

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE LICENCIADO
EN DERECHO**

**CONTRATOS POR SERVICIOS PROFESIONALES EN EL
SECTOR PÚBLICO. UN ACERCAMIENTO
JURISPRUDENCIAL**

SANTIAGO UGALDE CASTILLO

A04239

CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO

ABRIL 2013



04 de abril del 2013
FD-AI-0507-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

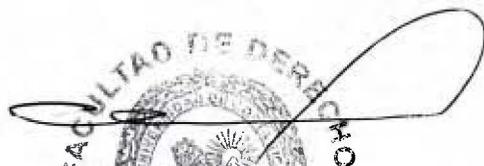
Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): **Santiago Ugalde Castillo**, carné **A04239**, denominado: **"Contratos por servicios profesionales en el sector público. Un acercamiento jurisprudencial"**, fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILDES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Álvaro Mora Espinoza
Presidente	MSc. Julia Varela Araya
Secretaria	MSc. Iván Salas Leitón
Miembro	Dr. Alexander Godínez Vargas
Miembro	MSc. Cristina Víquez Cerdas

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **16 de abril del 2013**, a las **06:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el 5º Piso de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.


Andrés Montejo Morales
DIRECTOR

1 de Abril del 2012

Dr. Andrés Montejo Morales
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Me permito comunicarle que he revisado la investigación y propuesta, que como trabajo final de graduación presenta el egresado Santiago Ugalde Castillo, carne universitario A04239 cuyo título es "Contratos por Servicios Profesionales en el Sector Público. Un Acercamiento Jurisprudencial".

En mi condición de director de dicha tesis, le he dado la aprobación respectiva para que el estudiante pueda realizar la defensa pública correspondiente cumpliendo con los requisitos de forma y de fondo necesarios para ello; destacando que el trabajo citado constituye un esfuerzo por aportar en la Investigación del Derecho laboral y Administrativo, particularmente en materia de aplicación de contratos por servicios profesionales en el sector público, con la finalidad de establecer una correcta forma de aplicación de dicho contrato en el sector público y así evitar que el Estado pueda incurrir en fraude de ley a la hora de ejecutar estos contratos.

Cordialmente


Dr. Alvaro Mora Espinoza
Director de tesis

3 de Abril del 2013

Dr. Andrés Montejo Morales
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Por este medio me permito comunicarle que he leído y analizado el Trabajo Final de Graduación del estudiante Santiago Ugalde Castillo, carné universitario A04239, denominado “Contratos por Servicios Profesionales en el Sector Público. Un Acercamiento Jurisprudencial.” El mismo cumple con los requisitos establecidos en cuanto a forma y fondo.

En vista de lo anterior, doy mi aprobación,

Suscribo cordialmente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and flourishes, positioned above a horizontal line.

Master Julia Varela Araya
Lectora

3 de Abril del 2013

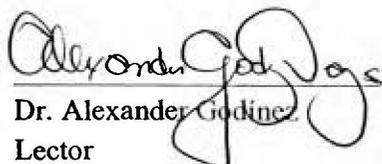
Dr. Andrés Montejo Morales
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Por este medio me permito comunicarle que he leído y analizado el Trabajo Final de Graduación del estudiante Santiago Ugalde Castillo, carne universitario A04239, denominado "Contratos por Servicios Profesionales en el Sector Público. Un Acercamiento Jurisprudencial." El mismo cumple con los requisitos establecidos en cuanto a forma y fondo.

En vista de lo anterior, doy mi aprobación,

Suscribo cordialmente,


Dr. Alexander Godínez
Lector

LICDA. ELVIA FERNÁNDEZ MORALES
FILÓLOGA UCR
SAN RAMÓN, ALAJUELA TEL. 2-447 1581 8-825- 3794
C.2312338 COL. LIC. Y PROF

CONSTANCIA DE REVISIÓN FILOLÓGICA DE TESIS

La suscrita, Licenciada en Filología Española **ELVIA FERNÁNDEZ MORALES**, hace constar que efectuó la revisión filológica del documento **“CONTRATOS POR SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PÚBLICO. UN ACERCAMIENTO JURISPRUDENCIAL”**.

Dicho documento consiste en una Tesis de Grado, requisito para optar por el título de **Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho**. El postulante es **Santiago Ugalde Castillo**, carné **A 04239**.

Al respecto, indica que luego de efectuadas las correcciones necesarias, dicho documento se encuentra listo para su presentación y disertación, pues se ajusta a las normas gramaticales y ortográficas establecidas y a la modalidad de discurso, correspondiente a su especialidad.

Dado en San José, Costa Rica, el trece de abril de dos mil trece, a solicitud del interesado y para los efectos administrativos pertinentes.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
TÍTULO PRIMERO: CÓMO FUNCIONA LA RELACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO	
<u>CAPÍTULO I: RÉGIMEN ESTATUTARIO CONSTITUCIONAL</u>	
A-ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE SU CREACION.....	8
B- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	12
C- DEFINICIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO. EXCEPCIONES.....	13
SECCION I: LA RELACIÓN EMPLEO PÚBLICO.....	
A-NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN.-	
1- NIVEL DOCTRINARIO:	
1-a) TEORÍA DE LA RELACIÓN UNILATERAL, AUTORITARIA O CONTRACTUAL.-.....	14
1-b) TEORÍA DE LA RELACIÓN CONTRACTUALISTA: NATURALEZA CONTRACTUAL DEL DERECHO CIVIL.-	15
1-b-1) EN RELACIÓN CON LOS SUJETOS.....	16
1-b-2) EN RELACIÓN CON EL OBJETO.....	17
1-b-3) EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO.....	18
B- NIVEL JURISPRUDENCIAL.....	19
<u>SECCION II: CONTRATO PÚBLICO Y SUS ALCANCES.-</u>	
A-CONTRATO PÚBLICO: DEFINICIÓN Y ALCANCES:	
B-PRINCIPIOS Y ELEMENTOS:.....	21
C-FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO:.....	22
<u>SECCION III: ORDENAMIENTO JURÍDICO GENERAL RELACIONADO CON LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.-</u>	

A-ORDENAMIENTO JURÍDICO EN GENERAL.-	22
B-PRINCIPALES INSTRUMENTOS JURÍDICOS.....	23
C-PROCEDIMIENTOS QUE DAN LUGAR A LOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	27
<u>CAPÍTULO II: RESPECTO DEL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES. RESPONSABILIDAD ESTATAL ANTE ENCUBRIMIENTO DE CONTRATO LABORAL.-</u>	
<u>SECCIÓN I: CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PRIVADO.-</u>	
A- CONCEPTO Y SU IMPORTANCIA.....	29
B: OBJETIVO DEL CONTRATO POR SERVICIOS EN EL SECTOR PRIVADO A DIFERENCIA DEL SECTOR PÚBLICO.	30
<u>SECCIÓN II: CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PÚBLICO.-</u>	
CARACTERIZACIÓN.-	
A- NATURALEZA DE ÉSTE CONTRATO:.....	32
B- CONCEPTO DEL CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES.....	34
<u>SECCIÓN III: PROCEDIMIENTOS PARA CONTRATACIÓN POR SERVICIOS PROFESIONALES EN ESTE SECTOR.-</u>	
A-LICITACIÓN PÚBLICA.....	36
B-CONTRATACIÓN DIRECTA	38
C-OBJETIVO DEL ESTADO PARA CONTRATAR POR SERVICIOS PROFESIONALES.-	39
<u>SECCIÓN IV: ELEMENTOS PRAGMÁTICOS DEL CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES VÍA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.....</u>	
A-UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN POR SERVICIOS EN NECESIDADES PERMANENTES.....	43
B-PROHIBICIÓN DE FRAGMENTACIÓN DE AQUISICION DE BIENES Y SERVICIOS.....	44
C-DIFERENCIA ENTRE CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES Y CONTRATO ADMINISTRATIVO A SUELDO FIJO	46
D-CONTRATO ADMINISTRATIVO POR SERVICIOS PROFESIONALES DEBE SER CONCRETO	47

E-CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES ES EXCEPCIONAL.....	47
F-CASO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE EMERGENCIAS Y EL HOSPITAL CALDERÓN GUARDIA.....	48

TÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO ANTE EL ESTADO COMO EMPLEADOR.

CAPÍTULO I: ELEMENTOS EN EL CÓDIGO DE TRABAJO.

SECCIÓN	I: CARÁCTER
PERSONALÍSIMO.....	51
SECCIÓN II: REMUNERACIÓN	52
SECCION	III:
SUBORDINACIÓN.....	52
A-DEFINICIÓN.....	52
B- ELEMENTOS DE SUBORDINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.....	56
SECCIÓN IV: ALGUNOS ELEMENTOS MAS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA	59
SECCIÓN V: BENEFICIOS IRRENUNCIABLES DEL CONTRATO DE TRABAJO. PRINCIPIOS QUE LO PROTEGEN.	
A-SEGURIDAD SOCIAL, VACACIONES ANUALES REMUNERADAS, SALARIO MÍNIMO, JORNADA DE TRABAJO Y OTROS.-	60
B-PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS EN LA LEGISLACIÓN DE TRABAJO	61
<u>CAPÍTULO II: PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS PÚBLICOS POR SERVICIOS PROFESIONALES.-</u>	
SECCIÓN I: CASOS FRONTERA O ZONAS GRISES DE LAS RELACIONES DE TRABAJO	63
A-PRESUNCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO. IURIS TAMTUM	68
SECCIÓN II: PRINCIPIOS PARA ACLARAR DICHA PRESUNCIÓN:	
1-PRINCIPIO CONTRATO REALIDAD	69

