

**Al contestar refiérase  
al oficio Nro. 01726**

04 de febrero, 2021  
**DFOE-DI-0236**  
**DFOE-IFR-0055**

Señor  
Carlos Alvarado Quesada  
**PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**

Señor  
Rodolfo Méndez Mata  
**MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES**

Señor  
Mario Rodríguez Vargas  
**DIRECTOR EJECUTIVO. CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD**

Estimados señores:

**Asunto:** Orden sobre el pago de horas extras a funcionarios sin fiscalización superior inmediata en Conavi

En el ejercicio de sus potestades de fiscalización superior otorgadas a la Contraloría General mediante los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y de investigación previstas en el artículo 22 de su Ley Orgánica, Ley 7428, este órgano contralor realizó una investigación relacionada con el pago de tiempo extraordinario a determinados funcionarios en el Consejo Nacional de Vialidad, en adelante Conavi.

Una vez concluida la investigación citada, se hace necesario comunicar los resultados, los cuales permiten justificar la emisión de una orden de carácter vinculante, según se desarrolla en los siguientes apartados del presente oficio. Para una adecuada comprensión del asunto tratado, procede realizar un recuento de antecedentes relevantes.

#### **I. Antecedentes relevantes**

1. El 23 de enero de 2003 entró en vigencia el decreto ejecutivo 30941-MOPT<sup>1</sup>, mediante el cual se estableció el Reglamento Autónomo de Servicios del Conavi, cuyo artículo 75 establecía un supuesto de excepción a la jornada de 8 horas regulada para los servidores de modo general en el artículo 74 de ese mismo Reglamento, y citaba:

<sup>1</sup> Publicado en *La Gaceta* Nro. 16 del 23 de enero de 2003.

*“Artículo 75.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, estarán obligados a prestar sus servicios hasta por 12 horas diarias, con hora y media de descanso conforme lo dispone el Artículo 143 del Código de Trabajo los (as) funcionarios (as) de mayor rango jerárquico del CONAVI, que estén a cargo de la dependencia; así como los que tienen bajo su ámbito de acción la responsabilidad de unidades o equipos de procesos sustantivos, los que cumplan jornadas discontinuas, o cuyo trabajo requiera de su sola presencia.”*

2. El 20 de junio de 2013, el Consejo de Administración de Conavi, en sesión ordinaria 1017-13, punto 10.3, acordó en firme:

*“En virtud de que este Consejo de Administración tiene conocimiento de que se han efectuado autorizaciones y pagos de tiempo extraordinarios eventualmente improcedentes, se advierte lo siguiente: / (...) Por su parte, las excepciones a la jornada ordinaria de ocho horas diarias, se encuentran estipuladas en el artículo 58 de la Constitución Política, y el artículo 143 del Código de Trabajo que señala dos categorías de funcionarios para quienes la jornada ordinaria, no es de ocho horas sino de doce: ‘...quedarán excluidos de la limitación de la jornada que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza ( ... ) Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media.’ / En lo que respecta a los servidores excluidos de la limitación de jornada ordinaria, que regula el artículo 143 del Código de Trabajo, cuya jornada común de trabajo va más allá de las ocho horas, las funciones o tareas realizadas durante el lapso de las cuatro horas siguientes hasta contemplar las 12 horas, no constituye jornada extraordinaria y en consecuencia, no podría generar ningún tipo de pago por ese concepto, tal es el caso de los siguientes funcionarios: / **a) los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajen sin fiscalización superior inmediata, independientemente de la denominación que se le dé al puesto, ya sea director, subdirector, jefe o subjefe, el elemento característico de esa categoría es que el servidor trabaje sin fiscalización superior inmediata.** / b) En el caso de los funcionarios que ocupen puestos de confianza, al estar contemplados en la segunda categoría de funcionarios excluidos de la limitación de jornada ordinaria que regula el numeral 143 del Código de Trabajo, la Dirección de Recursos Humanos deberá ejercer los controles respectivos, en lo que se refiere a la aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo de esta norma. (...) / Funcionarios sin fiscalización inmediata. Estos son los funcionarios que sin importar el cargo que ocupen (pudiendo ser Subdirector, Jefe o Subjefe o puestos de inferior categoría salarial) trabajen sin fiscalización superior inmediata, entendido*

como: **el control directo y permanente que realiza el superior inmediato sobre el servidor; es decir, la supervisión diaria de las labores que ejecuta, el control de asistencia y el control sobre el cumplimiento de las obligaciones y deberes que le impone la relación de servicio.** (El destacado es propio).

