

DAJ-AE- 99 -2010
12 de mayo de 2010

Señor
Eduardo Gamboa
PRESIDENTE
Asociación Solidarista de Empleados del Ministerio
De Trabajo y Seguridad Social
Presente

Estimado señor:

En atención a su nota recibida en nuestras oficinas el día 08 de octubre de 2009, mediante la cual se consulta si los funcionarios que ocupan una plaza interina o de confianza tienen derecho al giro del porcentaje del Aporte Patronal por parte del Ministerio, de previo realizamos algunas consideraciones en los siguientes términos:

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 número 6970 que rige su accionar, no previó ciertas particularidades que se presentan en la contratación de los servidores públicos, como 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 las dudas más comunes la encontramos cuando la disposición del artículo 7 de la citada Ley admite como afiliado de una Asociación Solidarista, a cualquier persona que cumpla con la condición de ser "*trabajador*" de la empresa que se trate; de manera que 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, es necesario considerar algunos conceptos básicos del derecho laboral, tal como se plantea a continuación.

a) *Sobre los contratos a tiempo indefinido o determinado:*

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. 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 establecen 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 una aplicación distinta a la regla anterior, en virtud de que los contratos a plazo fijo de la Administración, no siempre mantienen las características propias de ese tipo de contratación.

Por un lado se encuentran 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.

Por otro lado tenemos 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.

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.

Quando 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

Bajo este esquema de ideas, se verifica 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.

En el caso de los contratos de interinos en la Administración Pública, cabe señalar 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.

b) Sobre los Empleados de Confianza:

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en esta materia, el reconocimiento y la procedencia legal de "derechos laborales" a favor de los funcionarios o servidores públicos depende de que éstos estén vinculados con el Estado o las Instituciones Públicas con base en un "contrato de trabajo" o bien con fundamento en un "contrato de servicios" donde se den los elementos constitutivos de dichas figuras: a) prestación personal de servicios; b) remuneración o salario; y c) subordinación jurídica. En el primer caso porque así se dispone

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.

expresamente en los artículos 2, 4 y 18 del Código de Trabajo; y en el segundo, porque así se contempla en las diversas normas específicas, como el Estatuto de Servicio Civil, leyes constitutivas u orgánicas o en los Reglamentos de Organización respectivos. En el segundo supuesto, además, porque así lo exige el Principio de Legalidad que rige el actuar de la Administración Pública (ver artículos 11 de la Ley General de la Administración Pública y de la Constitución Política).

Al respecto, el artículo 4 del Estatuto del Servicio Civil dispone en lo que interesa:

“Artículo 4º.-

Se considerará que sirven cargos de confianza:

a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal.

b) El Procurador General de la República.

c) Los Gobernadores de Provincia.

d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República.

e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.

f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.

(Inciso así reformado por el artículo 1º de la ley N° 6440 de 16 de mayo de 1980).

g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico.

(Así adicionado este inciso, incluyendo su Transitorio, por la ley No.7767 de 24 de abril de 1998)... “

En este sentido la relación de servicios que se da en el caso de los Ministros y Vice Ministros no reúne los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, pues la subordinación que en tal caso se configura es de "naturaleza política", tratándose de los Ministros respecto del Presidente de la República y de los Vice Ministros en relación también con los Ministros. Es por ello que alguna doctrina de Derecho Administrativo ha indicado que en estos casos se trata de "servidores públicos gobernantes"⁵ (véase entre otros Miguel Marienhoff, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, tomo III, páginas 18 y 19); puesto que encarnan la "voluntad" del órgano público que representan.

Siendo que dichos funcionarios no están vinculados en una relación contractual de trabajo con el Estado, para que en su especial relación de servicio se les pueda reconocer los "derechos laborales" que gozan los demás servidores públicos (tal como el del pago de cesantía), en virtud del citado Principio de Legalidad es preciso que exista norma suficiente que les otorgue dicho beneficio; lo cual, a nuestro modo de ver puede darse vía decreto o bien vía ley. La normativa existente citada por la Contraloría General de la República [inciso a) del Decreto N° 4 del 28 de mayo de 1959 y

párrafo segundo del artículo 586 del Código de Trabajo], por el contrario, refuerzan la tesis de la improcedencia de dicho reconocimiento en este momento.

Por otra parte, en diversos pronunciamientos, entre los cuales se puede citar el N° 12890 del 20 de noviembre de 1987, el N° 8788 del 20 de agosto de 1987 y el DAGJ-2760-2000 del 28 de noviembre de 2000, los dos primeros de la Dirección de Asuntos Jurídicos y el tercero de la División de Asesoría y Gestión Jurídica, ambas dependencias de la Contraloría General de la República, se ha establecido que los Ministros y Vice Ministros de Gobierno no se consideran trabajadores al servicio del Estado.

En virtud de lo expuesto en el último párrafo, dado el criterio vinculante de los pronunciamientos emitidos por la Contraloría General de la República, en cuanto se refiere a egresos de fondos públicos, resultaría inconveniente emitir aportes patronales en la Asociación Solidarista a favor de Ministros o Vice Ministros.

