



Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 27 de agosto del 2010. N° 8

Dictamen : 295 del 27/08/2007

C-295-2007
27 de agosto de 2007

Señora
Jeannette Carrillo Madrigal
Presidenta Ejecutiva
Instituto Nacional de las Mujeres

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su oficio N° PE-0615-2007 del 25 de junio de 2007, por medio del cual solicita emitir criterio sobre *“ si es posible reconocer el tiempo servido en la Administración Pública-anualidades- a funcionarias que con anterioridad a un nombramiento en propiedad, prestaron servicios a la misma institución, pero mediante contratación administrativa y además, realizan las mismas funciones para las que fueron contratadas”*.

Adjunto se remite el criterio de la Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de las Mujeres, emitido mediante oficio AL-116-07, en el que se expresa lo siguiente:

“Para responder al planteamiento de las accionantes, la Administración deberá realizar un análisis de las condiciones contractuales, antes del nombramiento en propiedad, con relación a horario, salario, subordinación y prestación personal de servicios.

Asimismo, deberá determinar si las funciones que realizaban mediante contrato por servicios profesionales, coinciden con las funciones de carácter ordinario del INAMU y las que desempeñan actualmente. Es decir, que la Administración con base en lo anteriormente señalado, las disposiciones de Ley, Doctrina y Jurisprudencia apuntada, deberá determinar en cada caso, si la prestación de servicios profesionales mediante contratación administrativa de las accionantes con el INAMU, con anterioridad al nombramiento en propiedad, contenía los elementos esenciales de un contrato laboral, como son prestación personal del servicio, salario, jornada y subordinación, y si este fuera el caso, la Administración deberá reconocer el derecho de anualidades a las funcionarias”

I. SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

De previo a pronunciarnos sobre el fondo del asunto, nos parece conveniente hacer una pequeña referencia a las diferencias entre el contrato de servicios profesionales y la relación de empleo público.

El contrato administrativo es aquel que “celebra la Administración Pública con los particulares a efectos de asegurar la ejecución de obras, la prestación de servicios o el suministro de materiales. Estos contratos no se rigen por las normas del Derecho Civil, sino por las del Derecho Administrativo.”

De las distintas modalidades de contratación administrativa el que nos interesa es la contratación de servicios profesionales, que es un mecanismo utilizado por la administración para adquirir servicios de un profesional con la finalidad de cubrir necesidades ocasionales. El elemento característico de este tipo de contratación, en lo que a nuestro estudio interesa, es el carácter ocasional y temporal de la necesidad que se cubre por medio de la contratación de servicios profesionales.

Sobre este punto la Contraloría General de la República ha manifestado:

1.-

“La contratación administrativa de servicios, por su naturaleza y fines, debe estar referida a un objeto que no implique relación de subordinación jurídica laboral. De este modo, por la vía de contratación administrativa no es procedente que se lleven a cabo contrataciones para suplir necesidades en el campo de los servicios profesionales, que sean continuas y permanentes, ya que necesidades de este tipo corresponde atenderlas mediante el establecimiento de una relación jurídica laboral o, más precisamente, mediante una relación de empleo público. La contratación administrativa de servicios, entonces no la podemos concebir como un mecanismo menos gravoso para el Estado, de lo que es el contrato laboral (cf. oficios 11353-96 begin_of_the_skype_highlighting 11353-96 end_of_the_skype_highlighting y 10507-96 begin_of_the_skype_highlighting 10507-96 end_of_the_skype_highlighting).

Así, la contratación administrativa de servicios profesionales se concibe como el medio legal idóneo para atender necesidades ocasionales, que estén referidas a un objeto específico. [...]

2.-

La contratación administrativa no puede prestarse para el ‘fraude laboral’, esto es, como un mecanismo que encubra una relación de empleo público. Insistimos que su objeto contractual debe ser específico, esto es, referirse a una necesidad administrativa puntual, susceptible de ser verificada en el cumplimiento de las obligaciones y derechos asumidos previamente. En cuanto a su fase de preparación, selección y adjudicación se deben de seguir los procedimientos y normas que al efecto prevé la Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento General.” (Oficio DGCA 72-98, del 21 enero de 1998) (el subrayado es nuestro)

De lo anteriormente expuesto, es claro que mediante la modalidad de contratación administrativa, no se pueden contratar servicios cuyo carácter sea permanente y continuo.