3. El 12 de noviembre de 2014, en oficio AUIC-02-14-0395, la Auditoría Interna del Conavi emitió el “Informe del estudio de tiempo extraordinario pagado por el Conavi desde el año 2010 al 2014” donde señaló que: *“Siguiendo literalmente lo establecido en el Reglamento autónomo de servicios del Consejo Nacional de Vialidad y el Código de Trabajo en los artículos mencionados, los Directores, Gerentes y Jefaturas conformarían un grupo de funcionarios con jornada ordinaria hasta 12 horas diarias y que han percibido remuneraciones por tiempo extraordinario.”*

Mediante sumatoria plasmada en dicho informe, se constató que 8 de los puestos gerenciales del Conavi, entre 2010 y 2014, habían percibido ₡105.446.944.14 por tiempo extraordinario después de las 8 horas diarias, y entre otros asuntos, concluyó:

*“3.1 El Consejo de Administración ha girado instrucciones sobre el buen uso de este recurso, sin embargo, la ausencia de la reglamentación interna sobre el uso del tiempo extraordinario, favorece la libre interpretación en temas de fiscalización inmediata y la falta de límites. / Asimismo, no se posee la determinación de las posibles sanciones a los funcionarios responsables de hacer cumplir las reglas establecidas y de la aprobación del uso desproporcionado de las horas extraordinarias, exponiéndose a riesgos de incumplimientos. (...) / 3.2 En el caso de las Gerencias, Direcciones, Ingenieros de zona, Directores Regionales y Jefaturas, se omite lo normado por el artículo 75 del Reglamento Autónomo de Servicios del Conavi, ya que estos funcionarios reciben pago por tiempo extraordinario después de su jornada de ocho horas, estando obligados a prestar servicios hasta por doce horas diarias. / Este escenario evidencia debilidades en el bloque de legalidad institucional al no contar con puntos de control que identifiquen la fiscalización inmediata, dificultando la identificación de los funcionarios que cumplen con esa condición laboral.”* (Resaltado pertenece al original)

Entre otras, dicho informo recomendó al Consejo de Administración lo siguiente:

*“4.1 Instruir a la Dirección de Recursos Humanos y al personal competente, que se aplique lo establecido en el artículo 75 del Reglamento Autónomo de Servicios del Conavi en materia de tiempo extraordinario, con el fin de hacer efectiva esa normativa y el uso racional, razonable y eficiente de las horas extraordinarias de esta Institución. / 4.2 Instruir a la Dirección Ejecutiva, la*

*coordinación con las Unidades involucradas para gestionar la aprobación e implementación del Reglamento de tiempo extraordinario (...) / 4.3 En el proceso de elaboración del Reglamento de tiempo extraordinario se debe considerar, lo siguiente: / 4.3.1 La definición de fiscalización inmediata superior, esto, en cumplimiento con el bloque de legalidad aplicable y lo establecido en el dictamen de la Procuraduría General de la República N°O.J.-044-2003 del 18 de marzo de 2003.” (Resaltado pertenece al original)*

4. El 18 de diciembre de 2014, el Consejo de Administración, en sesión ordinaria 1170-14 acordó instruir a la Dirección de Recursos Humanos y al personal competente, la ejecución de las recomendaciones citadas en el párrafo anterior, así como otras igualmente contenidas en ese oficio AUIC-02-14-0395.
5. El 19 de marzo de 2015, mediante oficio DIE-07-15-0789, la Dirección Ejecutiva dirigió al Consejo de Administración, para su conocimiento y aprobación, la propuesta para el nuevo manual: “Procedimiento para el pago de horas extras”, advirtiendo consideraciones de fondo a tomarse en cuenta antes de su aprobación. Refiriéndose al acuerdo del Consejo de Administración citado en el punto 2, reconoció que:

*“Como puede observarse, ese Consejo de Administración determinó que -en apego del artículo 143 del “Código de Trabajo”- los puestos de gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajen sin fiscalización superior inmediata, independientemente de la denominación que se le dé al puesto, ya sea director, subdirector, jefe o subjefe, no tienen derecho al reconocimiento de tiempo extraordinario por trabajar fuera de la jornada ordinaria (8 horas), esto por la disponibilidad (de hasta 4 horas) que establece el artículo 143 del “Código de Trabajo”. **En consecuencia, a partir de ahí se estableció que los funcionarios del CONAVI nombrados como gerentes, directores, jefes, etc. no tenían derecho al reconocimiento al tiempo extraordinario; pues, según el criterio de algunos de los miembros de ese Consejo, esos funcionarios no tenían fiscalización inmediata y estaban cubiertos por esa disponibilidad.**” (El destacado es propio).*

Sobre lo anterior, señaló que desde la adopción de dicho acuerdo habían surgido distintos antecedentes sobre el tema, y se recomendó que el Consejo de Administración adoptara un nuevo dimensionamiento a través de la aprobación del manual propuesto, por lo que concluyó:

*“a. Que el artículo 143 del “Código de Trabajo”, excluye del reconocimiento del pago de tiempo extraordinario a los siguientes sujetos: 1) Los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajen sin*

