

# *Gaceta*

No. 626

*DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO DE COSTA RICA*

Órgano Oficial del Instituto Tecnológico de Costa Rica, Cartago Jueves 30 de Abril, 2020

## MISIÓN DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO DE COSTA RICA

**C**ontribuir al desarrollo del país, mediante la formación de recursos humanos, la investigación y la extensión; manteniendo el liderazgo científico, tecnológico y técnico, la excelencia académica y el estricto apego a las normas éticas, humanistas y ambientales desde una perspectiva universitaria estatal de calidad y competitividad a nivel nacional e internacional.

## ÍNDICE

**Sesión Extraordinaria No. 07-2020 de la Junta de Relaciones Laborales**

**En relación con la Interpretación Auténtica del artículo 23 de la Segunda Convención Colectiva de Trabajo y sus Reformas.....2**

## En relación con la Interpretación Auténtica del artículo 23 de la Segunda Convención Colectiva de Trabajo y sus Reformas

### RESULTANDO QUE:

**PRIMERO:** La M.Sc. Grettel Ortiz, Directora de la Oficina de Asesoría Legal en esa época, emitió el criterio legal AL-633-2011 el 16 de noviembre de 2011 a solicitud del Departamento de Recursos Humanos, mediante Oficio RH-1308-2011. Esta Junta acoge en todos sus extremos dicho criterio que textualmente establece:

*Primero: El artículo 23 de la Segunda Convención Colectiva de Trabajo y sus Reformas, establece lo siguiente:*

**“Para efectos del pago de anualidades el ITCR reconocerá la antigüedad acumulada en el sector público, incluyendo las empresas y fundaciones del sector”**

**Segundo:** En criterio contenido en el oficio CGR-08350 -2008 la Contraloría General de la República indica “que las fundaciones creadas por las Universidades Públicas, al ser Instrumentales a un ente de la Hacienda Pública forman parte de esta”...

**Tercero:** En el oficio 04489 de la División Jurídica de la Contraloría General de la República agrega: “Las fundaciones constituidas al amparo de la Ley No. 7169 se califican como fundaciones de iniciativa pública, creadas por parte de una persona pública para la consecución de un fin de interés público y mediante la utilización de un patrimonio de origen público”---

**Cuarto:** Que existe criterio emanado por esta oficina según consta del AL 362-10 cuya opinión indica. “bajo la certeza de que al momento de acordarse la Segunda Convención Colectiva de trabajo y sus reformas, no existían fundaciones públicas como no lo existen a la fecha, esta Oficina valora que al redactar el artículo 23... los negociadores entendieron por “fundaciones del sector público, “todas aquellas fundaciones que, pese a su naturaleza privada, hubieren sido creadas por un ente público”...

**Quinto:** Todos los antecedentes arriba citados, obligan a una reinterpretación diferente a la que hasta ahora se ha citado sobre las fundaciones universitarias, y el reconocimiento de tiempo por concepto antigüedad que se ha gestado dentro de esta Institución, reinterpretación que parte del siguiente análisis jurídico.

- a) Cuando se origina la redacción del artículo 23 de la Segunda Convención Colectiva y sus reformas, se incorpora la frase “ **reconocerá la antigüedad acumulada en el sector público, incluyendo las empresas y fundaciones del sector**”... lo cierto del caso es que la jurisprudencia patria y la legislación nacional **no** han logrado reconocer la existencia de Fundaciones públicas y no puede venir ahora vía interpretación decir que la voluntad del legislador creador de aquella norma, era el reconocer una figura cuya existencia es y ha sido hasta **ahora inexistente jurídicamente hablando**.
- b) En la búsqueda del origen jurídico de las fundaciones debemos citar la doctrina actual hoy encontrada en la Revista Inter sedes de las Revista Sedes Regionales de la Universidad de Costa Rica, ( 1977:144) donde el doctor en Derecho Carlos Manavella Caballero al respecto expone: “En la persona jurídica de tipo asociativo predomina el interés subjetivo, ya que los sujetos agrupados constituyen el elemento primordial, tal como sucede en las sociedades-civiles o comerciales, y en las asociaciones propiamente dichas, en donde la voluntad de los socios o asociados se manifiesta no sólo al momento de su constitución , sino también durante su desarrollo. En cambio en las personas jurídicas de tipo fundacional,-fundaciones- prevalece el elemento objetivo, patrimonial, ya que los fundadores, una vez manifestada su voluntad de afectar un patrimonio a un fin altruista, **se desprenden de su administración-** En este sentido, las fundaciones, constituyen un tipo específico de persona jurídica donde el elemento patrimonial constituye

el centro conceptual.” (el subrayado es del original)