Así, la contratación de servicios profesionales se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley de Contratación Administrativa N°7494 en los artículos 64, 65 y 67. Señalan los artículos en comentario lo siguiente:

Artículo 64.-

Procedimiento de contratación de servicios. Los servicios técnicos o profesionales a cargo de personas físicas o jurídicas, se contratarán por los procedimientos de licitación pública, licitación abreviada o contratación directa, según su monto.

ARTICULO 65.-

Naturaleza. La contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público, entre la Administración y el contratista, salvo en el caso del primer párrafo del artículo 67 de esta Ley.

ARTICULO 67.-

Servicios profesionales con sueldo fijo. Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contraten, con sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan.

Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad. La institución no trasladará el costo de la contratación de esos profesionales al usuario de los servicios; pero sí deberá cobrar los demás costos implícitos, cuando deba inscribirse el documento respectivo o se requiera pagar algún tipo de tributo.

Bajo esta misma línea de pensamiento, este Órgano Técnico Consultivo ha manifestado que:

" En efecto, un contrato de servicios profesionales es suscrito de conformidad con las reglas que establece la Ley de la Contratación Administrativa. La naturaleza de este contrato es administrativa. Por ende, los derechos y obligaciones de las partes son los propios del contrato administrativo. Consecuentemente, la Administración detenta ciertos poderes exorbitantes, como son el poder de control y de dirección, el poder de sancionar, de modificar y resolver unilateralmente el contrato. Poderes que expresan prerrogativas de imperio y que se diferencian substancialmente de las potestades que puede tener un patrono dentro de la relación estatutaria o laboral. En ese sentido, corresponde recordar que el cocontratante de la Administración dispone normalmente, salvo en los contratos de obra pública en que debe obedecer a las llamadas "órdenes de servicio", de la posibilidad de escoger los medios de ejecución de sus obligaciones. Interesa, en efecto, el resultado de su gestión y no tanto cómo lo hace. La prestación del contrato se da en los términos definidos por el pliego de condiciones y la oferta contractual. Conforme esos poderes, la Administración puede determinar si cumple los actos o ejecuta los hechos que el contrato pone a cargo del contratista y si lo hace conforme a las prescripciones establecidas en el contrato; así como para controlar el respeto debido a las normas jurídicas que regulan la contratación. Ese poder directivo y contralor expresa, ciertamente, la supremacía de la Administración, pero no implica que el cocontratante administrativo esté dentro de una relación de subordinación jurídica en los términos de la relación laboral o de la estatutaria. Procede recordar, en efecto, que la subordinación jurídica es considerada el elemento fundamental y ante todo, definidor del contrato laboral. De ese hecho se considera trabajador a quien presta un servicio en forma habitual bajo la dependencia de un patrono". (C-063-2002 , 04 de marzo de 2002)

Por su otra parte, la Constitución Política ha definido un régimen de empleo público diferenciado del régimen privado principalmente por la aplicación del bloque normativo del derecho público y por la forma especial de vinculación que existe entre los servidores públicos y el Estado, a diferencia de los trabajadores privados, ya que mientras en los segundos la relación con el patrono se da en virtud de un contrato laboral privado, en el caso de los empleados públicos, la vinculación se da a través de la investidura que se realiza con el acto administrativo de nombramiento.

En este sentido, conviene recordar que el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, señala que la condición de funcionario público se adquiere a través de un acto válido y

eficaz de investidura, independientemente del carácter remunerativo o no del puesto que se desempeñe. Al respecto, señala el artículo:

De los Servidores Públicos en General

Artículo 111.-

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.... “

Como se desprende de las normas anteriores, la relación de empleo público nace a partir del acto de nombramiento, el cual somete al funcionario público a una relación de especial sujeción con el Estado.

Ahora bien, para efectos de determinar si una relación es de empleo público, debemos analizar los elementos constitutivos de la relación estatutaria.

El artículo 18 del Código de Trabajo define los elementos determinantes de una relación laboral, a saber, remuneración, prestación personal del servicio y subordinación. Indica el artículo en cuestión lo siguiente:

“Contrato individual de trabajo, sea cual sea su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase forma...”

