
DAJ-AE-062-13
13 de marzo del 2013

Señor
Víctor Aguilar Arias
Vicepresidente
ASETREBAJO
Presente

Estimado señor:

Nos referimos a su consulta realizada mediante oficio ADM-010-2013, del 17 de enero de 2013, en la cual solicita nuestro criterio en torno a la procedencia que el Ministro de Trabajo forme parte como afiliado de la Asociación Solidarista de Empleados de este Ministerio.

En primer término, debemos aclarar que aunque se trate de un tema esencialmente de naturaleza laboral, el mismo debe manejarse en el marco de Derecho Público, situación por la cual los criterios de la Procuraduría General de la República serán de necesaria y obligatoria alusión en el presente, dado que constituyen jurisprudencia administrativa para las entidades de derecho público como esta institución, con repercusión directa para esa asociación solidarista.

La tradicional división entre contratos a plazo fijo y los contratos por tiempo indefinido enraizado en derecho laboral, adquieren matices o particularidades especiales en el sector público, que son necesarias señalar, en procura de brindar una respuesta acorde a estas. Esta diferencia sustancial entre los dos modos de contratación, supone consecuencias económicas distintas ante la finalización. En los primeros, solamente existirá la posibilidad de indemnización en aquellos casos en que alguna de las partes, unilateralmente, decida poner término al contrato, antes de vencerse el plazo, sin motivo alguno; pero si el contrato llega a su término normalmente, solamente procede el pago de vacaciones y aguinaldo proporcionales. Por su parte, en los contratos por tiempo indefinido, al darse el rompimiento de la relación laboral sin justa causa, el trabajador tendrá derecho, de acuerdo al tiempo laborado, al pago del preaviso y auxilio de cesantía en los términos que indican los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, así como al pago de vacaciones y aguinaldo proporcionales.

En la Administración Pública, sin embargo, podemos observar aquellos contratos a plazo fijo o por tiempo determinado, cuyo plazo deviene de un mandamiento legal, o sea, existe una ley que expresamente indica el plazo del nombramiento. Esa particularidad de origen del plazo, implica que dichos contratos, aún cuando excedan el período del año, no se convierten en contratos por plazo indefinido, sino que mantienen su característica de

contratos a plazo fijo¹, por lo que no corresponde pago de cesantía al término del plazo. Con relación a los Ministros y Viceministros, la doctrina emanada de los pronunciamientos de la Procuraduría, tradicionalmente, ha señalado que se trata de un tipo de funcionario distinto al funcionario o trabajador común ligado a una relación de servicio. Así se desprende del dictamen C-216-2001, del 6 de agosto de 2001:

***“I.- SOBRE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN DE LOS
MINISTROS Y VICEMINISTROS CON EL ESTADO:***

Dentro de la organización gubernamental, tanto los Ministros como los Viceministros, son órganos unipersonales, que ejercen la función gubernativa en el Ministerio que les ha asignado directamente el Presidente de la República. El Ministro es el superior jerárquico administrativo, y el Viceministro el superior jerárquico inmediato del personal ministerial (artículos 28 y 47 de la Ley General de la Administración Pública). Este último, en ausencia del primero y previa designación presidencial, tiene la facultad de ejercer el cargo de Ministro.

Es importante destacar que para ocupar estos cargos, se debe contar con iguales requisitos, los cuales están enunciados en el artículo 142 de la Constitución Política. En ambos casos, el nombramiento lo hace el Presidente de la República, quien para tal efecto sigue criterios discrecionales, eminentemente políticos, dada la naturaleza del vínculo, que es de confianza y de orden político.