En todos los ordenamientos se reconoce que la fundación es una entidad sin fines de lucro, aunque también se acepta que pueda realizar actividades comerciales, exclusivamente para apoyar sus cometidos, como actividad instrumental y no sustantiva.

El hecho de que la fundación sea una entidad de naturaleza privada pero con limitación en cuanto a sus fines (que deben ser necesariamente de utilidad pública e invariable) hace que se localice en una zona gris entre el Derecho público y el Privado, o específicamente entre el derecho Administrativo y el Derecho Civil.” -Manavella, 1997. 149) (1).

El patrimonio de las fundaciones universitarias es de interés generalmente público, no así los funcionarios que ellas integran porque la naturaleza de la fundación “originalmente” es de carácter privado y las relaciones jurídicas con sus empleados es de ese mismo origen (privado, estos no se contratan vía concurso público)- creada a través de un ente público con capacidad de derecho público y privado (artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública). Este carácter público no puede trasladarse o extenderse en forma análoga a las personas que lo integran en su funcionalidad, como si fueran o pertenecieran al sector público, esto a pesar de cómo se ha indicado reiteradamente las Fundaciones universitarias pertenecen a la Hacienda pública en **lo instrumental** pero en las **relaciones de trabajo se rigen por el derecho laboral (artículo 111 inciso 3 LGAP)**.

En abono a lo anterior se hace referencia al **Oficio 7689 del 8 de julio de 2002 (DAGJ-1102-2002 de la Contraloría General de la República que en lo conducente dispone:**

**“Fundaciones. Ley de Desarrollo Científico y Tecnológico. Adquisición de bienes y servicios corresponde al ITCR y no a FUNDATEC.**

El objeto de la Ley de Desarrollo Científico y Tecnológico es que las fundaciones constituyan una plataforma tal que permita la mejora y agilidad

en la venta de bienes y servicios producidos por la universidad, distinta es la actividad de adquisición de los insumos que la universidad requiere para producir esos bienes y servicios (instalaciones, personal, materiales, etc.) los que debe adquirir por sí misma, y no puede trasladar su actividad de contratación administrativa a una entidad de derecho privado que no está legalmente autorizada para tales efectos. De nuevo es fundamental recordar que lo que FUNDATEC recauda o administra son fondos públicos, pues independientemente de la vía por la cual ingresan a su administración, su origen es evidentemente público y su destino específico, señalado por ley; amén del hecho de que el texto de ley es sumamente claro en el sentido de que “Se deberá establecer un procedimiento para que los recursos recaudados por venta de servicios sean trasladados en forma ágil y efectiva a los propios entes de investigación que los generaron, con el propósito de asegurar la disponibilidad oportuna de estos fondos y la continuidad de las actividades científicas y tecnológicas”.

**Sexto:** Que esta asesoría se aparta del criterio emanado en el AL362-10 y considera que a pesar de existir un antecedente de reconocimiento a una ex funcionaria de la FUNDATEC, este pudo originarse por un error de derecho en la interpretación del artículo 23 que hiciera en ese entonces la Junta de Relaciones laborales, en tanto que no son extensibles a los servidores que laboran en la Fundación Universitaria los beneficios otorgados por la de Ley de Salarios de la Administración Pública donde se utilizó el término “Sector Público”.(ver artículo 111 incisos 1.2. LGAP).

Con respecto a la jurisprudencia laboral, y a manera de ilustración, es del caso hacer mención de la sentencia de la Sala Segunda de la Corte N° 34 de 9:40 hrs. del 5 de marzo de 1993 (citada por la N° 269 de 9:30 hrs. del 16 de setiembre de 1994, que: constituye una verdadera pieza jurídica sobre el tema del reconocimiento de la antigüedad en sus diversas manifestaciones, y donde también se hace referencia a la evolución jurisprudencial ocurrida en ese campo).