De la norma anterior se desprende que en nuestro ordenamiento jurídico para que se de la relación de empleo es necesario que se presenten tres elementos que son: remuneración o salario, que es el dinero que el trabajador recibe conforme a la ley a cambio de los servicios prestados; la prestación personal que consiste en que el trabajador debe prestar personalmente el servicio para el que fue contratado, razón por la cual se dice que el contrato de trabajo es intuitu personae y la subordinación jurídica que es *“un estado de dependencia real, surgido del derecho general del patrono de dirigir, dar órdenes, de fiscalizar la labor del trabajador, ya sea por sí o por medio de su representante y, por lo consiguiente, la obligación de aquél de someterse.”* (Sala Segunda, resolución N° 2001-00669, de las nueve horas cuarenta minutos del nueve de noviembre de dos mil uno.)

Sobre estos elementos característicos del contrato de trabajo la jurisprudencia judicial y la administrativa de esta Procuraduría han manifestado:

“(...) Tres elementos son, entonces, los que, con claridad, ayudan a definir el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo: la prestación de un servicio, que debe ser remunerado, y que se desarrolle bajo subordinación, respecto del empleador. Jurisprudencial y doctrinariamente, se ha establecido que, normalmente, tal subordinación o dependencia, es el elemento fundamental para poder determinar si se está, o no, en presencia de una relación laboral. Esto por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas, donde los elementos de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el de la remuneración, también están presentes. De esa manera, generalmente, el elemento determinante, característico y diferenciador, en la de típicamente naturaleza laboral, es el de la subordinación. Además, el principio de la primacía de la realidad debe tenerse muy en cuenta, al momento de proceder a analizar un caso como el que se estudia. Véase que, el numeral 18 ídem, define la relación de trabajo, con independencia del nombre que las partes le den; pues, en no pocas ocasiones, la parte empleadora, acude a diversos

*mecanismos, a veces fraudulentos o ilegítimos, con el fin de que el contrato laboral aparente tener otra esencia o que se trata de otra clase de contratación; desde luego, con la clara finalidad de intentar evadir las consecuencias legales de pactar bajo una típica y normal relación de trabajo; pese al evidente quebrantamiento de los derechos del trabajador y sus nocivos y nefastos efectos sociales, claramente antisolidarios. En consecuencia, casos como el presente, deben ser estudiados a la luz de ese principio fundamental del Derecho Laboral, con el fin de lograr establecer la verdad real...". (Sentencia número 00353-99, de las 10 horas del 12 de noviembre de 1999). (Dictamen C-319-2003, **09 de octubre de 2003, el subrayado no es del original**)*

De los criterios y de la normativa expuesta es claro que el contrato administrativo de servicios profesionales se diferencia de la relación de empleo público, ya que por su naturaleza y sus fines, no cuenta con los elementos que configuran una relación de empleo público, principalmente en lo referido a la subordinación jurídica.

II. SOBRE EL FONDO

Consulta el Instituto Nacional de las Mujeres sobre la posibilidad de reconocer anualidades a funcionarias que prestaron servicios a dicha institución, mediante la modalidad de contratación administrativa y que posteriormente fueron contratadas en plazas en propiedad.

El sobresueldo de la anualidad es un plus salarial que se reconoce a los servidores públicos a través del sistema de méritos tomando en cuenta el reconocimiento de los años servidos y de la experiencia adquirida durante las labores.

Este beneficio se encuentra regulado por la Ley de Salarios de la Administración Pública, en los artículos 5 y 12 inciso d). Señalan las normas en comentario lo siguiente:

ARTICULO 5º.-

"De conformidad con esta escala de sueldos, cada categoría tendrá aumentos o pasos, hasta un total de treinta, de acuerdo con los montos señalados en el artículo 4º anterior, hasta llegar al sueldo máximo, que será la suma del salario base más los treinta pasos o aumentos anuales de la correspondiente categoría.

Todo servidor comenzará devengando el mínimo de la categoría que le corresponde al puesto, salvo en casos de inopia a juicio del Ministro respectivo y de la Dirección General de Servicio Civil. Los aumentos anuales serán concedidos por méritos a aquellos servidores que hayan recibido calificación por lo menos de "bueno", en el año anterior, otorgándoseles un paso adicional, dentro de la misma categoría, hasta llegar al sueldo máximo." (el subrayado no es del original)

ARTICULO 12.-

"Los aumentos de sueldo a que hace referencia el artículo 5º se concederán el primer día del mes cercano al aniversario del ingreso o reingreso del servidor y de acuerdo con las siguientes normas:

(...)

d) A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo 5º anterior, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo.