SECCIÓN III: RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO QUE ENCUBREN CONTRATOS DE TRABAJO.....	70
A-ELEMENTOS COMUNES QUE IDENTIFICAN LAS RELACIONES LABORALES EXTRAÍDOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA.....	72
B-RELACIONES LABORALES ENCUBIERTAS. LOS ELEMENTOS SEÑALADOS POR LA OIT PARA ESCLARECER CUANDO HAY RELACIÓN DE TRABAJO.-.....	74
C-OTROS CASOS ESPECIALES QUE CONTEMPLA LA JURISPRUDENCIA QUE AYUDA A ESCLARECER ESTE TIPO DE RELACIONES LABORALES.....	76
1-AL MARGEN DE LA NORMATIVA UTILIZADA, NOMBRE Y DURACIÓN DADA AL CONTRATO, ES LABORAL SI SE REÚNEN LOS ELEMENTOS.-.....	76
2-CASOS EN QUE EL TRABAJADOR INTERESADO PREFERE EL CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES Y NO EL LABORAL. SE DA EL ELEMENTO DE PAGO POR HONORARIOS.-.....	77
3-LA CONTRATACIÓN CONTÍNUA Y CONSECUTIVA AUNQUE SEAN EN VARIOS CONTRATOS, NO PUEDE DESLEGITIMIZAR SUS DERECHOS SI EXISTIERON LOS ELEMENTOS DE UNA RELACIÓN LABORAL.-.....	79
4-INTENTO DE DESVIRTUAR EL ELEMENTO DE PRESTACIÓN PERSONAL. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. REQUISITOS DE PATRONOS PARA CONTRATAR.....	80
5-CASO PARTICULAR DEL TRABAJADOR EN EL INSTITUTO NACIONAL DE APRENDIZAJE (INA): ACTOS QUE LESIONEN INTERESES DEL TRABAJADOR. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONTRATO REALIDAD.-.....	82
6-CASO DEL TRABAJADOR EN LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL (C.C.S.S.): ACTOS QUE LESIONEN INTERESES DEL TRABAJADOR. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONTRATO REALIDAD.-.....	85
7-CASO DE LOS PROFESIONALES EN DERECHO:	88
8- CASO DE OBJETO DEL CONTRATO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DE UNA RELACIÓN LABORAL CON UNA DE SERVICIOS PROFESIONALES.....	89

CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD ESTATAL ANTE EL FRAUDE DE LEY. POSIBLES CONSECUENCIAS PENALES-LABORALES.-

SECCIÓN I: RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, DE LOS FUNCIONARIOS Y DE LOS PARTICULARES:

A-ADMINISTRACIÓN:.....	95
B-FUNCIONARIOS:.....	95

C-PARTICULARES.....	96
SECCIÓN II: RESPONSABILIDAD ESTATAL ANTE SUS CONDUCTAS ADMINISTRATIVAS. POSIBLES CONSECUENCIAS PENALES-LABORALES.....	96
A- ANTE EL FRAUDE DE LEY.....	100
B-FRAUDE DE LEY TRIBUTARIO.....	100
C-INFRACCIÓN A LA LEY DE TRABAJO.....	100
<u>CAPITULO V: ELEMENTOS COMUNES Y DIFERENCIADORES DE LOS CONTRATOS LABORAL Y DE SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PÚBLICO.-</u>	
<u>SECCIÓN I: CONTRATO DE TRABAJO</u>	
A- VENTAJAS:.....	101
B-DESVENTAJAS.....	102
<u>SECCIÓN II: CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES:</u>	
A-VENTAJAS.....	102
B-DESVENTAJAS.....	103
<u>SECCIÓN III: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE AMBOS.-</u>	
A-DIFERENCIAS.....	104
B-SEMEJANZAS.....	105
CONCLUSIONES.....	106
BIBLIOGRAFÍA.....	119
ANEXO.....	126

RESUMEN

Los servicios profesionales y su contratación han experimentado una tendencia creciente dirigida hacia necesidades empresariales innovadoras que tienen como fin la disminución de costos a la hora de contratar en el sector público o privado y, a la vez, aumentar la eficiencia en el mercado donde se desenvuelven por diferentes fines u objetivos.

Este contrato materializa un mecanismo comercial por el cual se pactan en forma externa algunos servicios con el fin de que sean ejecutados por personal externo a la empresa o entidad pública contratante. El mismo ofrece a las instituciones, tanto públicas como privadas, evitar mucho del manejo del personal, así como cuotas para la Caja Costarricense de Seguro Social, póliza de riesgos del INS, anualidades y otros.

Durante el desarrollo de este trabajo final de graduación expusimos el contenido de este contrato por servicios profesionales, desde diferentes vertientes jurídicas, sea la privada regulada por el derecho laboral; y la teoría del derecho público o estatutaria como se le conoce en doctrina. Además, se abordó este contrato y su evolución vía jurisprudencial, tanto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia Costarricense como de la Contraloría General de la República.

HIPÓTESIS:

Se planteó como hipótesis que en materia de contratación por servicios profesionales, en instituciones estatales regidas por el derecho público, se observa una carencia en la delimitación y en la aplicación de estos contratos por servicios profesionales. Que en los casos prácticos analizados encontramos una mezcla de elementos propios de dos contratos diferentes como los son el contrato típico laboral y el contrato por servicios profesionales, específicamente en nuestro sector público donde se manejan ambos contratos definidos legalmente en el papel pero no en su aplicación en la realidad. Consecuencia de lo anterior, el Estado podría estar incurriendo en responsabilidades como la evasión del pago de cargas sociales y derechos como preaviso y cesantía, en caso de un contrato laboral; o bien, en caso de los contratos por servicios profesionales, podría

someter a su contratando a responsabilidades de subordinación, sujeción a la prestación del servicio personal y remuneración por medio de salario a un profesional que fue contratado con un objeto contractual enmarcado dentro del contrato por servicios profesionales. De comprobarse este comportamiento del Estado-empleador, no estarían actuando bajo el principio de legalidad y con ello derivar posibles consecuencias sancionatorias para él mismo, como las consecuencias del fraude ley en la Ley de Enriquecimiento Ilícito.

OBJETIVO GENERAL:

Se planteó como objetivo general de la investigación definir de manera actualizada, el contrato por servicios profesionales y el contrato laboral en el sector público, mediante criterios jurisprudenciales extraídos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica hasta el 2013, y así establecer criterios diferenciadores del trabajo como profesional liberal con respecto al trabajo dependiente que se indica en la hipótesis. Lo anterior mediante un trabajo de investigación para el análisis concreto de casos. También con este trabajo se va a obtener una recopilación contemporánea de la regulación del contrato por servicios profesionales, como una manera de desmitificar la creencia de que este contrato es una puerta legal para escaparse del pago de cargas sociales y demás derechos y deberes que se contemplan en el ámbito del derecho laboral. De esta manera proponer en el ámbito estatal una correcta utilización de los contratos por servicios profesionales, apegada a la protección y legalidad de los verdaderos contratos laborales, contribuyendo a la eficiencia estatal.

Conclusiones más importantes:

Esta tesis no intentó desacreditar los contratos por servicios profesionales, pues este es un contrato utilizado en el país en el sector estatal como se va a demostrar en la jurisprudencia revisada, sino que se concluye indicando la vía correcta para su aplicación y

efectos, evitando la desnaturalización del mismo, indicando su correcta aplicación por parte del Estado.

Por medio del análisis de casos se concluye que los contratos por servicios profesionales pueden ser usados por el Estado en forma incorrecta, sea con una mezcla de elementos de una relación laboral con elementos propios de una relación con un profesional independiente, pero esto se endereza mediante la comprobación en cada caso en particular de los elementos del contrato laboral, sea la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, junto con un elemento más que es el objeto a contratar por el Estado.

Se concluye que de incurrir el Estado en estos comportamientos podría ser sancionado con las penas del fraude de ley contempladas en la Ley de Enriquecimiento Ilícito, en la Ley de Infracción a la Ley Laboral, así como las consecuencias tributarias de multas y suspensiones de su actividad comercial.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Ugalde Castillo, Santiago. Contratos por Servicios Profesionales en el Sector Público. Un Acercamiento Jurisprudencial. Tesis de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013. iv y 133.

Director: Dr. Alvaro Mora Espinoza

Palabras Clave: Contrato. Servicios Profesionales. Derecho Público. Empleo Público. Relación Estatutaria. Derecho Administrativo. Sector Público. Contrato Laboral. Contrato Público. Fraude de Ley.

INTRODUCCIÓN

Los servicios profesionales y su contratación han experimentado una tendencia creciente dirigida hacia necesidades empresariales innovadoras que tienen como fin la disminución de costos a la hora de contratar en el sector público o privado y, a la vez, aumentar la eficiencia en el mercado donde se desenvuelven por diferentes fines u objetivos.

Este contrato materializa un mecanismo comercial por el cual se contratan en forma externa algunos servicios con el fin de que sean ejecutados por personal externo a la empresa o entidad pública contratante. El mismo ofrece a las instituciones, tanto públicas como privadas, evitar mucho del manejo del personal, así como cuotas para la Caja Costarricense de Seguro Social, póliza de riesgos del INS, anualidades y otros.

Durante el desarrollo de este trabajo final de graduación se expondrá el contenido de este contrato por servicios profesionales desde diferentes vertientes jurídicas, sea la privada regulada por el derecho laboral y la teoría del derecho público o estatutaria como se le conoce en doctrina. Además, se abordará este contrato y su evolución vía jurisprudencial, tanto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia Costarricense como de la Contraloría General de la República.

Desde el punto de vista del Derecho laboral, se mencionará el tema de relaciones contractuales con fines de satisfacer un interés comercial o privado y como una manifestación de la externalización de actividades laborales; sin embargo, el enfoque de esta investigación se centrará en la perspectiva del Derecho público-laboral.

ZONAS GRISES

Se analizará cómo en algunos casos los contratos por servicios profesionales pueden ser usados por el Estado en forma incorrecta, sea con una

mezcla de elementos de una relación laboral con elementos propios de una relación con un profesional independiente.

A manera de contribución a la doctrina en esta materia, el presente trabajo de investigación propone un análisis de uno de los conceptos claves en la diferenciación del contrato de trabajo propiamente dicho con respecto a los contratos por servicios profesionales, sean los conceptos de “Zonas Grises” o “Casos Frontera”, conceptos que han sido tratados en la jurisprudencia, pero se avocará a fondo donde figuran partes contractuales públicas.

Este análisis de relaciones entre partes, será abordado, desde la perspectiva de derecho público laboral, definiendo qué elementos presuponen este tipo de relación, como lo son la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, junto con un elemento más que es el objeto a contratar por el Estado.

Esta tesis no intenta desacreditar los contratos por servicios profesionales, pues este es un contrato utilizado en el país en el sector estatal como se va a demostrar en la jurisprudencia revisada, sino que se procederá a indicar la vía correcta para su aplicación y efectos, evitando la desnaturalización del mismo. Se buscará aclarar su ejecución idónea en tutela de los intereses de las partes involucradas en la contratación pública, lo anterior en función de la seguridad jurídica que debe tener este contrato para sus contratantes, es decir, el saber a qué atenerse por parte de la Administración y del profesional o técnico involucrado. También se buscará aclarar no solo la protección del administrado contratado, sino también que la administración logre sus objetivos con estos contratos por servicios profesionales y con los contratos laborales públicos.

Así, el contrato laboral y el contrato por servicios profesionales deben proporcionar el efecto deseado por la Administración en relación con el objeto de la contratación y que las funciones que se contraten por estas figuras sean controladas y encaminadas por la figura de contratación correcta.