*fiscalización superior inmediata; 2) Los trabajadores que ocupan puestos de confianza; 3) Los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplan su cometido en el local del establecimiento; 4) Los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y 5) Las personas que realicen labores que por su indudable naturaleza, no estén sometidas a jornada de trabajo. / b. Que en el CONAVI, salvo al Director Ejecutivo y los miembros del Consejo de Administración, todos sus funcionarios, incluidos las jefaturas formales, tienen una fiscalización inmediata; y por ello, en el caso que se cumpla con las otras condiciones que impone el Ordenamiento Jurídico, es procedente el reconocimiento del tiempo extraordinario. / c. Que a las jefaturas del CONAVI no les cubre la extensión de la jornada de trabajo de hasta doce horas, por cuanto sobre las mismas —se insiste— si se ejerce una fiscalización inmediata. (...)* (Resaltado pertenece al original)

6. El 8 de julio de 2015, por medio de oficio DIE-07-15-1903, la Dirección Ejecutiva, en atención al requerimiento del Consejo de Administración, le remite *“el borrador del Decreto Ejecutivo que deroga el artículo el 75 del ‘Reglamento Autónomo de Servicios del CONAVI’, esto por cuanto -de conformidad con lo indicado en el oficio N° DIE-07-15-0789- las jefaturas del CONAVI no les cubre la extensión de la jornada de trabajo de hasta doce horas, porque sobre las mismas si se ejerce una fiscalización inmediata. / Por lo anterior, se establece la necesidad de derogar el artículo 75 del Decreto Ejecutivo N° 30941-MOPT; ya que, a las jefaturas formales del CONAVI no se les debe hacer dicha distinción, por lo que incluso a ellos se les debe aplicar lo dispuesto en el artículo 74 del citado decreto, que dispone las pautas generales que sobre la jornada de trabajo se regula para todos los funcionarios del CONAVI.”*
7. El 13 de julio de 2015, en la sesión 1224-15, artículo 8, el Consejo de Administración conoció el oficio DIE-07-15-1903 y acordó: *“Se aprueba la reforma planteada al Decreto Ejecutivo No. 30941-MOPT ‘Reglamento Autónomo de Servicios del CONAVI’ que deroga el artículo 75 de ese reglamento, y se instruye a la Dirección Ejecutiva para que en coordinación con la Gerencia de Asuntos Jurídicos realice ante el MOPT dicha reforma. / Una vez publicada dicha reforma se deberá remitir a este Consejo de Administración la propuesta de “Procedimiento para el pago de horas extras”.*
8. El 19 de octubre de 2015, en oficio DIE-07-15-2940, la Dirección Ejecutiva se dirige a la Dirección de Leyes y Decretos de la Presidencia de la República, en respuesta a una prevención sobre el borrador del decreto ejecutivo 30941-MOPT, donde se requirió que se justifique la fiscalización inmediata que tienen las jefaturas formales del Conavi y en qué consiste. Al respecto indica:

*“(...) esta Dirección Ejecutiva ejerce sobre las jefaturas formales de la Institución una fiscalización inmediata, esto a través de solicitudes de reportes diarios de los trabajos asignados, llamadas diarias a reuniones, fijación de prioridades en las tareas asignadas, solicitud de productos de las tareas asignadas, seguimiento de tareas, llamadas de atención, entre otras muchas actividades que encuadran dentro del concepto de fiscalización inmediata. / De conformidad con lo anterior, esta Dirección realiza una fiscalización inmediata que se refleja —entre otras- en las siguientes actividades: / a) **Concesión de vacaciones**, en apego al artículo 59 y al inciso 5) del artículo 106 del ‘RAS CONAVI’, le corresponde al Director Ejecutivo la confección y remisión del rol de vacaciones del personal a cargo, el cual el (sic) incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / b) **Control de asistencia**, en apego de los artículos 76, 84, 89 y a los incisos 3) y 8) del artículo 106 del ‘RAS CONAVI’, es responsabilidad del Director Ejecutivo establecer los sistemas de control para verificar la asistencia de los servidores a su cargo durante la jornada laboral, lo cual incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / c) **La inscripción en actividades de capacitación**, en apego del inciso 1 del artículo 106 del ‘RAS CONAVI’, le corresponde al Director Ejecutivo brindar y gestionar la capacitación que requiera el personal a su cargo, lo cual incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / d) **La evaluación de desempeño**, en apego de los incisos 1 y 13 del artículo 106 del ‘RAS CONAVI’, le corresponde al Director Ejecutivo diagnosticar periódicamente el desempeño del personal a su cargo; para lo cual, deberá efectuar la calificación y evaluación de su desempeño, lo cual incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / e) **Supervisión de comportamiento**, en apego de los incisos 3) y 15) del artículo 106 del ‘RAS CONAVI’, le corresponde al Director Ejecutivo observar que se cumpla las normas disciplina del personal a su cargo, lo cual incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / f) **Emisión de directrices, circulares e instrucciones**, en apego de los incisos 4), 14) y 16) del artículo 106 del ‘RAS CONAVI’, le corresponde al Director Ejecutivo planificar, orientar y guiar a sus colaboradores en las actividades y procesos asignados al personal a su cargo, lo cual incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / g) **Reuniones de seguimiento**, en apego del inciso 11) del artículo 106 del ‘RAS CONAVI’, le corresponde al Director Ejecutivo convocar a las reuniones de seguimiento y de trabajo sobre las actividades y procesos asignados al personal a su cargo, lo cual incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / h) **Licencias sin goce de salario hasta por un mes**, en apego del artículo 64 del ‘RAS*