Esta ley no afecta en sentido negativo el derecho establecido en las convenciones colectivas y convenios, en materia de negociación salarial.” (el subrayado no es del original)

En este sentido la jurisprudencia judicial en reiteradas ocasiones ha dicho lo siguiente:

“El reconocimiento de la antigüedad, en el Sector Público, para efectos del pago de aumentos anuales por los servicios prestados en cualquiera de sus instituciones, estén o no cubiertas por regímenes de naturaleza estatutaria, encuentra su fundamento en los artículos 4° y 12, inciso d), de la Ley de Salarios de la Administración Pública, reformados por la Ley N° 6835, de 22 de diciembre de 1982. A través de la primera norma, se estableció una nueva escala de salarios, al final de la cual se dijo, expresamente, que: "La anterior escala regirá para todo el Sector Público...". En la segunda disposición se dejó establecido: "A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos a que se refiere el artículo 5°, anterior, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo. Esta ley no afecta en sentido negativo el derecho establecido en las convenciones colectivas y convenios, en materia de negociación salarial". Según se ha entendido, estas disposiciones vienen a poner de manifiesto la vigencia, en toda la Administración Pública, de la teoría "del Estado como patrono único", cuya aplicación práctica busca un propósito bien claro, cual es el de corregir la injusticia que sufrían las personas que se trasladaban a trabajar de una institución a otra, dentro de ese mismo Sector, sin derecho, por la distinción formal que se hacía, a disfrutar de los beneficios que generalmente se obtienen de la antigüedad en la prestación del servicio con un patrono, con lo que se busca evitar discriminaciones chocantes.” (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución 1997-094 begin_of_the_skype_highlighting 1997-094 end_of_the_skype_highlighting de las quince horas veinte minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y siete.)

Como se desprende de lo expuesto, la Ley de Salarios de la Administración Pública estableció el derecho a que los servidores públicos que se encuentran en una relación de empleo que cuenta con los tres elementos antes analizados, puedan recibir el sobresueldo por anualidad.

Al respecto se ha dicho que:

*“Desde la perspectiva expuesta, y en concordancia con la autorizada doctrina,... se tiene que, la intención del legislador, plasmada en la legislación de cita, es la de incentivar la experiencia del servidor en la función pública, que a través del tiempo, ha logrado acumular con el Estado, concediéndosele por ese hecho, un reconocimiento económico, el primer día del mes cercano al aniversario del ingreso o reingreso a la Administración Pública. De ahí que, por la naturaleza de tal emolumento, valga repetir, se ha establecido en el mencionado numeral, que: **"A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo 5 anterior, el tiempo de servicio prestado en otras entidades del Sector Público...."***

De todo lo dicho, sobra decir que, este tipo de normativa está diseñado, únicamente, para el personal que se encuentra en una relación estatutaria de servicio, es decir, en donde existan los tres elementos primordiales que la caracterizan como tal; a saber, el salario, prestación personal del trabajo y la subordinación fáctica y jurídica", supuesto éste, que en definitiva, viene a conceptualizar el ligamen, al encontrarse presente el poder de dirección, fiscalización y vigilancia por parte del patrono sobre sus empleados, para la realización de las tareas, quienes a su vez, se encuentran obligados a obedecer...

Después del análisis de los elementos que existen tanto en una contratación por "servicios profesionales" como en una relación de trabajo, será la Administración a su cargo, quien determinará

a cuál grupo correspondería al personal a que alude en su consulta para los efectos pertinentes. De esa manera, deberá sopesarse en cada caso, **los supuestos reales** en que se desarrollaron las anteriores contrataciones, para el reconocimiento de la antigüedad que propugna el inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública.

Si las contrataciones por servicios profesionales se desarrollaron como tales, verbigracia, no estaban sujetos a subordinación, ni a jornadas de trabajo, y se establecían para labores excepcionales de ese "Sistema de Televisión", aunado al pago de honorarios, es claro que, no procedería reconocerle el beneficio de comentario. De lo contrario, si ese contrato se desarrolló en la práctica, bajo los elementos comunes de una relación de servicio, deberá reconocérsele al personal, la antigüedad laboral, de conformidad con la normativa supracitada. **(C-114-2001 , 17 de abril del 2001)**

Aplicando los conceptos anteriores al caso bajo análisis, es claro que no puede reconocerse a las servidoras de la institución el aumento anual del tiempo que sirvieron bajo la modalidad de contratación de servicios profesionales, en atención a que dicho plus salarial se reconoce solo a los funcionarios o servidores que se encuentran en una relación de empleo, y la contratación administrativa de servicios profesionales, de acuerdo a la Ley de Contratación Administrativa y según el artículo 7 párrafo segundo del Reglamento Autónomo de Servicios del Instituto Nacional de la Mujer, Decreto Número 7801, no origina relación de empleo público. La norma en comentario en lo que interesa, señala lo siguiente:

De la relación de servicio

Artículo 7º—Se entiende por relación de servicio la que se constituye a partir de la contratación de los servicios de una persona hecha por medio de nombramiento realizado de acuerdo con el ordenamiento jurídico, en forma permanente o transitoria, a cambio de un salario, por parte del Instituto.