En una parte del fallo citado de primero, podría decirse que se condensa lo expuesto hasta ahora en el presente estudio, al sostenerse allí que: "...originalmente el reconocimiento de la antigüedad se hizo aplicando la figura del ESTADO PATRONO UNICO, pero con no poca debilidad, sobre todo, pensando en el **principio de la unidad estatal** como patrono y en algunos casos, relacionándolo con la otra teoría de la relación estatutaria, fundamentada esta última en el artículo 191 de la Constitución Política...no cabe duda, que el reconocimiento de la antigüedad en cuanto a la prestación de servicios para el Estado y sus instituciones ha venido avanzando en cuanto a los derechos respecto de los que se hacía el correspondiente reconocimiento, a saber, vacaciones, aguinaldo, preaviso, auxilio de cesantía, aumentos anuales, jubilaciones y pensiones; ..." **(El destacado es nuestro).**

De lo anteriormente expuesto, resulta claro que la idea que siempre ha privado, y que se desprende tanto de la normativa escrita, como de la doctrina patria y jurisprudencia que la informan, ha sido la del reconocimiento de la antigüedad en el servicio público -para efecto de aumentos anuales- **única-mente por servicios prestados en el ámbito del sector público estatal. (El destacado es nuestro).**

De ahí que si bien en el texto del inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública se utilizó el término "Sector Público", deba necesariamente entenderse que el legislador, siendo consecuente con los antecedentes a que se ha hecho referencia, lo que tuvo en mente, también de ahí que resulte del todo irrazonable que una prestación de servicios anterior, donde la contraprestación fue cubierta con fondos estatales, genere una obligación -en lo que aquí interesa, el pago de aumentos por antigüedad- para un nuevo organismo patronal que lo que maneja son fondos no estatales. Y lo mismo ocurre a la inversa, o sea, **cuando el servidor pasa de un ente público no estatal a uno estatal, pues allí también tendrían que destinarse fondos estatales para hacer frente a obligaciones salariales derivadas de una prestación de servicios que había sido remunerada con fondos totalmente ajenos a los**

**que manejan las instituciones estatales. "(lo resaltado es nuestro).**

**Así las cosas es que esta Asesoría llega al convencimiento que no es dable el reconocimiento por concepto de antigüedad de tiempo laborado por algunos trabajadores en la FUNDATEC, en tanto los servidores que ahí laboran no pueden ser considerados como funcionarios públicos, porque no les es posible aplicar el "principio de la Unidad Estatal o patrono Único, esto debido a la naturaleza funcional de la FUNDATEC, aun cuando su origen lo fuera por acto de voluntad de un ente público autónomo como lo es" el Instituto Tecnológico de Costa Rica.**

**De igual manera, la interpretación del artículo 23 de la Segunda Convención Colectiva y sus reformas, no puede ser tan excesiva, como para indicar la existencia de un ente Fundacional de naturaleza pública, donde la ley no lo ha creado ni reconocido, y hacerlo sería incluso inconstitucional por violación al principio de legalidad ya que no hay que perder de vista que las estipulaciones y regulaciones del Código de Trabajo son de orden público y al mismo tiempo quedan sometidas a la ley ordinaria en lo conducente ( Oscar Bautista Vivas-pág. 22 Convenciones colectivas de trabajo en el sector público).**

**Por último, quienes ahí laboran no se les puede exigir las mismas condiciones ni aplicar los derechos y obligaciones que al funcionario público ordinario pues no están amparados en la ley General de la Administración Pública, esta es una diferencia sustancial y la misma ley los excluye.**

**SEGUNDO:** La Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico, Número 7169 establece en los artículos 94 y 95:

**"ARTICULO 94.-** Las instituciones de educación superior universitaria estatal quedan habilitadas y autorizadas para la venta de bienes y servicios ligados a los proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales. Para mejorar y agilizar la venta de bienes y servicios, dichas instituciones también quedan habilitadas y autorizadas para crear fundaciones y empresas auxiliares.