CONAVI', le corresponde al Director Ejecutivo conceder las licencias sin goce de salario hasta por un mes de los funcionarios del CONAVI, lo cual incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / **i) Control de las incapacidades**, en apego del artículo 69 del 'RAS CONAVI', le corresponde al Director Ejecutivo -en conjunto con la Dirección de Gestión del Recurso Humano, el control de las incapacidades de los funcionarios a su cargo, lo cual incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / **j) Los procedimientos e instrucción disciplinaria**, en apego del artículo 129 del 'RAS CONAVI', le corresponde al Director Ejecutivo reportar a la Dirección de Gestión del Recurso Humano, las faltas en que incurra el personal a su cargo, para que se dé por iniciado el correspondiente proceso disciplinario, lo cual incluye a las jefaturas formales de este Consejo que dependan jerárquicamente del suscrito. / Asimismo, el Consejo de Administración como máximo jerarca de la institución, también ejerce una fiscalización sobre las jefaturas formales del CONAVI, al requerirles informes, someterlos a procesos disciplinarios, convocarlos a reuniones de seguimientos de tareas, girar instrucciones y circulares, entre otras actividades de fiscalización. / Por todo lo dicho, salvo el Director Ejecutivo y los miembros del Consejo de Administración, todos sus funcionarios, incluidos las jefaturas formales, tienen una fiscalización inmediata." (Resaltado corresponde al original)

9. El 7 de diciembre de 2015 entró en vigencia el decreto ejecutivo 39308-MOPT<sup>2</sup>, mediante el cual, en su numeral 1 se derogó el artículo 75 del Reglamento Autónomo de Servicios del Conavi, entre sus consideraciones se indica que:

*"7. Que en el CONAVI, salvo al Director Ejecutivo y los miembros del Consejo de Administración, todos sus funcionarios, incluidos las jefaturas formales, tienen una fiscalización inmediata; y por ello, en el caso que se cumpla con las otras condiciones que impone el Ordenamiento Jurídico, es procedente el reconocimiento del tiempo extraordinario.(...) /8. Que a las jefaturas del CONAVI no les cubre la extensión de la jornada de trabajo de hasta doce horas, por cuanto sobre las mismas -se insiste- si se ejerce una fiscalización inmediata.(...) / 12. Que el Consejo de Administración del Consejo Nacional de Vialidad en el artículo VIII de la Sesión número 1224-15, de fecha 13 de julio del 2015, conoció y aprobó la presente reforma al Decreto Ejecutivo número 30941-MOPT(...)"*

## II. Consideraciones sobre la excepción de la jornada de 8 horas en razón de la falta de fiscalización superior inmediata y su aplicación en el Conavi

<sup>2</sup> Publicado en *La Gaceta* 237, alcance 108 del 7 de diciembre de 2015.

El capítulo segundo del Código de Trabajo regula la jornada de trabajo aplicable para todos los trabajadores, incluyendo los servidores públicos, estableciéndose como regla general que la jornada ordinaria de trabajo efectivo no podrá ser mayor de 8 horas por día y 48 horas por semana, sin embargo, como una excepción a dicha generalidad, el artículo 143 de esa misma Ley dispone una regulación especial de extensión de jornada aplicable a ciertos supuestos, entre ellos, aquellos trabajadores como gerentes, administradores, apoderados y adicionalmente aquellos que se desempeñen sin fiscalización superior inmediata, al respecto dicha norma señala:

*“Artículo 143.- Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata: los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplan su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornada de trabajo. / Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media.”*  
(Subrayado no corresponde al original)

Para el caso que nos ocupa es necesario desarrollar con mayor amplitud algunos antecedentes que permitan una mejor comprensión de la excepción regulada en el primer supuesto de la norma transcrita, es decir, “los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata”.

En primera instancia es importante recordar que al puesto de Gerente en su concepción refiere a aquellos trabajadores que tienen “*competencias ejecutivas en materia económica y de administración ordinaria, encargándose de dar cumplimiento a los acuerdos del órgano competente para adoptar decisiones en esas materias y respondiendo ante él*”<sup>3</sup>.

En esa línea, el ejercicio de un puesto gerencial y particularmente gerenciar, refiere indudablemente a la acción de “gestionar o administrar algo”,<sup>4</sup> tal y como ocurre en diferentes puestos de la Administración que no necesariamente son el jefarca de la institución.