Esta investigación no intenta probar si el Estado tiene o no derechos para realizar contratos por servicios profesionales, porque sí cuenta con la normativa necesaria para hacerlo, sino que versará sobre la correcta utilización de los

mismos para evitar desnaturalizar “verdaderas” relaciones típicas laborales y el término “verdaderas” se refiere a que en algunos casos se reúnen los elementos de la relación típica de dependencia(Laboral), pero en el papel este contrato se denomina de servicios profesionales.

En esta investigación, se tratará el tema de los contratos por servicios profesionales desde un factor que menciona la Organización Internacional de Trabajo que en lo que interesa dice:

... es la tendencia a la utilización de nuevas técnicas de empleo debido a la descentralización productiva de las empresas que cada vez menos siente la necesidad de utilizar los contratos típicos laborales en sentido estricto, admitiendo pues la figura del arrendamiento de servicios como un recurso válido y legal en la contratación de servicios, sobre todo de personal con una determinada calificación profesional,¹

Este factor está presente en la contratación estatal como un medio legal para desplegar sus servicios, pero se establecerá la diferenciación correcta de qué funciones y objetos de contratación serían susceptibles de contratar por este medio, sin incurrir en fraude de ley al contratarse por otra vía no idónea legalmente(utilizando los medios y los elementos contractuales que ofrece la jurisprudencia en esta materia). También, en los casos prácticos que se analizarán, el Juez juega un papel muy importante al interpretar los hechos bajo el lente de principios como el de legalidad y de contrato realidad que son claves para la determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones entre contratantes ya sea laboral o por servicios profesionales.

HIPÓTESIS

En materia de contratación por servicios profesionales en instituciones estatales regidas por el derecho público, se observa una carencia en la delimitación

¹ Bolaños Céspedes Fernando. (2009). “La Relación de Trabajo” (campo de aplicación) Organización Internacional del Trabajo. Estudios nacionales 2001(Costa Rica). Recuperado de <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/costarica.pdf>.

y en la aplicación de los elementos de estos contratos. No es clara la aplicación de la autonomía, de la ejecución del contrato por objetivos o por labores remuneradas mediante honorarios, de los contratos no sujetos a subordinación ni a un horario establecido que son elementos propios del contrato por servicios profesionales. En los casos prácticos analizados se encuentra una mezcla de elementos propios de dos contratos diferentes como los son el contrato típico laboral y el contrato por servicios profesionales. Por lo anterior, en el sector público se manejan ambos contratos definidos legalmente en el papel pero no en su aplicación en la realidad según los casos seleccionados como muestra. El Estado como empleador podría incurrir en responsabilidades como la evasión del pago de cargas tributarias, sociales y derechos como preaviso y cesantía en caso de un contrato laboral, o bien, en caso de los contratos por servicios profesionales podría someter a su contratando a responsabilidades de subordinación, sujeción a la prestación del servicio personal y remuneración por medio de salario a un profesional que fue contratado con un objeto contractual enmarcado dentro del contrato por servicios profesionales. De comprobarse este comportamiento del Estado-empleador, no estaría utilizando correctamente el contrato por servicios y con ello posibles consecuencias sancionatorias para él mismo. Por lo anterior, existen elementos definidos por la Jurisprudencia como herramientas para dilucidar estas situaciones, sean el instituto de contrato realidad y principio de legalidad, para así definir la laboralidad de la relación, o bien la aplicación del contrato de servicios profesionales.

OBJETIVO GENERAL

Es objetivo general de la investigación es definir de manera actualizada, el contrato por servicios profesionales y el contrato laboral en el sector público, mediante criterios jurisprudenciales extraídos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica hasta el 2013, y así establecer criterios diferenciadores del trabajo como profesional liberal con respecto al trabajo dependiente que se indica en la hipótesis. Lo anterior mediante un trabajo de investigación para el análisis concreto de casos. También con este trabajo se va a

obtener una recopilación contemporánea de la regulación del contrato por servicios profesionales, como una manera de desmitificar la creencia de que este contrato es una puerta legal para escaparse del pago de cargas sociales y demás derechos y deberes que se contemplan en el ámbito del derecho laboral. De esta manera proponer en el ámbito estatal una correcta utilización de los contratos por servicios profesionales, apegada a la protección y legalidad de los verdaderos contratos laborales, contribuyendo a la eficiencia estatal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Son objetivos específicos de la investigación, los siguientes:

- 1- Realizar un análisis comparativo entre las ventajas y desventajas del contrato por servicios profesionales en el sector público desde dos perspectivas, desde la visión del trabajador y la del empleador-Estado.
- 2- Determinar las vías correctas de aplicación de los contratos por servicios profesionales, y así esclarecer las posibles zonas grises en los casos fronteras que analizaremos, evitando las posibles consecuencias del uso erróneo de esta figura de contratación.
- 3- Establecer con claridad la responsabilidad estatal patronal, así como las posibles sanciones como patrono que se le puedan imputar al incurrir en el uso incorrecto del contrato de servicios profesionales.

MARCO TEÓRICO

Para este trabajo final de graduación se ha analizado el concepto de los contratos laborales y de los contratos por servicios profesionales desde varias perspectivas, empezando por una definición extraída de la doctrina existente,

pasando por la normativa vigente en el derecho laboral y en el administrativo, complementadas con el estudio de aproximadamente unas treinta y ocho sentencias de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y algunas de la Sala Constitucional, en aplicación de casos en el sector público primordialmente y de casos referidos al sector privado pero que enuncian principios comunes para ambos campos del Derecho.

También, con base en lo anterior, se abre paso para adentrarse en el tema a investigar de los contratos por servicios profesionales y su aplicación en el sector público, para proporcionar una lista de labores o tareas competentes en las que se pueda aplicar el mismo en sintonía con los elementos que protegen a los intereses estatales y a los contratados públicos, sean técnicos o profesionales autónomos, independientes.

Con la riqueza de la jurisprudencia y su análisis de casos reales y actuales, se han evidenciado casos del sector público en instituciones como la Caja Costarricense de Seguro Social, Instituto Nacional de Aprendizaje, Instituto Nacional de Seguros, Ministerio de Educación y otros, de donde se han podido extraer indicios útiles para la diferenciación de ambos contratos y su naturaleza jurídica.

En el estado actual de este tema se encuentra doctrina escrita respecto a la conceptualización de los contratos por servicios profesionales, pero muy poco sobre su aplicación pragmática en el sector público.

Se encuentran varias tesis escritas que abordan el tema de manera indirecta, como el pago por los servicios profesionales, tesis escrita en el año 1999 y que analiza los diferentes tratos en el pago enfocado en la Universidad de Costa Rica. Existe otra tesis que se refiere a la internacionalización de los servicios profesionales², la que se enfoca a estos servicios en el marco del Tratado de Libre

² Bukule-Martínez, H.(2007) La internacionalidad de los servicios profesionales: análisis del anexo 11.9 del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana, referido a los servicios profesionales y las licencias temporales y estudio de derecho comparado entre los estados de Costa Rica y El Salvador. Tesis (licenciatura en derecho)-- Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San José, Costa Rica.

Comercio con Estados Unidos de Norteamérica. Otra tesis localizada versa sobre la normativa para el pago de gastos y servicios profesionales y complementos salariales³, pero conteniendo un enfoque más empresarial y económico que legal, misma situación en la que se encuentra el libro “El Marketing de Servicios Profesionales”⁴.

De la revisión del tema en su doctrina actual y revisión de citas bibliográficas extraídas de las diferentes bibliotecas de Universidades consultadas, se puede concluir que no ha sido tratado el tema en la forma que en se describe en este trabajo Final de Graduación.

Por otro lado, en materia de la legislación costarricense, existen normas legales que amparan esta materia de contratos por servicios profesionales, pero en el sector público, este contrato ha surgido por los procesos de flexibilización laboral que nacen de las necesidades estatales de mejoramiento del servicio de la Administración.

Respecto de la jurisprudencia, esta es la fuente esencial en el tema por desarrollar. Este análisis jurisprudencial está fundamentado en los casos difíciles de diferenciar entre la existencia de relación laboral o no, por la que la Sala Segunda fundamentalmente ha definido estos casos como “Zonas Grises” o “Casos Frontera”, y son explicados como situaciones que se encuentran fruto de la flexibilidad de las relaciones laborales donde se ha hecho propensa la utilización de los contratos por servicios profesionales en lugar de contrataciones de naturaleza laboral generando la necesidad de evidenciar ciertos factores para determinar la laboralidad de las relaciones de cada caso en concreto.

³ Lorenzo Rodríguez, L.(1996). Normativa para el pago de gastos y servicios profesionales y complementos salariales: proyecto / elaborado bajo la dirección de Luis Lorenzo Rodríguez. - Versión no.1. San José, Costa Rica. FUNDEVI.

⁴ Philip Kotler, Paul Bloom y Thomas Hayes(2004). El marketing de servicios profesionales. Barcelona: Paidós.

TÍTULO PRIMERO: CÓMO FUNCIONA LA RELACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

Es de vital importancia señalar que para el tema de esta tesis, se considera el análisis del comportamiento del Estado como patrono, toda vez que el mismo tiene su forma particular de tratar a los trabajadores que considera como públicos, y que tiene condiciones que contempló en una normativa aparte del derecho laboral. Así para el caso de los contratos por servicios profesionales, tiene sus procedimientos ya establecidos para contratar a dichos profesionales o técnicos, pero estos pactan con la administración desconociendo muchas de las normas que el Estado tiene disgregadas en varias leyes de Derecho Público y que es de interés de esta investigación acuñar para efectos de contratos públicos por servicios profesionales.

Pero antes de entrar con lo específico, es importante señalar los siguientes aspectos del contrato público, tales como la relación de empleo público y de contratos por servicios profesionales en el sector público y su vía idónea para generar efectos jurídicos que son la licitación y la contratación directa estatal.

CAPÍTULO I: RÉGIMEN ESTATUTARIO CONSTITUCIONAL

A-ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE SU CREACIÓN

La creación de un régimen jurídico que regule en forma efectiva las relaciones entre el Estado y servidores estuvo en la mente y en las intenciones de nuestros constituyentes. Históricamente se escribió en la Asamblea Nacional Constituyente la creación de este régimen y así se plasmó en el artículo 191 de nuestra Carta Magna. En lo que interesa dijo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica respecto a eso: *“Esto con el objetivo de la regulación mencionada fuera garantizado en nuestra norma fundamental con las garantías que se les otorga en nuestro ordenamiento jurídico”*.⁵

Se podría decir también que la carencia de un régimen de relaciones como el mencionado, violentaría lo dispuesto en los artículos 191 y 11 de nuestra Constitución.