No es relación de servicio de este tipo, la contratación de servicios hecha al amparo de normas de la contratación administrativa, en cuanto esa contratación se oponga esencialmente a las características de una relación de empleo público...

Sobre este punto, la Procuraduría se ha pronunciado en otras oportunidades, señalando que:

“En dicha ocasión se explicó que el reconocimiento de la antigüedad a que alude el inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública (adicionado por la Ley No. 6835 de 22 de diciembre de 1982), es para el personal que bajo una relación de servicio común y corriente, ha laborado en otras instituciones del Estado -con mayor razón para una de ellas- ya sea de manera interina o en propiedad, tal y como reiteradamente lo ha dicho la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, al subrayar que:

El reconocimiento de la antigüedad en el sector público, para efectos del pago de aumentos anuales, por el tiempo laborado en sus instituciones, es un derecho de todos los servidores públicos, estén aquellas o no cubiertas por regímenes de naturaleza estatutaria . Y es por ello que, en virtud de la Ley de Salarios de la Administración Pública reformada por la Ley 6835 del 22 de diciembre de 1982, artículo 12 inciso d) nació el derecho de todos los servidores públicos, en propiedad o interinos, a percibir los aumentos a que se refiere el artículo 5 de dicha ley, reconociéndoseles el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público y, con mucha más razón para una sola de ellas. Se ha interpretado que, esas disposiciones, vienen a ser una culminación de la aplicación en la Administración Pública de la Teoría del "ESTADO PATRONO ÚNICO. " (Ver, Resolución Número 71 de las 9: 20 horas del 07 de abril de 1993, Considerando II)

Asimismo, en el Dictamen se señaló que las personas que habían sido contratadas por "servicios profesionales", al tenor de los artículos 64 y 65 de la Ley de la Contratación Administrativa, no podían ser destinatarias de los presupuestos contemplados en aquella normativa, pues su relación con el Estado derivaba de la figura procedimental de la "licitación", ya sea pública, por registro o por licitación restringida; regida, claro está, por los principios que la propia Ley de cita establece para esas contrataciones. Asimismo, en el Dictamen se señaló que las personas que habían sido contratadas por "servicios profesionales", al tenor de los artículos 64 y 65 de la Ley de la Contratación Administrativa, no podían ser destinatarias de los presupuestos contemplados en aquella normativa, pues su relación con el Estado derivaba de la figura procedimental de la "licitación", ya sea pública, por registro o por licitación restringida; regida, claro está, por los principios que la propia Ley de cita establece para esas contrataciones. (C-195-2001 , San José, 12 de julio del 2001)

Con base en lo anteriormente expuesto, es claro que la contratación de servicios profesionales tiene carácter ocasional y no constituye una relación de empleo público, por lo que el reconocimiento del sobresueldo de anualidades no resulta procedente en estos casos, precisamente por la ausencia de aquella relación de empleo.

III. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto y en las normas citadas la Procuraduría General de la República es del criterio que:

1. El contrato por servicios profesionales es un acuerdo entre las partes que tiene por objeto una actividad concreta y que atiende necesidades exclusivamente ocasionales, de allí que, esta modalidad de contratación no origina relación de empleo público.
2. El sobresueldo de la anualidad presupone la existencia de una relación de empleo público, a partir de la cual el Estado reconoce, en los supuestos establecidos por la Ley de Salarios de la Administración Pública, dicho emolumento.
3. Al no originar relación de empleo público, no se puede reconocer las anualidades a las funcionarias que ingresaron a trabajar al INAMU mediante la modalidad de contratación administrativa por servicios profesionales, ya que dicho plus salarial es un derecho que se reconoce cuando existe relación de empleo público.

Sin otro particular, cordialmente:

Grettel Rodríguez Fernández

Procuradora Adjunta

Berta Marín González

Asistente Profesional Jurídico

GRF/Kjm