Bajo esa perspectiva, el numeral 143 del Código de Trabajo no solamente excluye de la jornada ordinaria a los puestos expresamente allí mencionados, sino que también agrega como un adicional, a aquellos puestos que aunque su nomenclatura no sea la referida, trabajen sin fiscalización superior inmediata.

<sup>3</sup> Ver “gerente” Diccionario panhispánico del Español Jurídico. <https://dpej.rae.es/>.

<sup>4</sup> Ver “gerenciar” Diccionario panhispánico del Español Jurídico. <https://dpej.rae.es/>.

Al respecto y como parte de las conclusiones de la Procuraduría General de la República en el criterio C-159-2015 23 de junio de 2015, expone que *“La ‘fiscalización superior inmediata’ es un concepto jurídico indeterminado, por lo cual, no es posible reducirlo a una única definición, ni enlistar taxativamente los elementos que la integran; razón por la cual, la determinación de si en un puesto se labora con o sin esa fiscalización, es un asunto que compete a la Administración. / El elemento medular del concepto ‘fiscalización superior inmediata’ es el control directo del superior sobre la ejecución de labores realizada por el inferior; lo cual tiene distintas manifestaciones, que no necesariamente convergen, tales como la supervisión directa, la rendición de reportes diarios o periódicos, el deber de marcar la entrada y salida de la institución, entre otros.”* Subrayado corresponde al original.

A pesar de que, como se puede colegir del extracto anterior, el concepto de fiscalización superior inmediata es indeterminado, existen algunos ejemplos de acciones específicas que podrían representar el ejercicio del control directo; al respecto en la opinión jurídica 044-2003 del 18 de marzo de 2003, expone que existiría fiscalización superior inmediata cuando se logra constatar que las labores realizadas son controladas y supervisadas directa y diariamente por un superior, cuando existe la obligación de rendir informes día a día sobre labores realizadas y el deber de marcar el horario por parte del trabajador; a contrario sensu, no existiría fiscalización superior inmediata cuando el trabajador realiza sus funciones con independencia pero siguiendo lineamientos generales, ejerce labores de dirección y fiscalización, no cumple necesariamente un horario porque su jornada no es limitada.

Respecto de otros elementos que pudieran permitir la identificación de cuándo se está ante un supuesto de falta de fiscalización superior inmediata, en el criterio C-159-2015 del 23 de junio de 2015, esa Procuraduría explicó: *“sobre supuestos concretos en los que se puede identificar aquel concepto jurídico indeterminado, interesa advertir que a nivel del Derecho Comparado, por ejemplo en Chile, se ha precisado conceptualmente a nivel doctrinario y judicial que existe ‘fiscalización superior inmediata’ cuando concurren los siguientes elementos copulativamente: ‘a) Control y supervisión de los servicios que presta el trabajador; b) Que el control sea realizado directamente por el empleador o bien por alguien que tenga la calidad de superior respecto del trabajador dentro del organigrama de la empresa; c) El control y supervisión debe realizarse en forma directa, o sea en forma físicamente cercana, lo que requiere una cercanía funcional entre el trabajador y quien lo fiscaliza’. Con lo cual se alude ‘el grado de autonomía o independencia en que puede desenvolverse y ejecutar sus labores aquel empleado’ (Resolución N° 2015-000305 de las 09:40 hrs. del 12 de marzo de 2015, Sala Segunda), pues como lo manifestó aquel Alto Tribunal: ‘Ya este despacho ha explicado que ‘...cuando el artículo 143 citado alude a los trabajadores que desempeñan sus labores sin fiscalización inmediata, está haciendo referencia a aquellos trabajadores que tienen libertad para organizar su tiempo de trabajo y la ejecución de sus tareas durante ese período, y no a aquellos que se ven obligados a cumplir en forma permanente sus*

DFOE-DI-0236/DFOE-IFR-0055

10

04 de febrero, 2021

*funciones' (sentencia 48, de las 10:00 horas del 27 de enero de 2012). (citado en resolución 2014-000840 de las 10:15 hrs. del 27 de agosto de 2014, Sala Segunda)".*

Sobre el amplio desarrollo que al respecto ha justificado reiteradamente la Procuraduría General de la República, conviene citar el dictamen C-230-2019 del 12 de agosto de 2019, donde realiza una síntesis de algunos de los más relevantes antecedentes emitidos por ese órgano consultivo, y cita:

*"(...) Y que en tratándose del primer grupo, la mención que en ella se hace a los 'gerentes, administradores y apoderados', lo es a manera de ejemplo, pues se presume que ese tipo de empleados trabaja sin fiscalización superior inmediata, independientemente de la denominación que se le asigne al puesto (gerente, administrador, apoderado, etc., tratándose del ámbito privado; o, director, jefe, subjefe, etc., tratándose del sector público). Estimándose entonces que la omisión del legislador de enumerar expresamente a los directores y jefes, no excluye la posibilidad de aplicarles esa norma cuando las circunstancias del caso así lo ameriten (Dictámenes C-383-83, de 15 de noviembre de 1983; C-193-94, de 16 de diciembre de 1994 y C-224-95, de 26 de octubre de 1995); máxime cuando hemos sostenido que la categoría de 'empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata', no se circunscribe, dentro de la Administración Pública, a los jerarcas institucionales o "superiores jerárquicos supremos", pues existen otros cargos que por su jerarquía, o por sus características particulares (directores y jefes, por ejemplo), se desempeñan sin fiscalización superior inmediata, y que por ende, se encuentran dentro del supuesto de hecho que prevé el numeral 143 del Código de Trabajo, sin que necesariamente se trate de los jerarcas institucionales (Dictámenes C-128-2010, op. cit. y C-314-2017, de 15 de diciembre de 2017). Tesis que en todo caso fue reafirmada por la Sala Constitucional en la sentencia No. 8499 de las 11:00 hrs. del 10 de junio de 2015. Y cuya determinación compete exclusivamente a la Administración activa y en última instancia al Juez ordinario, pues debe examinarse caso por caso, atendiendo las especiales circunstancias de los puestos involucrados (Dictámenes C-260-2007, de 6 de agosto de 2007; C-125-2008 de 18 de marzo de 2008 y C-159-2015, de 23 de junio de 2015)." (Subrayado corresponde al original)*

De la anterior cita es posible extraer que en la administración pública, un funcionario puede desempeñarse sin fiscalización superior inmediata, sin necesariamente ostentar un cargo de jerarca institucional o "superior jerárquico supremo", sino que además podrían incluirse otro tipo de jefaturas, de manera que los puestos citados en la norma son meros ejemplos de algunos que podrían estar incluidos dentro de la categoría, siendo la falta de

DFOE-DI-0236/DFOE-IFR-0055

11

04 de febrero, 2021

fiscalización superior inmediata, el elemento determinante y fundamental, más allá del nombre del cargo o jerarquía en un organigrama.

Finalmente, el criterio C-314-2017 del 15 de diciembre de 2017 emitido también por esa Procuraduría, expone que aunque aquellos funcionarios que ejecutan sus labores sin fiscalización superior inmediata tienen un límite de jornada de 12 horas diarias, en el caso excepcional de que hayan laborado más allá de esa cantidad de horas, deberá hacerse el respectivo reconocimiento de las horas extraordinarias laboradas contadas a partir de esas 12 horas.

Ahora bien, en el caso específico del Conavi se tiene que desde el año 2003, con la emisión del decreto ejecutivo 30941-MOPT, ese Consejo tenía previsto la aplicación de lo regulado en el artículo 143 del Código de Trabajo (antecedente 1), siendo que su artículo 75 preveía la existencia de funcionarios quienes a) por ser del mayor rango jerárquico en la organización, b) estén a cargo de una dependencia, o c) estén a cargo de unidades o procesos sustantivos; se encontraban sujetos a una jornada de hasta 12 horas, es decir, esa norma establecía quienes trabajaban sin fiscalización superior inmediata en Conavi.

Adicionalmente, en el 2013 el Consejo de Administración, como órgano superior del Conavi, se había ocupado de definir con mayor detalle cuáles puestos podrían estar inmersos en esa categoría, enumerando gerentes, administradores, directores, subdirectores, jefes y subjefes, e inclusive se previó la posibilidad de que se incluyeran puestos de inferior categoría salarial.

A pesar de lo anterior, no fue sino hasta después de emitido el informe AUIC-02-14-0395 por parte de la Auditoría Interna institucional, a finales de 2014 (antecedente 3), donde justamente se advirtió la improcedencia de millonarias sumas pagadas irregularmente por concepto de horas extras a cargos ocupados por funcionarios a quienes no les correspondía, en razón de que se desempeñaban sin fiscalización superior inmediata, que se empezó a alegar en Conavi, una presunta falta de determinación de quienes ocupaban un puesto sin fiscalización superior inmediata y quienes no.

El mencionado informe AUIC-02-14-0395 es claro en indicar que el Consejo de Administración había girado instrucciones al respecto en el 2013, y que siguiendo la literalidad de lo regulado en el Reglamento Autónomo, los directores, gerentes y jefaturas serían los funcionarios con jornada de 12 horas diarias por no tener fiscalización superior inmediata, y habrían recibido cuantiosos pagos irregulares por horas extras a partir de las 8 horas.

En detrimento de lo anterior, el mismo informe AUIC-02-14-0395 alegó una falta de claridad en cuanto a la determinación del concepto fiscalización superior inmediata para justificar la omisión del establecimiento de responsabilidades, y para concluir en

DFOE-DI-0236/DFOE-IFR-0055

12

04 de febrero, 2021

recomendar al Consejo de Administración la definición de dicha figura, para instruir la elaboración de un manual donde se prevea con claridad el asunto y se permitiera la aplicación del artículo 75 del Reglamento Autónomo.