Este régimen Administrativo tiene su base legal en la Ley de Estatuto del Servicio Civil, por esto, a la relación del Estado con sus servidores también se le conoce como Relación Estatutaria. Esta Ley estaba delimitada a la aplicación de las relaciones con los servidores públicos en general, pero se le ha criticado en su alcance a las relaciones de servicio entre los entes públicos menores.-También se le ha criticado a este Estatuto de Servicio Civil que deja por fuera alguno de los elementos de la relación de los servidores con el Estado, y así se ha manifestado por la Sala Constitucional, aclarando que se refiere al Estado centralizado, a diferencia de descentralizado:

⁵ *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. número 4453, San José. 14:56 hrs. 24-05-2000.-*

*VII. Por una parte, la Ley que se emitió (Estatuto del Servicio Civil) tiene alcances parciales, ya que la iniciativa tomada por el Poder Ejecutivo al respecto solamente tuvo como propósito regular las relaciones con sus servidores, esto es, dentro de su ámbito competencial. Desde este ángulo de enfoque, se ha dejado por fuera la regulación de las relaciones de servicio entre los entes públicos menores, pues era algo en lo que no tenía interés el Ejecutivo, o simplemente no era lo que consideraba más urgente. Por otra parte, el Estatuto del Servicio Civil reguló apenas algunos de los aspectos de la relación de los servidores con el Estado como los relativos a derechos, deberes de los servidores, su selección, clasificación, promoción, traslados, disciplina y régimen de despido -entre los más importantes-, que evidentemente atañen a una de las preocupaciones expresadas en la Asamblea Nacional Constituyente, esto es, la que tiene relación con la idoneidad y la eficiencia del servicio, pero no tocó otros aspectos no menos importantes, como es el que subyace en el planteamiento de esta acción, es decir, la regulación del propio régimen económico de esa relación y el sometimiento de los otros entes administrativos al régimen laboral público. Este vacío, sin embargo, no autoriza utilizar mecanismos previstos para una relación privada, a una relación de empleo público que se debe regir por principios propios y diferentes.*⁶

Es de vital importancia señalar en este punto, que la creación de este régimen tiene como fin no solo regular las relaciones comunes de los servidores con el Estado, sino que también la regulación de lo referente al ámbito laboral de estas partes, mencionándose en la jurisprudencia de la Sala que se buscó lo regulado en el Código de Trabajo para la elaboración de este régimen, y en lo que interesa dijo:

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. número 4453. San José, 14:56. 24-05-2000.

VIII. No duda la Sala en señalar la existencia de un distinto ordenamiento jurídico a partir de 1949, no obstante que en muchos temas se dio reiteración de lo que a la fecha había venido rigiendo, porque a pesar de la parca redacción del artículo 191 y del Transitorio al artículo 140, inciso 2), ambos de la Constitución Política, el examen de las discusiones de esas normas nos permiten establecer que existe un mandato y no simple recomendación para aplicar a esa relación de empleo entre la administración pública y sus servidores, criterios propios o especiales. Conforme al transitorio de reiterada cita, debía la Asamblea Legislativa promulgar dentro del término del 8 de noviembre de mil novecientos cincuenta al 1 de junio de mil novecientos cincuenta y tres, la Ley de Servicio Civil que tendría como característica principal su aplicación paulatina en las oficinas de distinta naturaleza de la Administración Pública, lo cual -con evidencia- no fue cumplido a cabalidad, pero en todo caso, debe quedar claro que la confusión existente en la Asamblea Nacional Constituyente de utilizar y mencionar el Código de Trabajo en la Constitución lo era para establecer, de alguna forma, un parámetro normativo que rigiera el fin de la relación de trabajo y no como se ha querido entender, que sus principios y normas inspiran y rigen la relación entre el Estado y el servidor público.⁷

Se señala también en esta resolución de la Sala Constitucional, la intención de que se aplique en esta materia de regulación estatutaria, lo contenido en la Ley General de la Administración Pública, siendo que muchas veces imperan en la práctica los principios de las relaciones laborales privadas.

⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. número 4453. San José, 14:56 hrs. veinticuatro de mayo del dos mil.-

IX. Tampoco desconoce la Sala el hecho de que en 1978 la Ley General de la Administración Pública pretendió definir la relación entre los servidores públicos y la Administración, como regulada por el Derecho Administrativo (artículo 112.1). Pero nuevamente encontramos que se trata de un intento insuficiente para con esa sola declaración, barrer de la praxis jurídica, toda una tradición que aplica en mayor o menor medida un régimen más propio de las relaciones laborales privadas, en donde rigen principios tan flexibles como el de la autonomía de la voluntad, o el de derechos mínimos, mientras que la administración está sujeta por todo un bloque de legalidad (esta a su vez ordinaria y constitucional).⁸

Retomando entonces, son los artículos 191 y 192 de la Constitución Política los que fundamentan la existencia, en principio, de un régimen de empleo regido por el Derecho Público, dentro del sector público. Este régimen tiene sus implicaciones y sobre este tema la Sala Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

Este régimen de empleo público implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no solamente distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a éstos. Obviamente, la declaración contenida en esta sentencia abarca la relación de empleo que se da entre la administración (o mejor, administraciones) pública y sus servidores, más en aquellos sectores en que hay una regulación (racional) que remita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente.⁹

⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. número 4453. San José, 14:56 hrs del 24-05-2000.-

⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. número 4453. San José, 14:56 hrs del 24-05-2000.-

Asimismo, desde lo interno de este régimen de Administración Pública define los trabajadores excluidos de esta relación, y al respecto existe el pronunciamiento:

Así las cosas, el régimen es administrativo, estatutario, para los "servidores públicos", o sea, para quienes prestan 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; sin embargo, la propia Ley General de la Administración Pública establece que "las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 111, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos" (Ley General de la Administración Pública, artículo 112, inciso 2).¹⁰

B-PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio está contenido en el artículo 11 de la Constitución Política que dice expresamente:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley

¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. número 4453. San José, 14:56 hrs del 24-05-2000.-

*señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas*¹¹.

De lo anterior se extrae expresamente que los funcionarios públicos no pueden ejercer otras funciones que las que les están otorgadas por el ordenamiento y este no les otorga en ningún caso realizar actos contrarios a la Constitución. Se deduce de lo anterior que éste es el principio rector de todas las actuaciones de los funcionarios adscritos a este régimen y que el marco legal de actuación de los mismos está establecido en función de ajustarse a lo legal, tanto de naturaleza formal como sustancial, en el papel como en la práctica. Este principio también está regulado en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública que establece actos como válidos mientras no se acrediten hechos o circunstancias que los desvirtúen, esta es una presunción “iuris tantum” en el sector público. En esta presunción el patrono (Estado), tiene la carga de la prueba en caso de conflicto, y la misma debe ser clara y determinante.¹²

C-DEFINICIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO. EXCEPCIONES

Ahora bien, al ubicarse dentro del régimen estatutario, es importante retomar la definición de servidor público que se ha mencionado hasta el momento, misma que está definida de acuerdo con el inciso 1) del numeral 111 de la Ley General de la Administración Pública, se tiene que: *“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.”* Esta definición viene a reforzar el objetivo del legislador para que se regule esta relación dentro de un régimen jurídico público,

¹¹ Constitución Política de Costa Rica. Artículo 11. 1949.-

¹² *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 780. San José. 10:00. 12-10-2012.*

con su marco normativo propio, o bien, distinguir esa relación con una meramente laboral.

Mencionado en resoluciones anteriores, esta condición de servidor público tiene sus excepciones determinadas por ley y que están desarrolladas en la jurisprudencia como servidores que laboran para las empresas del Estado que al realizar sus funciones las realizan como entes privados, es decir que no realizan gestión pública.

SECCIÓN I: LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

A-NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN

1-NIVEL DOCTRINARIO

A este nivel se va a realizar un desglose inicial de la relación empleo público, alimentado con desarrollos importantes de la doctrina en torno a este tema que ha sido discutido, y es considerado uno de los temas clásicos del derecho del trabajo.

1-a) TEORÍA DE LA RELACIÓN UNILATERAL, AUTORITARIA O CONTRACTUAL

Es la teoría defendida principalmente por los estudiosos del Derecho Administrativo, concibe la relación del servidor público con la Administración, como una relación unilateral, expresada únicamente por la suprema manifestación de la voluntad del Estado que es la única capaz de generar una relación de carácter jurídico.

Apoyando a la teoría unilateral, además de la alegada supremacía de la Administración, se ha argumentado en forma conexa que no puede existir una igualdad contractual puesto que las voluntades en juego presentan intereses jurídicos contrapuestos o diferentes entre sí, sea la voluntad pública frente a la

voluntad privada o, dicho de otra forma, el interés público frente al interés particular, concepto que es conocido como potestad de imperio en el sector público.

También por parte de los defensores de la tesis, que sustenta esta teoría, se ha dicho que el contenido de la relación empleo público tiene una regulación legal particular o específica y esto se ha tratado en pronunciamientos, indicados en el título anterior, y por consiguiente, distintos del derecho laboral privado. De ahí que se deriva incluso que se le dé el nombre de relación estatutaria. Es entonces el Estatuto como instrumento legal, el medio a través del cual la Administración materializa las condiciones concretas mediante las cuales se regirán las relaciones con el servidor público, como se ha mencionado antes. La norma estatutaria tendrá un ámbito de aplicación específico o concreto, puesto que solamente podrá aplicarse a la relación jurídica que sirve de objeto.

Esa clara la delimitación de los ámbitos de aplicación de cada derecho y más específicamente, el encuadramiento de la relación empleo público dentro de la normativa administrativista, tiene su fundamentación en que esa relación es concebida como un instrumento al servicio de la eficacia de la administración que persigue como fin último dar satisfacción al interés público que está por sobre el interés particular o privado.

1-b) TEORÍA DE LA RELACIÓN CONTRACTUALISTA: NATURALEZA CONTRACTUAL DEL DERECHO CIVIL

La teoría de la relación contractual, se contrapone a la teoría Unilateral, porque parte del supuesto de que el elemento que da plena validez a la relación, es el acuerdo de voluntades que debe existir entre el servidor público y la Administración. De ese acuerdo surge la conformación de un contrato de prestación de servicios que no tiene diferencias en su naturaleza con el que se

configura en toda relación laboral común. El autor Martínez Abascal(1990)¹³ citado en la doctrina Costarricense, hace un análisis sumamente interesante y valioso para demostrar el factor de la “contractualización” de la relación empleo público, y para ello parte del hecho de que es una relación jurídica igual a las demás, y por consiguiente, está configurada por los tres elementos característicos según la doctrina civilista: sujeto, objeto y contenido.

En razón de lo indicado, se entrará en el análisis de cada uno de los elementos que configuran la relación dependiente para al final determinar si existen diferencias sustanciales entre el tratamiento que le dan las dos teorías en cuestión.

