no se encuentra conforme con la decisión patronal, puede recurrir a la vía judicial; pero de previo debe agotar la vía administrativa. Efectivamente, el artículo 402 inciso a) del Código de Trabajo, en su párrafo segundo, establece lo siguiente:

"...Si se tratare de reclamos contra el Estado o contra sus Instituciones, deberá agotarse previamente la vía administrativa. Esta se entenderá agotada cuando

hayan transcurrido más de quince días hábiles desde la fecha de la presentación del reclamo, sin que los organismos correspondientes hayan dictado resolución firme;"

Con respecto al agotamiento de la vía administrativa, es conveniente transcribir algunos extractos de sentencias dictadas por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema:

"...tiene como finalidad permitirle a la Administración Pública revisar sus actuaciones, con el fin de que, si logra percibir en esa nueva oportunidad el quebranto del ordenamiento jurídico, restaurarlo u otorgar la satisfacción en la forma más conveniente para el interesado, de tal manera que, en las relaciones de servicio, la sola petición del agotamiento para demandar el pago de las prestaciones en sede judicial, por ilegalidad del despido, abre la posibilidad a la administración de revisar su decisión, para modificar o reponer las cosas al estado que tenían en el momento en que se dictó el acto,..." (Resolución N°77 de las 10:00 horas del 31 de mayo de 1991)

"(...) Así las cosas, el agotamiento de la vía administrativa, debe verse como un privilegio del que gozan todos los entes públicos, para poder conocer, previamente, las pretensiones de un administrado –el servidor público, también lo es, en cuanto a sus relaciones con la Administración-, frente a un acto administrativo concreto, con el propósito de darles la posibilidad de revertir su posición, en cualquier sentido, en aras de evitar que innecesariamente, la Administración sea llevada ante los Tribunales". (Resolución N°30 de las 15:00 horas del 26 de enero de 1994.) (el subrayado en las anteriores transcripciones no es del original).

También con relación al agotamiento de la vía administrativa, se ha expresado lo siguiente por los estudiosos del tema:

"Inicialmente, el agotamiento de la vía administrativa fue pacíficamente admitido como un mecanismo con una doble función, la posibilidad de que la Administración Pública ejerciera su poder de autotutela, así como también, que ejerciera la función de conciliación prejudicial que permitiera, por economía procesal, una solución al diferendo del particular con la Administración". (Milano Sánchez, Aldo, Ensayos de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Universidad de San José, 1997, página 109).

Lo anterior puede complementarse también con una consulta facultativa de constitucionalidad formulada por el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, con respecto a la constitucionalidad del artículo 402, inciso

a) párrafo segundo antes citado. Sobre el punto, la Sala Constitucional en la resolución N° 5975-99 de las 10:57 horas del 20 de julio de 1999, expresó en el Considerando VI, lo siguiente:

"...Se debe recordar que la justicia no es sólo judicial sino también administrativa, y en ese sentido, el reclamo oportuno y fundamentado que formule un trabajador del Estado o de sus instituciones también puede servir para que en el seno de aquél o de éstas se dé pronta y cumplida solución al diferendo planteado, evitando así la necesidad de abrir un proceso ante los tribunales para que el servidor obtenga la satisfacción de sus pretensiones".

Como puede observarse, la figura del agotamiento de la vía administrativa no sólo es un requisito de admisibilidad, sino que, además, es un medio de garantía a favor del servidor por cuanto la resolución que se dicte debe ser ajustada a derecho. Por otro lado, brinda una segunda oportunidad a la Administración a efectos de que pueda reconsiderar o revocar su decisión, a fin de evitar un proceso judicial innecesario. Sin embargo, no podemos desconocer que la Administración tiende a desaprovechar esos "momentos procesales"; pero no por esto, podemos obviar que la alternativa procesal existe.

Por lo expuesto, y ya refiriéndonos a la situación en consulta, si la Administración concluye, a través de un procedimiento administrativo disciplinario, que existen suficientes elementos de convicción para despedir sin responsabilidad patronal por justa causa, y si además reafirma su posición al resolver negativamente el reclamo administrativo y da por agotada la vía administrativa, entonces, perdió la oportunidad "procesal administrativa" de revertir su decisión. Lo anterior (y aunque esa no sea la situación en consulta), ocurre incluso ante la existencia de elementos de hecho y de derecho que eventualmente permitieran modificar, revocar o satisfacer las pretensiones del servidor. Por ende, sería absurdo y contradictorio llegar, ya en la vía judicial, a una conciliación que pretenda indemnizar una conducta dolosa o negligente del exfuncionario mediante el reconocimiento de prestaciones.