Ahora bien cuando se trata de funcionarios cuya plaza en propiedad pertenece al régimen del servicios civil, pero han pedido un permiso sin goce de salario, para ocupar un puesto de confianza, en razón de lo dicho, tendría que concluirse, que mientras permanezcan ocupando el cargo de confianza, no tendrían derecho a dicho aporte patronal, pero una vez reincorporados a su plaza en propiedad, se reanudaría el derecho a seguir percibiendo el aporte patronal. Debe quedar claro en este sentido, que los asociados que se encuentran en esta situación, tendrían derecho a seguir percibiendo los rendimientos, correspondientes al aporte patronal existente al momento de asumir el cargo de confianza, los cuales se le entregarían en la misma fecha que se distribuyen a los demás.

Al respecto la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-056-90, expresa lo siguiente:

“Obviamente, no cabe entender como comprendido en ese cómputo el tiempo servido anteriormente en otras relaciones de servicio de naturaleza disímil, por cuanto si se tratase del caso que usted formula en su consulta, de un servidor que ha venido desarrollando con anterioridad al cargo de confianza, una prestación de servicio en un puesto cubierto por el régimen, y que para ocupar el cargo de confianza, tuvo que suspender la relación de servicio, con una licencia sin goce salarial, es evidente que estamos en presencia de prestaciones o relaciones laborales distintas, diferenciables y contradictorias, excluyentes entre sí, veamos. Si hubo necesidad de suspender la relación de servicio en la plaza del régimen para poder asumir las funciones en el cargo de confianza esto indica indudablemente que ha habido un surgimiento de vínculos distintos y dispares, para poder asumir las labores de confianza ha necesitado suspender las otras. Si se tratase de una relación continua no habría necesidad de tal cosa, sencillamente se trasladaría al servidor al otro organismo, se le incrementaría proporcionalmente su salario y seguiría activa la relación estatutaria. En la especie eso no ocurre, sino que deben suspenderse transitoriamente los efectos y obligaciones de la labor dentro del régimen. Esto hace que aparezcan perfectamente diferenciables las tareas. En ese sentido podríamos afirmar que en nuestro medio la relación estatutaria -que es la permanente, la que tiene vocación de estabilidad e inamovilidad- es una relación por tiempo indefinido, y la otra, la del cargo de confianza no; es precisamente a plazo definido, pues se sabe que puede cesar en cualquier momento, no hay estabilidad no hay protección estatutaria alguna, no existe un proceso de cesación como el que se da ante la jurisdicción del Tribunal de Servicio Civil, para casos de servidores cubiertos por el régimen.”

De conformidad con diversos pronunciamientos que sobre el particular ha emitido la Procuraduría General de la República, podemos concluir que los funcionarios de confianza forman parte de un régimen de empleo especial, excluido del estatutario, en razón de las especiales características de la relación de empleo que ostentan. En consecuencia, su nombramiento y remoción es facultad exclusiva del jerarca, y para realizar su elección no se fundamenta en los criterios de idoneidad comprobada, sino en *atributos de carácter intuiti personae, u objetivos y técnicos, de manera que resulten idóneas para el ejercicio de las funciones correspondientes* al cargo en que fue nombrado y dependiendo de la labor a realizar.⁶

Por regla general, podemos afirmar entonces que los funcionarios que ocupan puestos de confianza no son considerados trabajadores al servicio del Estado, su nombramiento y remoción es facultad del jerarca, por lo que la duración de la especial relación de empleo que ostentan, se encuentra determinada en el tiempo, a diferencia del resto de funcionarios que ocupan plazas en propiedad.

No obstante, podría darse el caso de funcionarios en plazas de confianza con características distintas, lo cual obligaría a realizar un análisis la normativa especial que lo sustente y del caso en particular, lo cual en todo caso le corresponde a la Administración y a la Procuraduría General de la República y no a una Asociación Solidarista.

b) En relación con lo consultado:

Conforme con lo expuesto, tenemos que concluir que en el caso de los funcionarios poseedores de una plaza interina en la Administración Pública, 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 ha definido la misma Procuraduría General de la República en los dictámenes de cita.

Por el contrario, en el caso de los funcionarios que ocupan puestos de confianza en la Administración Pública, éstos no podrán disfrutar de este derecho mientras se encuentren ocupando una plaza de esta naturaleza, en razón de que dichos funcionarios no están vinculados en una relación contractual de trabajo con el Estado; en algunos casos inclusive el elemento de subordinación que se configura es de "naturaleza política".

Ahora bien, entiéndase que los funcionarios que se encuentran ocupando un puesto de confianza, no tendrían derecho a dicho aporte patronal, sino hasta que se encuentren reincorporados a su plaza en propiedad. Sin embargo, cabe aclarar que éstos tienen derecho a seguir percibiendo los rendimientos, correspondientes al aporte patronal existente al momento de asumir el cargo de confianza, los cuales les deben ser entregados en la misma fecha en que se distribuyen al resto de asociados.

⁶ Ver pronunciamientos C-461-2006 y C-271-2009 de la Procuraduría General de la República.

Finalmente, consideramos pertinente recomendarle que la Asociación Solidarista ASETRABAJO remita una consulta sobre el particular a la Procuraduría General de la República, en aras de obtener un pronunciamiento que analice con mayor profundidad el objeto de su consulta, y determine la correcta interpretación de la normativa que el efecto se ha mencionado en el presente criterio jurídico.

De Usted con toda consideración,

Licda. Marisol Bolaños Gudiño
ASESORA

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
JEFE

MBG / Isr
cc. Archivo
Ampo 17