1-b-1) EN RELACION CON LOS SUJETOS

Con respecto a los sujetos, se deduce que la relación que configura el servidor público con la Administración, se caracteriza al igual que la del trabajador común, por los presupuestos de la remuneración, la ajenidad y la dependencia. Elementos como la **remuneración**, es un elemento de carácter fundamental que está presente en la relación empleo público, puesto que es deducible de toda lógica que el servidor no realiza su trabajo a título gratuito, sino que lo hace motivado por el salario que percibirá.

La **ajenidad**, sin lugar a ningún tipo de cuestionamiento en la relación empleo público, el servidor no hace suyos los frutos de su trabajo al no laborar por cuenta propia, sino que es la Administración la que percibe esos frutos en forma directa al igual que ocurre con el empresario o patrono. Bajo ese principio descansa el factor de la remuneración al cual se hizo referencia. Es decir trabaja por cuenta ajena.

Con respecto a la **dependencia**, debe ser entendida como una consecuencia de la ajenidad, y si aquella está presente en la relación empleo público también lo estará por conexión directa en ésta, máxime que además concurren una serie de

¹³ Vargas Hidalgo, R. y Vega Robert, R. (1990) “La relación empleo público y sus consecuencias prácticas en la Jurisprudencia Costarricense”, Ponencia, San José Costa Rica.

potestades que le son propias al empleador público. La posición de los administrativistas al respecto está sustentada en el argumento de que la dependencia va aparejada al marco del deber de dependencia del servidor, el cual se deriva de la supremacía especial que caracteriza a la Administración y a la que ya se hizo referencia.

Como una consecuencia de lo anterior, se puede concluir que la distinción que hace la doctrina administrativista entre el servidor público y el trabajador común en atención a los sujetos, es meramente formalista.

La calificación del contrato en la relación empleo, en función únicamente del derecho que le resulte aplicable, no es una posición aceptable ni compartida, puesto que en lo sustancial como ha quedado claro con la exposición anterior, se trata de una relación igual atendiendo a los presupuestos laborales que la configuran, y por supuesto, a la realidad social que la ley de ninguna manera por más que ley sea, puede transmutar.

1-b-2) EN RELACIÓN CON EL OBJETO

Está concebida la relación empleo público, desde la óptica del derecho administrativo, como el instrumento que dará satisfacción al fin del interés público que persigue la Administración en su gestión. Desde esa perspectiva la Administración es la consecución del interés público.

La visión laboralista respecto al objeto es que el mismo está constituido por la prestación de servicios retribuida del servidor público, sin que ello implique de ninguna manera, la negación del interés público que informa o justifica las acciones de la Administración que pretenden darle plena satisfacción. Este enfoque se amplía refiriéndose a dos planos jurídicos distintos pero interrelacionados: el interno, que es la prestación de servicios retribuida; el externo, que alude al interés público cuya finalidad específica es darle satisfacción. Existe también el criterio coincidente a nivel doctrinario, de que el objeto de la relación empleo público lo

constituye la relación de servicios y por tanto su comerciabilidad, esto es: la contratación de servicios profesionales a cambio de una remuneración económica que está perfectamente justificada.

1-b-3) EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO

En el mismo marco general de toda la relación jurídica, el contenido de la misma responde a la situación de poder y de deber de los sujetos que la componen.

La teoría administrativista se fundamenta en el paralelismo entre la relación laboral y la relación empleo público, es de carácter estructural y no afecta la conformación de deberes y poderes. Se argumenta en ese sentido, que en el empleo público se generan una serie de singularidades derivadas primordialmente del hecho de que el servidor tiene sus derechos subjetivos perfectos y debitados en atención al interés público tutelado por la Administración, así como otros derechos adicionales como el derecho al cargo y a la estabilidad laboral.

Sin embargo, esta base no ha sido acogida por la teoría contractualista, ya que en lo esencial ésta pregona que la singularidad de la relación empleo público y su contenido, no es un rasgo exclusivo de la misma. Efectivamente, hay casos específicos en la relación jurídica laboral, en que está presente ese rasgo de la singularidad, como lo sería el caso de las relaciones laborales de carácter especial.

En forma adicional se sostiene que, entre el contenido de ambas relaciones, la de empleo público y la laboral, es posible encontrar más semejanzas que diferencias en lo que atañe al conjunto de derechos y deberes. Ello se deriva de la circunstancia de que el interés público no solo estará presente en el caso de los servidores públicos, sino también en los que se refiere a los trabajadores que no gozan de tal condición, pero que son personas que prestan servicios a la Administración Pública, como en el caso de las empresas del Estado, sea el INS cuando vende seguros y otras.

Y para terminar con este apartado, se puede hacer una comparación entre la relación empleo público y su contenido, y una figura jurídico laboral, toda vez en el primer caso, es producto de una determinación unilateral por parte de la administración; igual situación ocurre con las relaciones jurídico laborales en las cuales se presenta la figura del contrato de adhesión.

B- NIVEL JURISPRUDENCIAL

De la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que fue objeto de análisis, se colige que impera la Teoría Unilateral con sus manifestaciones, visión y características. De dicha teoría quedan manifiestos conceptos claves como relación de empleo público o estatutaria, perspectiva de equivalencia de derechos, estado de sujeción y bien público, propios de esta teoría Unilateral como se cita a continuación:

Segunda: Partiendo de la conclusión inmediata anterior se reafirma, también, que la relación entre el Estado y los servidores públicos, como tesis de principio y con las salvedades que luego se dirán, es una relación llamada de empleo público o estatutaria, que como tal, está regulada por el Derecho Público; consecuentemente, no puede existir una relación de igualdad o de equivalencia entre las partes involucradas, como idealmente debiera suceder en la relación laboral de origen contractual, principalmente porque la Administración Pública representa un interés general, por la necesidad de la continuidad en la prestación de los servicios públicos y por las limitaciones que se imponen en las regulaciones presupuestarias. En otras palabras, el servidor del régimen de empleo público se encuentra con relación a la Administración, en un estado de sujeción; ella puede imponer unilateralmente las condiciones de la organización y prestación del servicio para garantizar el bien público, lo que elimina la posibilidad de que la relación sea considerada desde una perspectiva

de equivalencia de derechos susceptible de negociación entre las partes.¹⁴

Es decir y a manera de recapitulación acerca de lo dicho antes, estas teorías Unilateral, como contractualista ilustran un modus operandi de nuestra Administración, en materia de principios rectores de contratación, donde la encargada no tiene el espacio para negociar sus intereses o fines para contratar, la misma está sujeta a la satisfacción de los intereses estatales, debiendo el trabajador público, adecuarse a las condiciones pre establecidas y casi que adhesivas, a fin de sea contratado por el Estado.

¹⁴ *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Número 2000-04453. 14:56 hrs.24-05-2000. San José.-*

SECCIÓN II: CONTRATO PÚBLICO Y SUS ALCANCES

A-CONTRATO PÚBLICO: DEFINICIÓN Y ALCANCES

El contrato se define como un pacto entre dos o más personas que manifiestan su consentimiento en forma voluntaria, y cuando hablamos de contrato en el derecho público es lo mismo, un acuerdo de voluntades también sobre cosa y precio, de donde se generan derechos y obligaciones recíprocos pero regidas por el Derecho Administrativo Público. La contratación es utilizada por el Estado para satisfacer los fines públicos con participación de particulares.

Para citar un ejemplo de lo anterior, se puede citar el contrato de aprovisionamiento de bienes y servicios que se convierte en el instrumento legal y administrativo que usa la Administración y sus instituciones para proveerse externamente de los bienes y servicios que se requieren y que están en poder de las empresas o individuos particulares.

ALCANCES

Todo contrato es ley entre las partes que lo acuerden. Actúa en el mundo del derecho y los contratos del Estado son de carácter administrativo. Se debe cumplir o ejecutar de conformidad con lo que se pactó o se convino entre las partes. Es el instrumento base para las transacciones.

El Estado puede, de modo unilateral o porque así lo decide, modificar o rescindir el contrato que celebró con un particular y, en todos los contratos, debe mantener el equilibrio o ecuación financiera, para que ninguna de las partes salga perjudicada.

En la fase de ejecución de contrato, la Administración puede aplicar penalidades o sanciones financieras al contratista que incumple con los términos del mismo. Estas sanciones pueden ser multas, rescisión unilateral por parte del Estado, y declaratoria de contratista inconveniente para el Estado.

B-PRINCIPIOS Y ELEMENTOS

Son varios los principios que rigen para la tutela e interpretación de los contratos públicos, y podemos empezar por:

- Principio de continuidad y regularidad en la ejecución del mismo.
- Principio de Mutabilidad en el sentido que puede ser modificado por el interés público.
- Principio de Colaboración mutua entre el Estado y el particular.

Como elementos por los cuales se compone el contrato público podríamos citar:

- El sujeto: Constituido por las partes que concretan un negocio o acuerdo, sean las personas físicas o naturales y las personas jurídicas.
- La voluntad o consentimiento: Se conceptualiza como la capacidad del contratante, la competencia del órgano y la voluntad de realizar el acuerdo.
- El objeto: Es la razón de ser del contrato, su naturaleza y contenido.
- La causa: Es la identificación de la necesidad de llevar a cabo el contrato y el interés público que lo caracteriza.

C-FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

Esta formalización del contrato administrativo se perfecciona y tiene validez con el acuerdo entre las partes. Por ejemplo al quedar en firme la adjudicación de una licitación.

De acuerdo con la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 214. El procedimiento administrativo sirve para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respecto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

SECCIÓN III: ORDENAMIENTO JURÍDICO GENERAL RELACIONADO EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

A-ORDENAMIENTO JURÍDICO RESPECTO A LOS CONTRATOS QUE UTILIZA EL ESTADO

La contratación pública está regulada por el Derecho Público y se materializa en actos administrativos y contratos, que tiene como fin el interés de la colectividad o bien común y cumplir el principio de legalidad, comprendiendo tres aspectos básicos:

- El funcionamiento administrativo: Normas, competencia, deberes, responsabilidades y sistemas.
- La acción administrativa: actos administrativos, división del trabajo y los procesos.
- Relaciones con el administrado: Normas y reglas que regulan las relaciones.

B-PRINCIPALES INSTRUMENTOS JURÍDICOS

Esta actividad que se menciona, sea la actividad de contratación administrativa del Estado y sus instituciones, se somete a las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo. Seguidamente se resume lo que interesa a los contratos públicos en cada uno de los principales instrumentos jurídicos.