**ARTICULO 95.-** Se deberá establecer un procedimiento para que los recursos recaudados por venta de servicios sean trasladados en forma ágil y efectiva a los propios entes de investigación que los generaron, con el propósito de asegurar la disponibilidad oportuna de estos fondos y la continuidad de las actividades 1308-2011 científicas y tecnológicas. Cuando se trate de la venta de servicios en los centros universitarios, los fondos se invertirán según el criterio de las autoridades universitarias, sin detrimento alguno de la autonomía que los caracteriza.” (El subrayado no pertenece al original)

**TERCERO:** Sobre el desarrollo realizado por las Fundaciones Universitarias ya se han externado varios criterios de parte de la Asesoría Legal, como lo es el AL-396-2008 y, el AL-362-2010, así como la interpretación al artículo 23 realizada por la MSc Grettel Ortiz Álvarez, Directora en esa época de la Oficina de Asesoría Legal, realizada en el año 2011.

**CUARTO:** En Costa Rica, la normativa general que rige a las fundaciones es la Ley No. 5338 del 28 de agosto de 1973, publicada en La Gaceta No. 170 del día primero de setiembre de 1973.

Existe la creencia o práctica administrativa de considerar que como algunas de las Fundaciones por años han sido utilizadas en Costa Rica para la administración de fondos públicos, esta actividad las convierte por si solo en Fundaciones Públicas, que si bien ayudan paralelamente en la función administrativa para la administración de recursos, son órganos paralelos en dicha función pero con una naturaleza originaria diferente, por lo tanto no puede concluirse que al crearse una Fundación como un ente colaborador en una determinada actividad, es en razón de esa actividad que el acto de creación se modifica y por eso ya es ente público, todo ello es incorrecto por las siguientes razones:

- Las fundaciones en Costa Rica son entidades no gubernamentales, la razón por las cuales han sido creadas inicialmente es para coadyuvar en el manejo de fondos públicos en tanto al ser entes privados regulados por ley especial, tienen facilidades o mayor flexibilidad para contratar bienes y servicios sin pasar por los rigores de la contratación administrativa.
- La Ley de Fundaciones costarricense no indica expresamente si **el Estado** puede o no constituir fundaciones, pues el art. 2 de ese cuerpo normativo se limita a señalar que “El fundador puede ser una persona física o jurídica, nacional o extranjera”, sin esclarecer si quedan incluidas o no las personas públicas. No obstante, se ha interpretado que la norma se refiere únicamente a personas de Derecho Privado y que la creación de una fundación por parte de una entidad pública requiere de norma legal expresa que así lo autorice.

Si en Costa Rica se permitieran las fundaciones públicas, éstas podrían caracterizarse como “Fundaciones del Estado “y debe existir necesariamente una ley que las origine con ese nombre y para fines meramente públicos. En el caso que nos ocupa, las fundaciones creadas dentro del Sector Universitario, están muy lejos de ser consideradas fundaciones públicas, en razón de que el acto que les dio origen está fundado en el Derecho Civil y la ley que las regula proviene de la rama del derecho Privado.” Ley de Fundaciones “-

**QUINTO:** En el voto de la Sala Constitucional Numero 2012-2009215 dentro del expediente 11-007916-0007-CO, que fue una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el ITCR, en contra de la Contraloría General de la República, en el punto 4 de los considerandos, se puede leer el criterio vertido por la representante de la Contraloría General de la República Martha Eugenia Acosta Zú-

ñiga en su condición de subcontralora que en acápite 4.1.a) referido a la actividad realizada por la Contraloría respecto del control hecho a las Universidades, y explica con claridad meridiana:

“Afirma la Subcontralora que la labor de la Contraloría en relación con la fiscalización de fondos públicos es transversal respecto de todos los entes, órganos y empresas públicas e incluso sujetos privados que acorde con la ley manejan fondos públicos, sin que estorben a esa labor las autonomías o ámbitos funcionales especiales de competencias. Desde tal perspectiva está claro que no existe ninguna afectación del núcleo duro de la autonomía pues lo único a que llega la contraloría es a garantizar a la ciudadanía el buen uso de los fondos públicos que se trasladan a aquellas...”

