

DAJ-AE-309-06
9 de mayo del 2006

Señor
William Mora Masís
Presidente
ASOBACEN
PRESENTE

Estimado señor:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 02 de marzo del 2005 mediante la cual nos consulta lo siguiente:

- “1. Qué condiciones contractuales debe tener un empleado para no tener derecho a la cesantía y que dada esa situación no pueda pertenecer a la Asociación por no existir el aporte del patrono?
2. Puede un empleado a plazo determinado, a sabiendas de que por su condición no le corresponde cesantía, ser asociado de la Asociación Solidarista?.

Antes de entrar al análisis de la consulta, debemos presentar nuestras disculpas por el atraso en la presente, lo cual obedece al exceso de trabajo y al trabajo extraordinario que generó un plan de emergencia instaurado en esta Dirección para atender asuntos de pensiones durante todo el año 2004, que generó un atraso importante para todo el trabajo ingresado en ese año que no se tratara de pensiones.

Para poder dar una respuesta satisfactoria a esta consulta se considera necesario replantear los cuestionamientos hechos por el consultante, pues pareciera que el tema predominante es si un trabajador a plazo fijo puede pertenecer a una Asociación Solidarista, lo cual no quita que no vayamos a responder la primera interrogante.

Respecto a si un trabajador a plazo fijo puede o no pertenecer a una Asociación Solidarista debemos indicar lo siguiente:

Es necesario traer a colación algunos conceptos en relación con los contratos a plazo fijo y los contratos por tiempo indefinido, veamos:

Es principio generalizado, que todos los contratos de trabajo lo son por tiempo indefinido, sin embargo existen excepciones a dicha regla, las cuales solamente se

permiten cuando se enmarcan dentro de los lineamientos que dicta la ley. Así tenemos que en nuestra legislación, el artículo 26 del Código de Trabajo recoge la afirmación anterior, cuando refiere la posibilidad de contratar a plazo en los casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar, sin embargo si subsiste la causa que le dio origen y la materia del trabajo, el contrato se convierte en uno por tiempo indefinido; o sea, cuando la labor se vuelve permanente, el contrato también.

Los contratos a plazo fijo o por obra determinada se determinan en función de un período previamente estipulado (días, meses, años) o por la realización de una obra. Los contratos por tiempo indefinido, como su nombre lo dice, no están sujetos a limitación en el tiempo; por regla general todos los contratos de trabajo son de esa índole y sólo excepcionalmente se puede realizar un contrato a plazo fijo en los términos que señala el artículo 26 del Código de Trabajo.

La importancia de distinguir los contratos a plazo fijo o por obra determinada de uno por tiempo indefinido, radica esencialmente en el tipo de indemnización que corresponde en caso de finalización de la relación laboral. 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.

El auxilio de cesantía procede entonces, solamente en los contratos por tiempo indefinido, y así se mantiene como una regla general de los contratos laborales. Sin embargo, en la Administración Pública nos encontramos con una particularidad que permite darle un manejo diferente a la regla anterior, esto es claro cuando vemos que en los contratos a plazo fijo de la Administración no siempre mantienen las características propias de ese tipo de contratación.

Por un lado 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 del origen del plazo implica que dichos contratos aún cuando exceden el período del año, no se convierten en contratos por plazo indefinido, sino que mantienen su característica de contratos a plazo fijo¹. Siendo así no corresponde pago de cesantía al término del plazo.

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.

Por otro lado y a mayor abundamiento es importante indicar el mecanismos aplicable para los contratos denominados "interinos":

Por trabajador interino se entiende aquél que es nombrado en una plaza determinada pero con la característica de que no lo respalda el principio de la inamovilidad en el empleo, ya sea porque su nombramiento obedece a una suplencia del titular del puesto, o porque la plaza está en espera de un nombramiento en propiedad. En ambos casos el funcionario interino tiene certeza desde el inicio, que su contrato de trabajo tiene una fecha de finalización, pues aún en casos de prórrogas del nombramiento, cada prórroga sucesiva tiene su fecha de inicio y de cierre, por lo que no existe garantía de que al concluir el plazo del último nombramiento sea factible mantenerse en el mismo puesto.

Cuando se trata de funcionarios interinos nombrados en plaza ocupada por un propietario ausente —ya sea por incapacidad, permisos, licencias, etc.— los nombramientos dependerán del tiempo que dure la ausencia del propietario. La estabilidad laboral se garantiza en virtud de que la Institución no puede cesar unilateralmente y sin justa causa su contrato de trabajo a no ser porque regresa el titular del puesto. En el caso de los interinos que ocupan una plaza vacante, la estabilidad laboral se refleja en el hecho de que no pueden ser cesados en sus puestos hasta que se nombre en propiedad a otra persona en la plaza que él ocupa².