1- La Constitución Política

Es el principal instrumento jurídico del Estado, y como tal establece que el principio de legalidad es el que rige la Administración y la acción pública y crea las condiciones constitucionales para la formalización y ejecución de contratos públicos, según el siguiente detalle:

- Artículo 112: Define prohibiciones a los diputados para participar directa o indirectamente, o por representación, en los contratos del Estado y de sus instituciones, así como tener vinculaciones con empresas que contraten con el Estado.-
- Artículo 121: Establece que le corresponde a la Asamblea Legislativa dictar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República, aprobar o improbar los empréstitos o convenios que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo, contando con dos terceras partes del total de votos: En los presupuestos se incluyen las partidas para la compra de bienes y servicios que interesa contratar a las instituciones.
- Artículo 140: Define los deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente de la República y al respectivo Ministro de Gobierno, destacando entre otras:
 - Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento.

- Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas.
- Celebrar convenios y tratados públicos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Legislativa o por una Asamblea Constituyente, cuando dicha aprobación la exija la Constitución Política. Ejemplo: Contratos de préstamo.
- Rendir a la Asamblea Legislativa los informes que ésta solicite en uso de sus atribuciones.
- Enviar a la Asamblea Legislativa los proyectos de los presupuestos nacionales en la oportunidad y con los requisitos establecidos por la Constitución.
- Darse el reglamento que convenga para el régimen interior de los despachos y expedir los reglamentos y ordenanzas necesarias para la pronta ejecución de las leyes.
- Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el artículo 121, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.
- Artículo 176: Establece la figura constitucional del presupuesto de la República y lo define como el instrumentos legal para regular los ingresos y egresos del Estado y sus instituciones , dentro de los cuales se encuentra los presupuestos para la compra y venta de bienes y servicios.
- Artículo 182: Define el procedimiento que se tiene que aplicar para los contratos de ejecución de obra pública que celebren los poderes del estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas. Establece que las compras que se realicen con fondos públicos y las ventas o arrendamientos de bienes tiene que ejecutarse por medio de licitación.

- Artículo 183: Establece que la Contraloría General de la República es el máximo órgano de fiscalización del Estado, correspondiéndole el control de todos los procesos de contratación u del uso de los recursos públicos.
- Artículo 184: Define la potestad de liquidación y fiscalización de los presupuestos públicos a la Contraloría General de la República.

2- La Ley General de la Administración Pública

Esta ley regula la actividad del Estado y de la de los funcionarios de las instituciones que lo conforman, así como las relaciones con los particulares que tienen vínculos con las organizaciones públicas. En lo que interesa a los contratos públicos contiene los artículos 4 donde sujeta la actividad de los entes públicos a los principios fundamentales del servicio público, en los artículos 107 al 110 define las condiciones del deber de obediencia y de las acciones para salvar la responsabilidad de los funcionarios en el acatamiento de órdenes superiores. También se destacan los artículos 112, 113, 114, 118, 140 al 145, 146 al 151 y 152 al 179 que establecen las regulaciones más importantes respecto a los actos administrativos.

3- La Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

Regula el régimen económico-financiero de los órganos y entes administradores o custodios de los fondos públicos y crea la organización del sistema de administración de bienes y contratación administrativa.

Con esta ley las instituciones del Estado asumen toda la responsabilidad en la tramitación de los contratos para la adquisición de bienes y servicios.

- Título IX: Constituye el sistema de Administración de bienes y Contratación Administrativa, como un complemento del sistema de administración financiera y le asigna funciones de órgano rector de las

actividades que tiene que ver con la administración de bienes y la contratación administrativa para la Administración Central. Además, le asigna la responsabilidad de supervisar y evaluar dichas actividades. Crea la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, como una dependencia del Ministerio de Hacienda, y le asigna sus funciones.

4-La Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento.

Esta ley establece que cada institución del Estado es responsable de la organización y funcionamiento de la actividad de contratación administrativa, para lo cual obliga a disponer de unidades administrativas y técnicas especializadas al respecto.

Crea toda la normativa que rige los contratos públicos y su administración.

- Artículo 103: Establece la naturaleza y funciones de la Proveduría Nacional. Modificado por la Ley de Administración Financiera y de Presupuestos Públicos.
- Artículo 105. Crea las proveedurías institucionales y les asigna la responsabilidad de la ejecución de los procesos de contratación.

5-Ley Orgánica de la Contraloría General de la República

Establece las competencias, potestades y atribuciones de la Contraloría General de la República como máximo órgano de fiscalización del Estado costarricense, como responsable del control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización del Estado.

6-Ley de Concesión de Obra Pública

La Concesión de obra pública es una forma de organización jurídica y administrativa del Estado, mediante la cual se le encarga a un particular la ejecución de una obra y le transmite temporalmente los poderes jurídicos necesarios para que la explote por medio del pago de una contraprestación o tarifa que abonarán los usuarios, con la autorización, supervisión y control de la administración, pero por cuenta y riesgo del concesionario.

Por medio de esta ley se le encarga a un concesionario (empresa privada), luego de la firma de un contrato público, la construcción de una obra determinada, para que luego sea utilizada por los usuarios.

Esta ley crea el Consejo Nacional de Concesiones, como un órgano adscrito al Ministerio de Obras Públicas, y le encarga la responsabilidad en todo lo atinente a la Administración de los contratos de concesión de obra pública.

Para lo que interesa a la Administración de contratos, el sistema de concesión es un medio y a la vez fuente de recursos que permite al Gobierno establecer relaciones contractuales con la empresa privada, para financiar obras públicas sin comprometer el presupuesto nacional. Encargándose la administración de contratos de la definición de los términos de referencia, de la supervisión y control del proceso de ejecución de la obra, y de la evaluación de los resultados.

C-PROCEDIMIENTOS QUE DAN LUGAR A LOS CONTRATOS PÚBLICOS

En materia de contratación Administrativa, que es el tema de este apartado, el Estado tiene sus vías establecidas por ley para contratar para fines de interés

público y cada proceso que se mencionará a continuación, provee funcionalidad al aparato de contratación del Estado regulado por la cantidad de normas de derecho público que se mencionaron en el apartado anterior. Los procedimientos son:

- Licitaciones públicas, por registro y restringidas.
- Contrataciones directas.
- Remates y subasta a la baja.
- Concesión de servicios y de obra pública.
- Arrendamiento con opción de compra.
- Contratos ley.

Todos estos procedimientos tienen como principio común el facilitar la correcta participación y observancia de la legalidad en la contratación por parte de los contratantes, estableciendo particularidades y especificaciones para las diferentes situaciones que se encuentran en materia de contratación. Con esto brinda seguridad jurídica a las partes de lo que les espera al contratar en materia administrativa, como lo es el caso de los contratos por servicios profesionales, y en caso de no seguir estos procedimientos, no se podría hablar de una relación legal con el Estado, por lo que, podríamos concluir que las relaciones en las que no se utiliza el procedimiento administrativo establecido, son excluidas de ese régimen, por lo que quedarían al amparo de la normativa laboral.

Sumado a lo anterior, se podría decir que el régimen de contratación administrativa también contempla el contrato por servicios profesionales para los servicios estatales, como por ejemplo se establece en el artículo 163 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; situación que se ilustra con ejemplos en el capítulo siguiente.

**CAPÍTULO SEGUNDO: RESPECTO DEL CONTRATO POR SERVICIOS
PROFESIONALES. RESPONSABILIDAD ESTATAL ANTE ENCUBRIMIENTO DE
CONTRATO LABORAL**

Hasta este momento se ha hablado vagamente del contrato por servicios profesionales, mencionándolo como un contrato que se puede utilizar en derecho civil o comercial y en el derecho público.

El objetivo de este segundo título es darle seguimiento a este instrumento, empezando por definir claramente su concepto e importancia en estas dos materias del Derecho.

SECCIÓN I: CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PRIVADO

A-CONCEPTO Y SU IMPORTANCIA

Este contrato se podría definir como el medio para contratar a un plazo determinado, labores no propias o esenciales del negocio o empresa en cuestión, y esto a un proveedor más especializado o profesional en el campo, con el fin de buscar una mayor efectividad que permita orientar los esfuerzos a las necesidades primordiales de la empresa.

Este contrato tiene como origen y se fundamenta jurídicamente en el arrendamiento de servicios civiles, donde una persona física o jurídica, dispone en favor de otra o de otras, sus servicios a cambio de un precio pactado, comúnmente denominado honorario.

Este contrato se utiliza cada vez más como una forma de contratación de servicios auxiliares y conexos a la actividad de la empresa, como indicábamos antes.

Con el fin de señalar ejemplos claros de esta venta de servicios profesionales, se podrían indicar los médicos, contadores privados, abogados y otros profesionales liberales.

Como se indicaba anteriormente, este contrato cada vez se hace más común en nuestro país y en el mercado profesional en general, toda vez que los mismos

han dejado de lado el régimen laboral y sus protecciones por un criterio y ventajas económicas, y como profesionales, se han visto en la necesidad de ajustarse a las exigencias que demanda un sector público de servicios. Según el autor Fortunato Garrido, R y Cordobera, R(1984) se dice: “Se ha hecho más común para tareas que no requieren permanencia, pero que cada vez más necesarias por las exigencias de la coexistencia y grandes comunidades urbanas, por lo que podríamos decir de este contrato que el mismo se ha acentuado su vigencia y la necesidad de sus requisitos legales.”¹⁵-

B-OBJETIVO DEL CONTRATO POR SERVICIOS EN EL SECTOR PRIVADO A DIFERENCIA DEL SECTOR PÚBLICO

Este contrato tiene como objetivo civil o comercial de una empresa, la reducción de gastos, basado en la contratación de servicios que no afecten la actividad principal de la empresa. Esta figura se origina como un medio para reducir los costos. Actualmente se combina este objetivo con el del crecimiento empresarial. Este contrato, más que un contrato de personas o de activos, es un convenio para obtener resultados¹⁶. Éste tiene un esquema netamente económico, máximo rendimiento al mínimo costo, e implica una estrategia en uso del recurso humano a la empresa para realizar actividades tradicionalmente afectadas por personal y recursos internos de la empresa. El carácter económico es la finalidad esencial del contrato. Se trata de una herramienta de gestión de las empresas que utilizarán en el marco estratégico de su planificación con el objetivo de mejorar la eficiencia (no solo bajando costos) de sus actividades. Esto a diferencia del contrato por servicios en el sector público, tiene otros fines por perseguir; en el

¹⁵ Fortunato Garrido, Roque, Cordobera González de Garrido, Rosa (1984). Contratos Típicos y Atípicos. Buenos Aires: Universidad.-

¹⁶ Romero-Pérez, Jorge E.(2003) .La Externalización de actividades Laborales(Outsourcing). Revista de Ciencias Jurídicas. 102: 119-142. Setiembre.

sector público busca mas allá de los intereses particulares de una empresa, con el fin de satisfacer los intereses de la colectividad que representa, por lo que se ve sometido a mayores regulaciones legales, pero también busca obtener el mejor rendimiento posibles de sus ingresos, ahorrándose lo que podría generarle un trabajador con salario fijo, bajo el régimen de empleo público.