C) Como complemento de lo expuesto, es del caso traer a colación la interpretación que hace la Dirección Jurídica de ese Banco sobre el tema de la conciliación judicial, al referirse a lo sostenido por la Licda. Julia Varela Araya en su obra "Manual de Procedimientos Laborales". Al respecto, señala esa Dirección lo siguiente:

"Debe quedar claro, que la aceptación de un acuerdo conciliatorio con el extrabajador, en ningún caso implica que una de las partes le otorga la razón a la otra o viceversa. Es decir, cualquier acuerdo que se genere en ejercicio de la

facultad que otorga la Ley al Banco, no puede considerarse una aceptación o culpa o responsabilidad alguna de parte del patrono en el sentido de que el despido haya sido injustificado. Y, consecuentemente, tampoco implica de parte del trabajador una aceptación de las causales invocadas para su despido." (El subrayado es nuestro)

Si analizamos el texto transcrito, notaremos que el Banco mantiene su posición de que el despido no fue injustificado, o sea que la causal existió y justificó la medida más drástica -el despido sin responsabilidad patronal-. Por lo anterior, es contradictorio que esa Institución Bancaria acepte conciliar a pesar de su convicción de que concurrió un despido por falta grave, y más aún, indemnizar el pago de extremos laborales que serían contrarios a derecho.

Por otro lado, tal posición estaría en total incongruencia con el numeral 33 de la Convención Colectiva, que dice:

"Toda sanción para ser válida, deberá fundarse en justa causa, tener plazo fijo y ser notificada por escrito al trabajador"

Sobre lo anterior, debemos recordar que por disposición expresa de la Convención Colectiva, la Junta de Relaciones Laborales es el órgano director de los procedimientos disciplinarios de suspensión y de despido. Ello implica que debe velar porque no se quebrante el debido proceso, en especial los derechos de audiencia y de defensa. En consecuencia, la resolución de ese órgano paritario debe emitirse en estricto apego al numeral 33 citado. Esto significa que la recomendación sobre el despido sin responsabilidad patronal, debe encontrarse sustentada en suficientes elementos de convicción.

Aparte de lo expuesto, esa Institución estaría aceptando sufrir un doble perjuicio: el irrogado por la falta del exservidor (por la "injuria laboral" como lo denomina parte de la doctrina). Luego, desde la perspectiva económica, el tener que indemnizar un despido justo, que jurídicamente no tiene por qué generar responsabilidad patronal alguna; ello con el agravante de que se trata de indemnizar, sin justificación alguna, con recursos públicos que, precisamente, por su naturaleza deben ser salvaguardados para una sana y correcta administración de ellos. Igualmente, tal disposición de fondos públicos, se estaría haciendo en contraposición al artículo 7 de la Ley de la Administración Financiera de la República, en cuanto establece que no se pueden contraer compromisos en contra de las leyes o sin autorización legal, y que el funcionario que lo haga será responsable ante los acreedores, y sancionado disciplinariamente. Al respecto, es importante también hacer referencia a la doctrina más autorizada sobre el tema, en cuanto se sostiene que:

"No olvidemos que la Administración Pública no es hacienda privada y que el dinero que se compromete, como no es propio debe ser administrado dentro de la ley" (Rodríguez Mancini, Jorge, La Negociación Colectiva, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, pág.141)

Lo expuesto, da sobrado sustento real y jurídico para sostener que si medió un procedimiento disciplinario, que se presume ajustado a derecho, y que dio lugar a que la Administración decidiera y ejecutara el despido, resultaría contrario a derecho que dentro del proceso laboral llegue a "desdecirse" en lo que respecta propiamente a los efectos económicos del despido. Lo anterior, según se ha visto, tiene el agravante de que esa Institución tendría que incurrir en una erogación de fondos públicos, para cubrir una indemnización que sólo está autorizada para los despidos injustificados. Debe recordarse que, conforme se expuso en su oportunidad, a pesar de conciliar en un proceso en el que se discute si un despido fue o no justificado, el patrono sigue manteniendo su posición de que sí concurrió la causal.