Estos servidores interinos, si bien sus contratos son a plazo fijo,³ existen numerosos Votos de la Sala Constitucional, Sentencias de los Tribunales de Trabajo así como Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República que afirman que **si el nombramiento de esos servidores supera el año, se convierten en contratos por tiempo indefinido y por lo tanto se adquiere el derecho al reconocimiento del preaviso y auxilio de cesantía.**⁴

² Ver voto 743-91 de las 15:35 hrs. del 17 de abril de 1991

³ El artículo 13 del Reglamento del Estatuto del Servicio Civil establece lo siguiente respecto a este tipo de funcionarios:

"Para todos los efectos legales, se entenderá que los contratos que celebre el Poder Ejecutivo, con los servidores interinos o de emergencia, de conformidad con lo dispuesto en este capítulo, serán por tiempo determinado o a plazo fijo, y que los mismos terminarán sin ninguna responsabilidad para el estado al cesar sus funciones".

⁴ Ver entre otros Dictámenes de la Procuraduría C-008-93 de 13 de enero de 1993, C-095 de 28 de abril de 1995, C-296-82, C-354-82, etc., Tribunal Superior de Trabajo N° 3326 del 23 de agosto de 1979 N° 90 de las 8 hrs. del 21 de enero de 1983, Voto de la Sala Constitucional N°743 de las 15:35 hrs del 17 de abril de 1991, etc.

En este orden de ideas, vemos que el tratamiento de los contratos a plazo fijo en la Administración Pública tiene un tratamiento especial que no puede ser asimilado al de la empresa privada en términos generales.

Por su parte, es necesario mencionar en la presente, el criterio que sobre el tema ha emitido la Procuraduría General de la República en el dictamen C-232-2005 del 23 de junio del 2005,

“...El Banco Popular y de Desarrollo Comunal, en su calidad de patrono, no está autorizado por el ordenamiento jurídico para realizar el aporte indicado en los artículos 18 b. de la Ley de Asociaciones Solidaristas y 23 ch. de la Ley de Regulación de la Actividad de Intermediación Financiera de las Organizaciones Cooperativas, respectivamente, en relación con los empleados designados según su Ley Orgánica por un plazo determinado, a saber, Gerente y Subgerentes...

Además, en el dictamen C-053-2005 de 8 de febrero del 2005, concluimos lo siguiente:

Por todo lo expuesto, este Despacho arriba a la conclusión que, aún cuando por virtud de los artículos 1,2,3,5 y 14, siguientes y concordantes de la Ley de Asociaciones Solidaristas y artículo 25 de la Constitución Política, los funcionarios que llegaren a ocupar la plaza de Gerente General o Subgerente General del Banco Hipotecario de la Vivienda, pueden afiliarse a una asociación solidarista y como tales, disfrutar de los beneficios que a través de ella se persiguen, no es así en lo que respecta al otorgamiento del derecho al pago de la cesantía, toda vez que de esa legislación no se desprende ninguna modificación o cambio a los conceptos estipulados en los artículos 26, 27, 29 y 31 del referido Código; a tenor de los cuales, al advenimiento de los contratos a plazos fijos, o de período legal, no generan ningún tipo de pago por indemnización....

...El artículo 2 de nuestra Ley Orgánica señala, en forma expresa y contundente, que los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General de la República constituyen jurisprudencia administrativa y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública. Lo anterior significa, ni más ni menos, que si de los pronunciamientos del Órgano Asesor, en forma reiterada -al menos tres en el mismo sentido-, se extrae una regla objetiva, los operadores jurídicos debe acatarla, no por los argumentos jurídicos por los cuales se ha llegado a esta, sino por expreso mandato de ley. ...

...Vista así las cosas, cuando ello acontece, no es posible, jurídicamente hablando, plantearse ningún dilema entre lo que ha resuelto el Órgano Asesor y lo que opina una Asesoría Jurídica de un ente que conforma la Administración Pública, pues, en tales casos, el ordenamiento jurídico no ofrece esta discrecionalidad, por la elemental razón de que la Administración Pública debe necesariamente aplicar la regla objetiva que se extrae de los pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, so pena de incurrir en las responsabilidades civiles, administrativas y, eventualmente, penales que el ordenamiento jurídico contempla....

...Por consiguiente, si el Órgano Asesor se ha pronunciado, en forma reiterada, como tendremos ocasionar de ver más adelante, en el sentido de que los funcionarios nombrados a plazo fijo no tienen derecho al pago de cesantía, no puede ninguna Administración Pública, ni aun amparándose a un criterio de su Asesoría Jurídica, sostener una postura contraria. Todo lo anterior significa, ni más ni menos, que la Administración Pública, en este caso el Banco, debe actuar con base en nuestra jurisprudencia administrativa, y no conforme con ningún otro criterio, a pesar de que esté elaborado por su Dirección Jurídica. ...

...Así las cosas, no se pueden hacer aportes a una asociación solidaria a favor de un trabajador que no tiene derecho a la cesantía, dada la modalidad de contrato: a plazo fijo. Al respecto, en el dictamen C-053-2005 supra citado, indicamos lo siguiente:

*“De la relación del numeral 21 *ibid*, - transcrito en líneas atrás- y lo subrayado en la recién transcrita disposición, 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 pago de ese rubro. Lo anterior, por virtud de que la relación o contratación de trabajo, lo es o se considera por tiempo indefinido, tal y como lo establece el precitado artículo 29, y doctrina que le informa”. (Las negritas no se encuentran en el original)....*

...Lo anterior significa, ni más ni menos, que mientras que no exista una norma de rango legal que autorice al Banco a realizar aportes de cesantía a una asociación solidaria a favor de los trabajadores que tienen un contrato a plazo fijo, tal acción es jurídicamente improcedente. ...