Como bien se puede apreciar, es potestad de la Contraloría fiscalizar el uso de los fondos públicos, no solo a los propios entes públicos como lo es la Universidad, sino también los sujetos privados que también los manejan, caso concreto las fundaciones Universitarias.

**SEXTO:** Clarificado el origen privado de las fundaciones como la Fundatec, es necesario también aclarar por qué razón no es posible reconocer los años servidos de aquellos funcionarios que han prestado servicios en aquella, o la Federación de estudiantes FEITEC.

La “anualidad” es un reconocimiento salarial adicional al salario base, como un reconocimiento por el buen desempeño laboral del empleado público. Inicialmente para poder obtener dicho porcentaje se exigía la evaluación del desempeño del funcionario administrativo. Hoy día este reconocimiento o plus salarial se aplica automáticamente a favor de los funcionarios que se ha venido desempeñando continuamente y anualmente bajo el mandato de un ente u órgano administrativo. La característica principal es que solo en los trabajos desarrollados en instituciones de naturaleza pública es aplicable el

pago de este plus salarial, dado que el sector privado no reconoce su aplicación.

El estar bajo las órdenes de un mismo patrono- Estado- y sus diversas descentralizaciones u desconcentraciones- es que procede el reconocimiento inmediato de esta antigüedad o anualidad, todo ello porque se considera al Estado como un patrono único.

**SEPTIMO:** En la Ley No. 2166 de 09 de octubre de 1957 y sus reformas, el artículo 5 dispone cuando procede el pago de anualidades en el sector público a saber:

Artículo 5.- (\*) De conformidad con esta escala de sueldos, cada categoría tendrá aumentos o pasos, (hasta un total de treinta) (\*) Anulada, de acuerdo con los montos señalados en el artículo 4° anterior, hasta llegar al sueldo máximo, que será la suma del salario base más los (treinta) (\*) Anulada 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. (\*) La frase "hasta un total de treinta" y la palabra "treinta" del presente artículo han sido anuladas mediante Voto No. 15460-08 de las 15:06 horas del 15 de octubre del 2008 a la Acción No. 07- 008650-0007-CO. BJ# 210 de 30 de octubre del 2008. (\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6408 de 14 de marzo de 1980.

En el caso del sector privado hay que entrar a analizar cómo son las obligaciones del ente fundador respecto de las personas que laboran en el desarrollo de sus actividades ordinarias.

La contratación del personal, la hace quien en ese momento tiene la representación legal de la Fundación, y no se hace vía concurso de antecedentes. Normalmente la contratación está fundamentada en el principio de la voluntad de las partes y de libertad contractual y se rige por los elementos y principios del derecho del Trabajo. De igual manera la relación entre las partes puede nacer por medio del contrato por servicios profesionales, pero este ya se aparta del derecho laboral por considerarse como un contrato de tipo comercial; en ambos no se habla de plazas ni de interinazgo.

La relación laboral ordinaria, tiene las mismas garantías del Seguro Social, cuotas del Banco Popular, y fondo de pensiones, pero quien aparece como patrono responsable es precisamente la persona jurídica colectiva llamada Fundación.

El trabajador se debe y obedece las órdenes de un patrono definido, todas las consecuencias del contrato se rigen por el Código de Trabajo y no por la Ley General de la Administración Pública. Es en razón de esta situación particular que la persona que labora en la fundación se llama personas trabajadoras artículo 2 Código de Trabajo, mientras que quien labora para el Estado, se denomina Funcionario público, servidor público o agente público y su relación es de "servicio" según lo establece el artículo 111 de la LGAP.

## **SE ACUERDA:**

Interpretar el artículo 23 de la Segunda Convención Colectiva de Trabajo y sus Reformas, en el entendido de que, no corresponde hacer un pago de anualidades a las personas funcionarias que hayan trabajado en fundaciones del sector.

### **a. ACUERDO FIRME Y UNÁNIME**

**Aprobado en la Sesión Extraordinaria No. 07-2020 de la Junta de Relaciones Laborales, Artículo 1, celebrada el 24 de febrero de 2020.**