D) En este aparte, vamos a integrar lo antes expuesto con la doctrina española, que delimita con gran acierto el instituto de la conciliación. Al respecto, en la Enciclopedia Jurídica Civitas, Volumen I ABA-COR, encontramos la definición de conciliación, tanto desde la óptica civil como laboral.

En relación con la primera se expresa que:

"I. Concepto, fundamento y ámbito de aplicación.- La conciliación es una actividad previa a la incoación de un proceso, desplegada por las partes con el fin de lograr la solución ante un conflicto de intereses. (...) El ámbito de aplicación de la conciliación alcanza cuantos conflictos sean per se transigibles o aquellos que se promuevan entre personas cuyas aptitudes de transacción no estén más o menos recortadas u obstaculizadas en la práctica. Por ello, el artículo 460.2 LEC prohíbe al Juez admitir a trámite las solicitudes de conciliación relativas a: 1. Los juicios en los que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones Públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza (la conciliación en estos casos puede obtenerse en la previa reclamación administrativa, amén de aducirse motivos técnicos, por la gran complejidad del procedimiento administrativo necesario para que la Administración..." (I. Tapia Fernández, página 1353) (el subrayado es nuestro)

Por su parte, en lo que toca a la conciliación desde la perspectiva procesal laboral (Derecho del Trabajo y Seguridad Social), se expresa que:

"(...) Pero el legislador impone un intento previo de composición, que se formaliza en un trámite denominado: conciliación previa, adjetivo que subraya su ligazón con el eventual trámite ulterior de carácter judicial. Convive con ella mecanismo análogo: la reclamación administrativa previa, reservada en principio, para demandados que ostentan condición de Administración Pública; son extraños a la conciliación porque, de un lado, no pueden transigir, y de otro, conservan todavía esta peculiar manifestación de la postura excepcional que a la Administración corresponde. La conciliación apunta, por ende, a posibles demandados que ostentan índole de personas privadas (cfr. Art. 64.2.a). (...) Así, no precisan conciliación previa: a) Los procesos que exijan reclamación previa administrativa; los de Seguridad Social (expresión que comprende a todos los del género...". (B. Ríos Salmerón, páginas 1355-1356)(el subrayado no es del original)

Podemos extraer de ambas citas, un elemento común llamado "reclamación administrativa previa". Sobre, su significado ha dicho el Tratadista Alfredo Montoya Melgar que:

*"A través de la reclamación administrativa previa -como ha escrito Alonso Olea- se produce el sometimiento previo del objeto de una pretensión al conocimiento y decisión de quien precisamente va a ser demandado en el proceso principal. Este sometimiento previo, que elimina y al tiempo sustituye la posibilidad de intento conciliador, de los entes públicos, toma en consideración la supremacía de tales entes confiando a su decisión unilateral (y no a la aveniencia inter partes) la posibilidad de reconsiderar su propia resolución impugnada". (Montoya Melgar Alfredo, Galiana Moreno Jesús M, Sempere Navarro Antonio V y Ríos Salmerón Bartolomé, *El Nuevo Procedimiento Laboral*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1990, página 79) (el subrayado es nuestro)*

Como puede notarse, esa "reclamación administrativa previa", es equivalente a nuestra figura del reclamo administrativo, lo cual permite en ambos ordenamientos que sea la propia Administración la que reconsidere la resolución impugnada, provocando con esa decisión si se quiere una "conciliación o finiquito administrativo". Por ello, repetimos, si agotada la vía administrativa, la Administración no revocó, modificó, o accedió a las pretensiones del servidor, entonces no se puede conciliar en la vía judicial un despido por justa causa que, indudablemente, no genera derecho alguno; lo contrario sería asumir que la sanción impuesta fue injustificada. En todo caso, ante el evento de que el exservidor resulte victorioso en sus pretensiones en la vía judicial, la solución se encuentra en el inciso f) final del numeral 68 de la Convención Colectiva (optar por la reinstalación o por el pago de las indemnizaciones allí contempladas).

E) Por otra parte, al realizar una investigación en la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia sobre la conciliación judicial, nos encontramos con que dicho Instituto no ha sido utilizado por la Administración Pública Descentralizada (lo cual no es sorprendente), pero sí en el Sector Privado.