Con base en lo anterior, el Consejo de Administración instruyó a la Dirección Ejecutiva la atención del asunto (antecedente 4), con lo cual la Dirección Ejecutiva realizó una propuesta en donde, en relación con la fiscalización superior inmediata, más bien se eliminaba la posibilidad de la aplicación del 75 del Reglamento Autónomo, y por ende, el artículo 143 del Código de Trabajo, casi de forma total, tanto así que se requería la derogatoria vía decreto ejecutivo de ese artículo del Reglamento Autónomo (antecedentes 5 y 6).

La propuesta de la Dirección Ejecutiva fue aceptada por el Consejo de Administración (antecedente 7), y únicamente cuestionada por la Dirección de Leyes y Decretos de la Presidencia de la República, que requirió una justificación respecto de la fiscalización superior inmediata que supuestamente sí se ejercía sobre el resto de jefaturas del Conavi, entre ellas las Gerencias (antecedente 8), a lo cual la Dirección Ejecutiva del Conavi respondió, a modo de resumen, que ese Director Ejecutivo ejercía fiscalización superior inmediata sobre todas las demás gerencias, direcciones y jefaturas de la organización, y que tal control directo era suficiente para considerar que nadie más que él trabajaba sin fiscalización superior inmediata en el Conavi, lo cual se reflejaba en acciones como la concesión de vacaciones, el control de asistencia, la inscripción de actividades del capacitación, la evaluación de desempeño, la supervisión del comportamiento, la emisión de directrices, circulares e instrucciones, las reuniones de seguimiento, el otorgamiento de licencias, control de incapacidades, entre otros.

La anterior justificación fue el sustento para que, haciendo una aceptación total de que en el Conavi únicamente el Director Ejecutivo trabaja sin fiscalización superior inmediata (según los considerandos), el Poder Ejecutivo emitiera el decreto 39308-MOPT, el cual cercena toda la posibilidad de que se pueda entender que cualquier funcionario en el Conavi esté en el supuesto del artículo 143 del Código de Trabajo, con la única excepción del Director Ejecutivo, lo que habilitó la posterior emisión de un manual de "Procedimiento para el pago de horas extras" que terminó de establecer ese criterio en la normativa interna del Conavi.

No obstante lo anterior, es el criterio de esta Área de Denuncias que las actuaciones aquí descritas demuestran cómo el Consejo de Administración y la Dirección Ejecutiva del Conavi en ese momento, en lugar de aclarar cuáles puestos debían entenderse ejecutados sin fiscalización superior inmediata para lograr una efectiva aplicación del artículo 75 del Reglamento Autónomo, construyeron un supuesto que más bien imposibilita totalmente su aplicación y por ende haciendo nugatoria la aplicación del artículo 143 de Código de Trabajo, no solo para aquellos puestos que están expresamente señalados en la norma, sino también para aquellos que podrían no tener

DFOE-DI-0236/DFOE-IFR-0055

13

04 de febrero, 2021

fiscalización superior inmediata y que lleva a contradecir la conceptualización lógica de puestos gerenciales, así como al eventual absurdo de asumir que el jerarca institucional tiene una fiscalización **inmediata, directa y diaria con todos sus Gerentes y jefaturas**, entre otros, y que en la especie no solo puede ir en detrimento de la legalidad, sino también de la hacienda pública, puesto que se habilitan pagos por jornadas extraordinarias en casos en los cuales no corresponden.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Procuraduría General ha sido clara en que no sólo el jerarca máximo de la organización es el único que debe entenderse inmerso dentro del supuesto de la falta de fiscalización inmediata, puesto que el nivel de jerarquía en un organigrama no puede sustituir el verdadero análisis técnico que una administración responsable debe ejecutar para determinar el grado de independencia con el cual una jefatura o gerencia ejecuta sus funciones.

Adicionalmente, de las justificaciones dadas por la Dirección Ejecutiva del Conavi (mayoritariamente concentradas en el oficio DIE-07-15-2940), no es posible extraer una justificación razonable desde el punto vista técnico y jurídico, que permita comprender cómo sería posible afirmar que todas las jefaturas del Conavi, por ejemplo, sus gerencias, no tienen independencia en el ejercicio de sus funciones, que no ejercen la dirección a su mando limitándose especialmente al cumplimiento de metas de la planificación estratégica institucional, que sí marcan su horario en los sistemas de control de asistencia, que no gozan de un alto grado de independencia para organizar su tiempo de trabajo y ejecución de sus tareas; respecto del control directo y cercano, tampoco se define cuáles informes rinden, a quién y con qué periodicidad, todos los anteriores representan elementos fundamentales para determinar la existencia de una efectiva fiscalización superior inmediata.