...III.- CONCLUSIÓN.

En los casos de los funcionarios públicos nombrados a plazo fijo, el Banco no está autorizado por el ordenamiento jurídico a realizar el aporte patronal por concepto de cesantía a la asociación solidarista. ..."

En el mismo sentido descrito, debemos tomar en cuenta que las Asociaciones Solidaristas se han creado con el propósito principal, de que se constituyan en administradoras del fondo de cesantía depositado mensualmente por los patronos a favor de sus trabajadores. La ley 6970 que rige su accionar, no previó ciertas particularidades que se presentan en la contratación de los servidores públicos, tal es el caso de los funcionarios de confianza, los nombramientos de interinos, etc., ocasionando con ello una serie de dudas respecto a su aplicación práctica.

Una de esas dudas la encontramos cuando la disposición del artículo 7 de la citada Ley admite como afiliado de una Solidarista, a cualquier persona que cumpla con la condición de ser "trabajador" de la empresa que se trate; así, no distingue si su condición de trabajador lo debe ser bajo una modalidad de contrato a plazo indefinido o determinado. Es por ello que para comprender el ámbito de aplicación de los derechos generados por la Ley 6970, se requiere tomar en consideración conceptos básicos del derecho laboral como lo hacemos en la presente.

Si bien la creación de las Asociaciones Solidaristas permite convertir el auxilio de cesantía en un derecho real, ese derecho real debe estar íntimamente ligado con el tipo de contratación laboral que tenga el afiliado con la empresa donde se asienta la Asociación; de manera que si la ley —Código de Trabajo— como regla general establece el pago de cesantía únicamente para los contratos por tiempo indefinido, no puede ampliarse el concepto más allá de esa regla general interpretando que también cabe la cesantía en contratos a plazo fijo.

Esta tesis no es contraria al supuesto de pago de aporte patronal acumulado en caso de renuncia del trabajador previsto en el inciso b) del artículo 21 de la Ley 6970, pues aunque el Código de Trabajo no establece la posibilidad de pagar ese auxilio en caso de renuncia, lo cierto es que estamos siempre en presencia de contratos por tiempo indeterminado o indefinido, donde es totalmente posible el pago de cesantía al finalizar la relación laboral, cosa que no sucede con los contratos a plazo fijo.

Por lo expuesto, esta Dirección es del criterio que si bien no se puede limitar el ingreso de los funcionarios contratados a plazo fijo o en puestos de plazo legal, lo cierto es que su ingreso no permite un pleno goce de todos los derechos que establece la ley 6970, por lo que no pueden tener derecho al pago de los aportes patronales que conformarán el fondo de cesantía a su favor, tal como lo sostiene la Procuraduría General de la República en su dictamen C-232-2005

supra citado. Y aunque suene contrario al principio de igualdad, el hecho de que a estos funcionarios no se les deposite el aporte patronal, la misma Sala en la resolución N° 3591-04 de las 8:38 hrs. del 16 de abril del 2004 no consideró esa exclusión como violatoria de ese principio constitucional.

Diferente trato debe dársele a aquellos contratos de interinos en la Administración Pública, ya que éstos sí podrán tener derecho a los aportes patronales a partir del año de labores, cuando también se genera su derecho al auxilio de cesantía, dentro de la circunstancias que perfectamente ha definido la misma Procuraduría General de la República, debiendo depositarse a partir del año los meses adeudados por dicho concepto a su favor. Esos aportes adeudados no podrán depositarse antes del año en virtud de no haberse convertido su contrato en uno por tiempo indefinido, amén de que no puede suponerse que así será en el futuro; por lo que una vez cumplido el año de vigencia del contrato y el mismo se prorrogue por cualquier circunstancia, el patrono deberá depositar el monto equivalente a los aportes patronales del año anterior para ponerse al día con lo que corresponde al funcionario que se trate.

En conclusión, queda claro que los trabajadores con contratos a plazo fijo perfectamente pueden ser afiliados de la Solidarista, con la diferencia que no podrán contar con aporte patronal dentro de su patrimonio. Respecto a su primera interrogante sobre las condiciones contractuales que debe tener un empleado para no recibir cesantía, queda claro que ello sería únicamente con los trabajadores a plazo fijo en general o de confianza dentro de la Administración, por las razones que en forma extensa se explican en el dictamen de la Procuraduría adjunto, no obstante si tal distinción se pretende para efectos de no admitir su ingreso a la Asociación Solidarista, ello carece de sentido pues como se dijo, un trabajador que no tiene derecho a la cesantía si puede ingresar a la Asociación, bajo los parámetros ya indicados.

De Usted, con nuestra mayor consideración,

Licda. Ivannia Barrantes Venegas
JEFE a.i

IBV/ihb

Ampo 16-a