En relación con lo anterior, existe una resolución que establece claramente que la aplicación del artículo 475 del Código de Trabajo sólo es jurídicamente compatible con la Empresa Privada. La sentencia que establece esa conexión es la N° 314 de las 9:20 horas del 5 de diciembre de 1997, y se refirió específicamente al instituto de la conciliación en los siguientes términos:

"CONSIDERANDO III.- La conciliación es una etapa importante dentro del proceso laboral, con lo cual se pretende que el proceso no llegue hasta sentencia. El acuerdo, debe ser homologado por el juez, quien tiene potestades para examinarlo e improbarlo cuando su contenido irrespete las leyes laborales. Estas facultades del juzgador, corresponden a una particularidad que adquiere la conciliación en lo laboral, porque existe el principio de irrenunciabilidad de derechos, en virtud del cual, los derechos del trabajador no se pueden renunciar. El artículo 475 dispone..."

CONSIDERANDO IV.- La conciliación funciona en la forma expuesta en el considerando anterior, en el sector privado, donde las partes pueden tomar libremente acuerdos que afecten su patrimonio". (el subrayado es nuestro)

Como puede observarse, el Considerando IV anterior resulta de vital importancia, por cuanto afirma categóricamente que el procedimiento de la conciliación judicial regulado en el artículo 475 del Código de Trabajo, es referido solamente al sector privado. Por otro lado, señala que los acuerdos a que lleguen las partes son libres, porque aquéllas pueden disponer sin limitación alguna de su patrimonio. En otras palabras que tanto al patrono como los trabajadores particulares pueden conciliar, porque ambas partes se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad y, por ende, se facilita finiquitar un arreglo económico sobre los extremos controvertidos, a efecto de poner fin a un proceso. Lo anterior nos lleva a confirmar que la conciliación judicial regulada por el artículo 475 del Código de Trabajo, es una figura intrínsecamente ligada a la relación obrero patronal de evidente naturaleza privada. Puede afirmarse que es, en alguna medida, el mecanismo sustitutivo del reclamo administrativo que dentro del enfoque que se ha hecho, le puede permitir al servidor revertir la conducta de la administración.

De todos los argumentos que se han expuesto, se desprende con suficiente claridad que la conciliación es un mecanismo válido para el Sector Privado, pero

no para la Administración Pública, que se encuentra sujeta a diversos principios, tanto de orden presupuestario, como de legalidad y que le impiden disponer de los recursos públicos en contraposición a la ley. Por otro lado, debemos insistir que, entratándose de situaciones como la planteada en forma abstracta por esa Gerencia General, a través del procedimiento disciplinario la Administración dejó establecido que la sanción impuesta era ajustada a nuestro ordenamiento; asimismo, que el servidor ejerció su legítimo derecho de defensa con todas sus implicaciones. Y finalmente, que por haberse dado de previo por agotada la vía administrativa –rechazándose el reclamo de la indemnización- tampoco es procedente la conciliación en vía judicial.

6.- CONCLUSIÓN:

Con fundamento en lo expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

1).- Cumplido el procedimiento administrativo y dictada la resolución que faculta a la Administración para despedir al servidor sin responsabilidad patronal por justa causa, así como agotada la vía administrativa, no resulta procedente jurídicamente conciliar con aquél en sede judicial indemnizaciones propias de un despido injustificado.

2).- El procedimiento administrativo disciplinario contempla la garantía del debido proceso a favor del servidor, lo cual hace suponer que la medida del despido se encuentra ajustada a derecho. Por ende, si la Administración cumplió ese procedimiento establecido en la Convención Colectiva, no puede entonces: negociar, conciliar o revertir su decisión del despido por justa causa, por cuanto se estaría violentado el principio de legalidad al pagar con cargo a los fondos públicos una indemnización que legalmente sólo está autorizada para despidos incausados.

3).- Al no ser procedente la consulta de fondo, no es relevante referirnos a las otras interrogantes planteadas por el Ente consultante.

De usted, atentamente,

Lic. Ricardo Vargas Vázquez
PROCURADOR ASESOR

Lic. Julio R. Reyes Chacón
ASISTENTE DE PROCURADURÍA

Copia: señor Contralor General de la República.