Ante la falta de una verdadera valoración técnica conforme se expone en el párrafo anterior, la Dirección Ejecutiva refiere el control directo que ejerce sobre las jefaturas a través de acciones como la aprobación de vacaciones y control de incapacidades, asuntos que parecen más un control de tipo administrativo del recurso humano, que una supervisión inmediata de las funciones sustanciales de un trabajador en puesto de jefatura o gerencial.

Así las cosas, contrario a los fundamentos para excluir a la gerencias, direcciones y jefaturas entre otros de la aplicación del artículo 143 del Código de Trabajo, hace concluir que lejos de existir una fiscalización superior inmediata del Director Ejecutivo hacia esos funcionarios, lo que existe más es una dirección estratégica que naturalmente se da en cualquier organización entre los niveles directivos y operativos para el cumplimiento de los objetivos institucionales.

Por otra parte, la eliminación de la referencia al artículo 143 del Código de Trabajo, a través de la derogatoria del artículo 75 del Reglamento Autónomo dispuesta en el decreto ejecutivo 39308-MOPT, no tiene por consecuencia que el artículo 143 referido no pueda surtir efectos en el Conavi, es decir, el Código de Trabajo en su integralidad es ley de la República, y ese rango hace que siga siendo aplicable en todos sus efectos al Conavi, como a cualquier otra institución pública, de manera que con la emisión del decreto ejecutivo 39308-MOPT no solo no se eliminó la aplicabilidad de la jornada extendida a aquellos puestos sin fiscalización superior inmediata, sino que además, se acrecentó la falta de claridad y regulación interna necesaria para que las actuaciones del Conavi sobre el tema pudieran finalmente ajustarse a la legalidad, y así, evitarse las afectaciones en pagos de horas extras improcedentes como los detectados por la Auditoría Interna en el pasado.

En conclusión, la condición actual en la que se encuentra regulada la situación descrita, no permite una verdadera aplicación de la figura conforme está prevista en el Código de Trabajo, lo cual puede representar una afectación a la hacienda pública ya que posibilita el pago de tiempo extraordinario en casos en los que no corresponde por lo cual se hace necesario que este órgano contralor se asegure que las instancias competentes ejecuten las acciones necesarias para corregir dicha situación, justificándose así la emisión de la siguiente orden.

### **III. Orden y plazo de cumplimiento**

De conformidad con las competencias asignadas en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Nro. 7428, se giran las siguientes órdenes:

#### **a. Al Director Ejecutivo del Conavi**

Se le ordena dictar aquellos ajustes necesarios para la aplicación de la exclusión de la jornada ordinaria en el Conavi, según lo regulado en el artículo 143 del Código de Trabajo, a aquellos funcionarios que se desempeñen sin fiscalización superior inmediata, tales como Gerencias, Direcciones, Jefaturas, y cualquier otro que se encuentre en esa condición.

#### **b. Al Presidente de la República y al Ministro de Obras Públicas y Transportes, ambos en su condición de representantes del Poder Ejecutivo**

Se ordena tomar las acciones pertinentes para derogar el decreto ejecutivo 39308-MOPT<sup>5</sup>, mediante el cual, se derogó el anterior artículo 75 del Reglamento Autónomo de Servicios del Conavi con el propósito de que recupere su vigencia.

<sup>5</sup> Publicado en *La Gaceta* 237, alcance 108 del 7 de diciembre de 2015.

DFOE-DI-0236/DFOE-IFR-0055

15

04 de febrero, 2021

Realizado lo anterior, se ordena la emisión de un decreto ejecutivo que modifique el actual Reglamento Autónomo de Servicios del Conavi, que incorpore y defina dentro de la organización los puestos de carácter gerencial, de dirección, o jefaturas que están excluidos del límite de la jornada laboral ordinaria de 8 horas y hasta 12 horas conforme al artículo 143 del Código de Trabajo.

Los destinatarios de esta orden deberán comunicar las acciones a seguir, los acuerdos tomados o actos adoptados, para el cumplimiento de dicha orden a este órgano contralor, en el término de veinte días hábiles, contados a partir de la notificación del presente oficio. Este órgano contralor se reserva la posibilidad de verificar, mediante los medios que considere pertinentes, la efectiva implementación de las órdenes emitidas, y en el caso de incumplir injustificadamente con estos mandatos, se reiterarán por una única vez y se fijará plazo para su cumplimiento, pero de mantenerse la desobediencia, una vez agotado ese plazo, dicha conducta se reputará como falta grave y podrá dar lugar a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República antes citada, con garantía del debido proceso. Lo anterior, sin perjuicio de incurrir en otras causales de responsabilidad.

Atentamente,



Lic. Rafael Picado López  
**Gerente de Área**  
**Área de Denuncias e Investigaciones**

Licda. Marcela Aragón Sandoval  
**Gerente de Área**  
**Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura**

agc

**Ce:** Sr. Reynaldo Vargas Soto, Auditor Interno, Consejo Nacional de Vialidad  
Expediente  
**G:** 2016003963  
**C:** 792-2016  
**NI:** 26065 (2016)