En lo que interesa a este capítulo y, con respecto al contrato de trabajo, se podría decir que el contrato por servicios profesionales desplaza el esquema tradicional que se inicia al interior de este, entre patronos y obreros, y queda desplazado este esquema por un sector de actividades laborales propias de la empresa, cuyos administradores o dueños deciden estandarizarlas, o bien sacarlas de dicha empresa matriz. Ante esta situación, se le presenta al trabajador otro panorama distinto al conocido como contrato típico o dependiente por lo que se estaría en la necesidad de decidir sus futuras relaciones y muchas veces sin un fundamento sano o completo de las posibles implicaciones legales de su decisión.

SECCIÓN II: CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PÚBLICO

Analizado el contrato por servicios profesionales, desde los enfoque comercial y laboral, resta para el interés de este trabajo final de investigación, examinarlo en concreto, desde la perspectiva del Derecho Público, tratando de aclarar su naturaleza dicha por la doctrina, por la jurisprudencia nacional, por los criterios de la Contraloría, así como determinar dentro de toda normativa pública de contratación, citada anteriormente, la específica en caso de los mismos.

CARACTERIZACIÓN

NATURALEZA DE ESTE CONTRATO

En el caso de elaborar una definición de la naturaleza de estos contratos, se acude, en primer término, a los dictámenes de la Contraloría General de la República, la cual lo ha definido de la siguiente manera. Para ello se hace referencia al artículo 163 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por ser un reglamento muy importante en materia de derecho público, como se ha señalado antes en la recopilación de normas públicas en secciones anteriores, para determinar el comportamiento de este contrato para las partes:

Ese tipo de contrataciones no originará relación de empleo público entre la Administración y el contratista, y deberá remunerarse conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios. Caso contrario el cartel deberá solicitar un desglose del costo de los servicios, detallado en costos directos, indirectos y utilidades.

Se deberá establecer en los requisitos de admisibilidad un perfil idóneo y cuando no se encuentren reguladas las tarifas, el precio no constituirá el único factor determinante en la comparación de las ofertas, sino que deberán incluirse también parámetros que permitan valorar las condiciones personales, profesionales o empresariales de los participantes.

La contratación de servicios profesionales propios de una relación de empleo público, está excluida de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa y del presente Reglamento, por lo que para su contratación se seguirán las disposiciones del régimen ordinario de nombramiento de funcionarios.¹⁷

Por lo anterior queda claro que a la hora de buscar una definición de la naturaleza del contrato por servicios profesionales, la misma Contraloría General de la República se remite a la normativa existente, de lo que se desprende por un lado que utiliza la teoría mencionada de la Unilateralidad; es decir, la supremacía de la Administración sobre el administrado o particular, dado que de previo a una

¹⁷Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. 2006. Decreto Ejecutivo 33411.

negociación ya los términos están fijados en esta normativa, excluyendo la relación de empleo público entre las partes; pero por otro lado, se manifiesta una teoría contractualista, dejando por exclusión que la relación se fije por los términos que se pacten, es decir, bajo la normativa del derecho civil, comercial.

Se dice entonces que, con la naturaleza de estos contratos por servicios, se genera una excepción a la teoría unilateral de la naturaleza del empleo público que impera en nuestro contexto, porque se manifiesta una naturaleza mixta de la relación; pues en el sector público, al pactar por servicios profesionales, se utiliza la licitación pública y su cartel. (Situación que será analizada con detalle más adelante). En dicho cartel se encuentran todas las prerrogativas que el Estado necesita que tengan los oferentes, es decir, están dadas las condiciones contractuales entre el Estado (manifestación Unilateral), pero a la vez no se podría decir propiamente que aquí estemos ante un contrato de adhesión, por cuanto en el cartel de la licitación existen cláusulas que deben ser propuestas por el oferente particular, tales como el precio. Se llaman cláusulas abiertas o variables porque el oferente es el que propone a la Administración según sus intereses (contrapuesta a las cláusulas cerradas o invariables) respecto de las cuales la Administración las acepta o las deja. Además, el particular puede impugnar el pliego de condiciones por considerar que es ilegal o que viola principios de la Contratación Administrativa, que por el Voto 998-98 de la Sala Constitucional tienen rango constitucional.

B-CONCEPTO DEL CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PÚBLICO.

Profundizando en la concepción de los servicios profesionales, mediante oficio N°DAJ-0029, de 06 de enero de 1998, la Dirección de Asuntos Jurídicos de la

Contraloría General, desde adentro de la Administración definió de manera muy apegada a la ley que estos contratos son contratos legales que la Administración puede usar y señala que pueden participar profesionales o técnicos para su efectos jurídicos:

EN CUANTO A LOS CONTRATOS POR SERVICIOS PROFESIONALES

La contratación de servicios profesionales es una figura contractual regulada por el ordenamiento jurídico administrativo. En ese sentido, el artículo 64 de la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494 del 2 de mayo de 1995, señala que los servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas, se contratarán por los procedimientos de licitación pública, licitación por registro, licitación restringida, según corresponda, de acuerdo al monto. El concepto de servicios profesionales al tener por objeto una o varias actividades concretas, excluye la posibilidad de la subordinación jurídica.

Lo define como un contrato típico, regulado por la normativa pública, como una figura contractual en la que intervienen partes físicas como jurídicas, en la que se utilizan los procedimientos de licitación pública y abreviada, según corresponda, de acuerdo al monto. El contrato tiene por objeto una o varias actividades concretas, y que por ende excluye la posibilidad de subordinación jurídica. Sobre este tema de la subordinación y la continuidad en el servicio, la jurisprudencia se ha manifestado y se profundizará con el avance de esta investigación.

Esta contratación consiste en el contrato con técnicos o profesionales para que realicen trabajos concretos y específicos, durante un plazo determinado y sin relación jerárquica laboral, con la institución o persona que los contrata. Ambas partes negociantes pueden ser personas físicas o jurídicas, excepto en el Estado, donde la Administración Pública siempre debe ser una persona jurídica.

En cuanto a la definición y antecedentes del contrato por servicios profesionales en el sector público, la jurisprudencia de la Sala Segunda ha dicho

que constituye un abandono del Contrato de trabajo, y lo desarrolla de la siguiente manera:

EL CONTRATO POR SERVICIOS: La contratación de servicios, en un régimen sin subordinación, constituye una de las experiencias más palpables respecto del abandono del típico contrato de trabajo. Esta figura utilizada para el trabajo por cuenta ajena de algunas categorías de trabajadores como, entre otros, médicos, abogados, ingenieros, es actualmente utilizada de manera indiscriminada, para contratar todo tipo de trabajadores, incluso a los ex trabajadores subordinados de la empresa que terceriza en categorías laborales que en nada se asemejan a las categorías profesionales antes referidas.” (FERNÁNDEZ BRIGNONO, Hugo. “Las actuales formas de la descentralización productiva. Criterios de identificación y modalidades contractuales”, en: “Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2.000, p. 71). El fenómeno de la contratación de servicios, aunque no exclusivo, es frecuente tratándose de profesionales liberales y de labores técnicas especializadas. Esta Sala ya ha indicado que tales servicios pueden prestarse no sólo a través de una relación laboral, sino también mediante un contrato por servicios”.¹⁸

Para esta sección, en lo que interesa se enfatiza en algunos aspectos del pronunciamiento anterior, que define el contrato de servicios como el de arrendamiento de servicios, como un régimen sin subordinación, contrato por cuenta ajena, el cual es utilizado por profesionales para llevar a cabo la descentralización productiva empresarial y como figura contraria al contrato de trabajo; esto como una directriz para el avance de la investigación sobre este contrato, pues este sí tiene su regulación y su experiencia en el sector público.

¹⁸ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2002 y 1999. números 311, de las 14:40 horas del 7 de octubre de 1.999; y, 365, de las 10:10 horas del 24 de julio del 2002).

Según señala el autor Jorge Romero Pérez en la publicación mencionada, *La Externalización de actividades Laborales(Outsourcing)*¹⁹, en nuestro país esta figura se viene aplicando hace un par de décadas atrás tanto en el sector público como en el privado, siendo relevante el servicio prestado, lo cual se debe realizar a cambio de los honorarios correspondientes.

SECCIÓN III: PROCEDIMIENTOS PARA CONTRATACIÓN POR SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PÚBLICO

A-LICITACIÓN PÚBLICA

Se aclara en este punto que este es el medio por excelencia para la contratación del Estado por servicios profesionales, tal y como se ha señalado antes y que por esa razón se justifica indicar, a manera de ilustración, lo definido por el Estado para este tipo de contrato. Para cada necesidad de la Administración Pública, el mandato que deriva de la Constitución Política en la norma 182, es que se produzca una licitación “pública” como regla de concurso (*ver Voto 998 – 98, de la Sala Constitucional, entre otros*); querer contratar por otros medios que no sean concursos administrativos, es una situación que lesiona la intención del Constituyente del 49 (*por no decir asimismo que obstruye el darle contenido a los principios constitucionales de igualdad, libre concurrencia, seguridad jurídica, eficiencia, entre otros*). De ahí que si la regla es que se promueva un concurso para contratar (*sabiendo, empero, que hay excepciones de contratar o asignar objetos de manera directa*²⁰) no se ajusta a Derecho que se contrate, sin que de previo no se

¹⁹ Romero-Pérez, Jorge E.(2003) .*La Externalización de actividades Laborales(Outsourcing)*. Revista de Ciencias Jurídicas. 102: 119-142. Setiembre.

²⁰ Ver excepciones de contratación directa que establece la norma 2 de Ley de Contratación Administrativa.

verifique un procedimiento participativo según la cuantía del negocio. (División General de Asesoría Jurídica de la Contraloría General de la República, del 19 de julio del 2001, 1258 DGAJ).-

Por su parte, el artículo 163 del reglamento de Contratación Administrativa, tutela lo siguiente:

SECCIÓN SEXTA

Contrato de Servicios

“Artículo 163.—**Contrato de Servicios.** Para la contratación de servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas, la Administración, deberá seguir los procedimientos de licitación pública, abreviada o contratación directa, según corresponda.

Ese tipo de contrataciones no originará relación de empleo público entre la Administración y el contratista, y deberá remunerarse conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios. Caso contrario el cartel deberá solicitar un desglose del costo de los servicios, detallado en costos directos, indirectos y utilidades.

Se deberá establecer en los requisitos de admisibilidad un perfil idóneo y cuando no se encuentren reguladas las tarifas, el precio no constituirá el único factor determinante en la comparación de las ofertas, sino que deberán incluirse también parámetros que permitan valorar las condiciones personales, profesionales o empresariales de los participantes.