*Estamos, por tanto, en presencia de funcionarios denominados por la doctrina ‘servidores públicos gobernantes’, respecto de los cuales esta Procuraduría, en el dictamen número C-037-90 del 12 de marzo de 1990, expresó que: ‘...aquellos funcionarios que cumplen cargos de elección popular, o que tienen el carácter de servidores públicos "gobernantes", tal como los denomina la doctrina, por estar investidos en funciones de índole esencialmente político con respecto al órgano que los nombra, precisamente en el ejercicio también de potestades políticas, **no son considerados trabajadores, puesto que su relación jurídica con el Estado no es de naturaleza laboral, ni estatutaria, y, en consecuencia, no resultan tutelados por la legislación laboral...**’ (el destacado no es del original)...*

De lo expuesto hasta aquí se concluye que, en definitiva, los Ministros y Viceministros son ‘funcionarios o servidores gobernantes no empleados’, que se encuentran regidos por el derecho Constitucional y Administrativo. De ahí que no estén tutelados por la legislación laboral, debido a la ausencia de una relación jurídico-laboral (de empleo) entre ellos y el Estado, pues, como ya se dijo, dichos cargos son de naturaleza eminentemente política.”

¹ Ver en este sentido pronunciamientos de la Procuraduría General de la República C-262-2003 del 7 de octubre del 2002, C-004-2003 del 16 de enero del 2003. Voto 1119-90 de la Sala Constitucional.

En el mismo dictamen, la Procuraduría manifestó que *“A efecto de analizar la procedencia o no del respectivo pago en los casos en consulta, es importante reiterar que el Presidente de la República, electo por un período constitucional de cuatro años, por vía de decreto nombra a los Ministros y Viceministros, y dada su cercanía y colaboración directa, se presume que lo hace por ese mismo período (salvedad hecha de que, también por razones políticas, considere conveniente sustituirlos antes de la terminación del gobierno, en uso de esa potestad que es eminentemente discrecional). De ahí que al cumplirse el respectivo período, sencillamente estos funcionarios gobernantes concluyen su gestión en una fecha ya preestablecida y que, por ende, era de su pleno conocimiento.”* Agregó además que: *“Cabe señalar, además, que tanto en el caso de los Ministros como en el de los Vice-Ministros, al término del período constitucional ni siquiera se hace necesario comunicarles su cese en forma expresa, como sucede con su nombramiento, el cual sí debe consignarse en un Decreto Ejecutivo debidamente publicado en La Gaceta. De manera que la terminación de la función de estos gobernantes, dada su dependencia del período constitucional respectivo, es un hecho que ocurre con el simple cumplimiento de esos cuatro años.”*

Esta posición aplicable a otros funcionarios de jerarquía (como los Gerentes, Subgerentes, Alcaldes y Vicealcaldes Municipales) sustenta la tesis de que este grupo de personeros o servidores públicos gobernantes no tienen derecho al auxilio de cesantía al finalizar su mandato (ver dictamen C-208-2011, del 6 setiembre de 2011). No obstante, este criterio ha sido ablandado por algunas sentencias judiciales, que han motivado al ente procurador a reconsiderar parcialmente sus criterios, cuando se trata de personeros afiliados a entidades solidaristas. Dicho sea de paso, esta Dirección Jurídica en el pronunciamiento bajo oficio DAJ-AE-214-07, del 15 de junio de 2007, concluyó *“que los trabajadores con contratos(sic) a plazo legal, como lo es el Alcalde de la Municipalidad, perfectamente pueden ser afiliados de la Solidarista, con la diferencia que no podrán contar con aporte patronal dentro de su patrimonio.”*

En este punto, es conveniente aclarar que los estudios realizados por esta Dirección Jurídica y por la misma Procuraduría General de la República, con relación a la afiliación solidarista de funcionarios gobernantes, no han abarcado la figura del Ministro directamente. No obstante, de los propios criterios del órgano asesor del Estado, se desprende que los lineamientos son de aplicación a todos los funcionarios públicos que comparten aquella característica². Es por ello que, pueda concluirse preliminarmente que el Ministro de Trabajo, tenga el mismo derecho a afiliarse a una asociación solidarista que cualquier trabajador o funcionario de este Ministerio, así como se ha concluido que lo tiene

² *“Se advierte entonces que, aún cuando los presupuestos de ese dictamen están referidos a un determinado grupo de altos funcionarios del Poder Ejecutivo, es claro que en lo abstracto del estudio, resulta aplicable también a los alcaldes municipales por ser funcionarios nombrados popularmente, ligados al servicio de la Municipalidad bajo una relación de dirección, ejecución y colaboración; y por ende, ayuna del elemento subordinación, que en definitiva es el supuesto que viene a distinguir una relación de trabajo común de cualquier otra.”* Dictamen C-333-2002, del 10 de diciembre de 2002.

un Alcalde, quien también está sujeto a plazo su nombramiento, aunque su elección sea popular.

Con relación a esto último, en el dictamen C-200-2010, del 1° de octubre de 2010, la Procuraduría acepta que ciertos funcionarios, elegidos a plazo fijo, pueden estar afiliados a una asociación solidarista que exista en la institución, además de que no tendrían derecho al auxilio de cesantía:

“De manera que, y como ha quedado claro del Dictamen emitido por este Despacho, Número C-053-2005, de 08 de febrero del 2005, de la relación de los numerales 21 y 17, inciso c), podemos observar con detenimiento, que los supuestos ampliados del numeral 29 del Código de Trabajo, -a los efectos de otorgar el auxilio de cesantía a los trabajadores asociados en la organización de estudio- sólo es dable para aquellos trabajadores que por ley les corresponde el derecho al pago de ese rubro; es decir, para los que se encuentran laborando bajo una relación de servicio de naturaleza indeterminada, tal y como lo establece el precitado artículo 29, y doctrina que le informa.

Por consiguiente, en esta clase de puestos de período legal o a plazo fijo como los de consulta [Rector, Vicerrectores, Auditor Interno, Directores y Jefes de las unidades administrativas y académicas de una universidad pública], los funcionarios no tienen derecho a percibir el pago de la cesantía o alguna indemnización al advenimiento del plazo por el cual fueron nombrados, tal y como lo establece categóricamente el inciso a) del artículo 86 del Código de Trabajo, y la vasta doctrina jurisprudencial que lo informa. De ahí que, no les es aplicable la cesantía que se resguarda en el fondo especial previsto en el artículo 21 de la Ley de Asociaciones Solidaristas para los trabajadores o funcionarios que sí tienen el derecho a percibirlo en esa Universidad, de conformidad con el artículo 29 del Código de Trabajo y 51 del Estatuto de Personal, tantas veces citados.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que, aún cuando ese funcionariado puede estar afiliado a la asociación solidarista que existe en esa entidad universitaria, es por el carácter y forma de su nombramiento que no les asiste el derecho al pago de la cesantía ni ninguna otra indemnización; y por ende, tampoco en caso de que renunciaren al cargo antes del vencimiento del plazo por el cual fueron nombrados. Menos procedería esa indemnización, para el que ocupa un cargo de consejal en el Consejo Universitario, según se expuso claramente en líneas anteriores.”
(El subrayado no corresponde al original).

Opina lo mismo el ente procurador en los dictámenes C-298-2009, del 27 de octubre de 2009, dirigido al Consejo Nacional de Préstamos para Educación; C-052-2008, del 19 de febrero de 2008, dirigido al Banco Crédito Agrícola, referido al caso del Gerente y Subgerente; C-173-2007, del 1° de junio de 2007, dirigido a la Municipalidad de Poás, para

el caso del Alcalde Municipal; C-053-2005, del 8 de febrero de 2005, dirigido al Banco Hipotecario de la, sobre el caso del Gerente y Subgerente; y C-162-2003, del 5 de junio de 2003, dirigido al Banco Popular y de Desarrollo Comunal, también sobre el Gerente y Subgerente. En todos los casos, en virtud de la libertad de asociación, estas figuras funcionariales de gobernanza institucional, pueden afiliarse a una asociación solidarista y gozar de sus beneficios, concluyen que no así respecto a recibir aporte patronal, dado que sus nombramientos son a plazo fijo.

Sin embargo, a pesar de no ser parte de su consulta, sobre el aporte patronal existe un viraje de ciento ochenta grados del ente procurador, a partir del voto de la Sala Segunda número 2011-410, de las 9:15 horas, del 18 de mayo del 2011, en el que falla a favor del Subgerente del BANHVI, quien recibió ostentando ese cargo el aporte patronal. En lo que interesa, la Sala resolvió en esta línea de razonamiento:

“De este modo, según lo dispuesto en la jurisprudencia de esta Sala y lo referido por el alto Tribunal Constitucional, la Ley de Asociaciones Solidaristas resulta de aplicación especial a sus afiliados, sin que sea posible distinguir donde la propia ley no lo hace. Por ello, no es admisible el reclamo del recurrente, en tanto afirma que por haber sido el contrato del señor Céspedes Jiménez a plazo legal, y por no ser procedente, en consecuencia, el pago del auxilio de cesantía al finalizar el mismo, no es posible entregarle el aporte patronal. Lo anterior, por cuanto lo que aquí se discute, no es el pago de ese extremo laboral (la cesantía), sino el reconocimiento del aporte patronal entregado a la asociación, cuyo origen y fundamento para el pago se encuentra normado en aquella ley especial y no en el Código de Trabajo, y cuyo único presupuesto para su reconocimiento (al término de la relación laboral) es que la persona trabajadora haya sido afiliada de la asociación y que haya contribuido con su aporte personal a la conformación del fondo integrado con la contribución de trabajadores(as) y empleadores(as), sin importar para ello, si por la naturaleza del contrato de trabajo que la vinculó con la entidad patronal pudiera corresponderle (en la eventualidad de un cese con responsabilidad patronal) o no el pago del auxilio de cesantía. En el caso que nos ocupa, es un hecho probado no discutido en esta instancia, que don Luis Fernando se afilió a la asociación solidarista de Empleados del Banco Hipotecario de la Vivienda desde el momento mismo en que inició labores para esa entidad, y que durante todo el tiempo que ocupó el cargo de subgerente general contribuyó con sus aportes, a la vez que su empleador depositó a su favor el aporte patronal (ver hechos primero, décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto y décimo noveno de la demanda a folios 1 a 17), por tanto, nació su derecho a percibir este beneficio patrimonial a la luz de lo dispuesto por los artículos 3, 5, 6, 7, 14, 15, 18 y 21 de la citada Ley de Asociaciones Solidaristas. En conclusión, no son de recibo los

agravios del recurrente en cuanto pretenden modificar la sentencia respecto a este punto concreto.”

A partir de este fallo de la Sala Segunda, del cual no conocemos otro u otros que lo precedan, la Procuraduría emite el dictamen C-230-2011, del 14 de setiembre de 2011, en el cual *“reconsidera de oficio los dictámenes C-200-2010 del 01 de octubre del 2010, C-298-2009 del 27 de octubre del 2009; C-052-2008 del 19 de febrero del 2008; C-173-2007 del 01 de junio del 2007; C-127-2006 del 28 de marzo del 2006; C-053-2005 del 08 de febrero del 2005 y C-162-2003 del 05 de junio del 2003, únicamente en cuanto establecieron la imposibilidad de reconocer el aporte patronal a aquellos trabajadores nombrados a plazo fijo o por término legal.”*

Es bueno apuntar que al igual que la Procuraduría, esta Dirección Jurídica no comparte la posición de la Sala Segunda, dado que otorga al aporte patronal una naturaleza distinta al auxilio de cesantía, visualizando ambas como aspectos distintos. En este punto, aunque hacemos nuestras reservas al respecto, nos parece apropiado que se converse el tema con las autoridades superiores de este Ministerio, a fin de valorar la posibilidad de consultar ante la misma Procuraduría General de la República este asunto, para no incurrir en errores que contravengan el principio de legalidad y las finanzas públicas del Estado.

Por lo pronto, la conclusión a la que llegamos es que no existe impedimento legal para que el Ministro de Trabajo y demás autoridades superiores de este Ministerio, se afilien a la asociación solidarista de este Ministerio. Y, que en cuanto al reconocimiento del aporte patronal a estos personeros, la tesis de la Procuraduría General de la República, de conformidad con el dictamen C-230-2011, del 14 de setiembre de 2011, es que es posible para aquellos funcionarios con nombramiento a plazo fijo, lo cual hace que se reconsidere de oficio el criterio emitido por esta Dirección Jurídica, en el pronunciamiento DAJ-AE-214-07, del 15 de junio de 2007, con las reservas expuestas, por no estar de acuerdo con el cambio de posición propiciado por la resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

De usted con toda consideración,

Lic. Kenneth Cascante Mora

Asesor

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez

Jefe a.i.

Kcm/lsr
Ampo 16 A