La contratación de servicios profesionales propios de una relación de empleo público, está excluida de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa y del presente Reglamento, por lo que para su contratación se seguirán las disposiciones del régimen ordinario de nombramiento de funcionarios.

Cuando las condiciones del mercado, así como la alta y frecuente demanda de servicios lo recomienden, se podrá pactar el compromiso de suplir los servicios,

según las necesidades puntuales que se vayan dando durante un período determinado. Las cotizaciones se harán sobre la base de precios unitarios, formulados con fundamento en una proyección de los costos y eventuales demandas del servicio. El cartel deberá definir con toda claridad, entre otros: el plazo de la contratación, el cual no podrá ser superior a cuatro años, las reglas sobre la eventual exclusividad, la metodología de ejecución del contrato y demás asuntos pertinentes. La Administración podrá incluir en su cartel mecanismos que le permitan variar los precios originalmente contratados, cuando éstos no reflejen las variaciones sustanciales y sostenidas del mercado, que se hayan producido con posterioridad. Para ello deberá establecer reglas claras que garanticen una adecuada y equilibrada aplicación de esta facultad. Es por lo señalado anteriormente que es el mismo Estado quien se fija sus propios límites para la contratación de servicios, y que en función de eso no debería apartarse de esos lineamientos que están predeterminados y no desconoce. Nosotros sus administrados tenemos la seguridad jurídica de saber a qué nos atenemos, y que alegar en caso de que el comportamiento de la Administración no se adecúe a la ley.”²¹

A) CONTRATACIÓN DIRECTA

Como se dijo antes, la normativa específica que utiliza comúnmente la Administración para contratar es la licitación pública; pero, según pronunciamiento de la Contraloría General de la República, en su órgano adscrito mencionado anteriormente en esta investigación, sea la Dirección General de Contratación Administrativa, indicó que existe el procedimiento de contratación directa vía excepción y en lo que interesa dice: *Así las cosas, considerando la Ley de Contratación Administrativa como un texto orgánico, tenemos que el artículo 28 dispone que: “Los procedimientos de contratación que podrá emplear la Administración Pública son la licitación pública, la licitación por registro, la licitación restringida y el remate...(se aclara que estos últimos procedimientos fueron derogados por la Ley de Contratación administrativa de 1996)” Esa disposición viene*

²¹ *Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, 2006. Decreto Ejecutivo 33411.*

a constituir la regla y la contratación directa es la excepción (vid oficio No.107, DGCA-21-98, de 7 de enero de 1998)”.

Es interesante destacar lo que anteriormente señala la Contraloría, la cual indica vía excepcional, la utilización de esta contratación directa para la obtención de servicios, cuando sea un contrato para situaciones muy concretas y que su cuantía sea considerada baja.

C-OBJETIVO DEL ESTADO PARA CONTRATAR POR SERVICIOS PROFESIONALES

Está claro, según lo expuesto, que la Administración está facultada por ley para realizar las contrataciones administrativas por servicios profesionales, pero esto tiene su fundamento y finalidad, lo cual debe aclararse en este punto.

La Administración, al contratar por servicios profesionales, utiliza la normativa pública para hacerlo; pero esta contratación se ha cuestionado, en el punto de cuando se contrate a un privado para que realice una función pública ordinaria para el Estado; es decir que las labores de los entes estatales sean contratadas para que profesionales privados realicen estas funciones, las cuales normalmente las realizan trabajadores sujetos al régimen de empleo público. Entonces el debate estaría en la pregunta de si el Estado estaría privatizando el régimen de empleo público con la contratación de servicios que puede hacer bajo un régimen de empleo privado. Toda vez que dicha conducta estatal podría degenerar en responsabilidades administrativas y judiciales para la administración y para los funcionarios que pudieran incurrir en dichas irregularidades. Sobre el tema referido a estas responsabilidades se tratará más adelante en la investigación.

Para contestar lo anterior, la institución fiscalizadora de los fondos públicos, o sea la Contraloría General de la República se ha pronunciado al respecto y ha dicho que acepta esta clase de contratos, pero aclara que no por ello deja a la libre

su regulación, porque estos van dirigidos a la realización de los fines públicos, y el medio para alcanzar estos fines los define la ley (contratos como medios definidos en la ley)(véase el voto 6519-96 de la Sala Constitucional). También se aclara por la Contraloría en su dictamen (oficio 14521 del 24 de noviembre de 1997), que esta necesidad que plantea la sociedad civil da lugar a distintos matices de intervención del Estado, desde la prestación directa de los servicios públicos, con el natural auxilio de los particulares en la provisión de bienes y servicios, como medios para brindar aquellos servicios. Por ello, el Estado puede optar por otras formas de intervención, como la regulación y fiscalización de las actividades desarrolladas por actores privados, ya se trate que éstas sean prestadas en concurrencia o no con el Estado (oficio 14521 del 24 de noviembre de 1997). Claro está que en nuestro ordenamiento jurídico se admite que los particulares pueden colaborar (tesis de la colaboración del contratista público con el Estado) con la Administración Pública, mediante la contratación administrativa, en el cumplimiento de los fines públicos, de acuerdo a “los términos de calidad y de la oportunidad con la que sus necesidades sean satisfechas” (oficio 14521, cit.). Así, también el contratista, al que se le encarga una prestación o servicio, deberá realizarlos con sus propios recursos materiales y humanos. Esto excluye la posibilidad de incluir en el clausulado del contrato respectivo, la utilización de bienes públicos o de recursos humanos contratados bajo la relación de empleo público (*oficio, ídem.*). Solamente aclarando que esta clase de contratos deben ser remitidos para su refrendo a la Contraloría General de la República (*de acuerdo con la Ley Orgánica de esta Contraloría, artículos 20 y 23; reglamento sobre refrendos de las contrataciones públicas del 9 de febrero del 2000 y lo dispuesto en los votos de la Sala Constitucional 998-98, 5947-98, 9524-99 y 3027-00*).

SECCIÓN VI: ELEMENTOS PRAGMÁTICOS DEL CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR PÚBLICO VÍA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Como se ha mencionado, la contratación de servicios profesionales en el sector público es una figura contractual tutelada por el ordenamiento jurídico administrativo. En ese sentido, el artículo 64 de la Ley de Contratación Administrativa señala que 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 corresponda, de acuerdo al monto de la contratación.

Esta Ley menciona que la contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público entre la Administración Pública y el contratista (salvo lo señalado en el artículo 67 de esa Ley, relacionado con la contratación de profesionales con sueldo fijo).

Por su parte, el artículo 163 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, No. 33411 de 27 de setiembre de 2006, también regula la materia, señalando, entre otros aspectos, que para la contratación de servicios técnicos o profesionales, ya sea de personas físicas o bien jurídicas, la Administración o Estado deberá obedecer los procedimientos de licitación pública, licitación abreviada o contratación directa, de acuerdo con el monto de la respectiva contratación, mismo que está regulado en la Ley de Contratación.

El punto dos del artículo 163 del reglamento supra citado aporta que este contrato remunera al contratista conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios, salvo si la contratación se celebra en los términos de los numerales 69.5 y 69.6, en cuyo caso los profesionales o técnicos quedan sujetos a una relación de empleo público remunerada con un sueldo fijo. Estos criterios han sido reiterados por la Contraloría General de la República a lo largo del tiempo, mantenido ese criterio

fundamentado legalmente, y como ejemplo se puede citar el dictamen número 0029-daj-98 del 6 de enero 1998.

La Contraloría es órgano consultivo y refrendario de los contratos en materia de Servicios Profesionales en el Sector Público, facultado por su Ley Orgánica, y se manifiesta únicamente en contratos administrativos, excluyendo de refrendo a los contratos de trabajo, según lo establecido en artículo 4, inciso g, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y en caso de que se compruebe la laboralidad de los contratos sometidos a su conocimiento, después de un análisis de los mismos, se excluyen de su refrendo, situación que ocurrió en el Ministerio de Cultura Juventud y Deportes, puesta a su conocimiento mediante el oficio número 1361-L-88 del 17 de mayo del 1988 que en lo que interesa dice: *“Lamento tener que devolver sin el refrendo de este Despacho, los documentos referidos, porque a pesar de que se señala que son contratos de servicios profesionales, del análisis de los mismos, (cláusulas 4 y 5 de ambos contratos) derivó que se trata de típicos contratos de trabajo, los cuales están sustraídos del trámite de refrendo .”*

La Administración ha establecido, vía jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República, situaciones donde se torna improcedente la contratación administrativa por servicios profesionales, pues órganos estatales que realizan gestión pública, consultan sus particularidades ante la Contraloría con el fin de que se manifieste sobre la procedencia de esa contratación, o bien, estas instituciones aportan sus contratos a dicha Contraloría para que sean refrendados, pero se encuentran con que estos obedecen a naturaleza laboral, y son rechazados para que sean corregidos, y en el peor de los casos, se rechazan y no se aprueba esta contratación. Lo anterior se muestra en el dictamen número 934-daj-94 del 18 de abril del 1994.-

Pero este dictamen de la Contraloría es fundamentado en varios elementos que se señalan a continuación:

A-UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN POR SERVICIOS PROFESIONALES EN NECESIDADES PERMANENTES Y ORDINARIAS DE LA ADMINISTRACIÓN

A manera de referencia, en el anterior Reglamento de la Contratación Administrativa del año 1996, específicamente en el artículo 174 se señala que las necesidades permanentes y ordinarias de la Administración no son susceptibles de contratación externa, es decir de contratación de servicios de profesionales o técnicos externos, toda vez que ésta contratación administrativa obedece a requerimientos temporales y extraordinarios. Ahora bien, en el actual Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en sus artículos 91 y 97 en lo que se refiere a la contratación por licitación ordinaria y abreviada respectivamente, indica por definición que: “La licitación pública es el procedimiento ordinario de carácter concursal, que procede, entre otros, en los casos previstos en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, en atención al monto del presupuesto ordinario para respaldar las necesidades de bienes y servicios no personales de la Administración promovente del concurso y a la estimación del negocio”(Subrayado no es del original). Ésta es la clave que señala la Jurisprudencia Administrativa, que este tipo de contratación obedece a necesidades temporales y extraordinarias, es decir obedece a labores que quedan fuera de su típica gestión diaria. En estos dictámenes se puede encontrar que se gestionan en el Estado contrataciones típicamente laborales que pretenden sean remuneradas por medio del rubro de honorarios profesionales, situación que es totalmente improcedente, y fue puesta de manifiesto en el Ministerio de Cultura Juventud y Deportes, mediante el oficio número 1361-L-88 del 17 de mayo del 1988, donde se pretendía contratar personal de planta mediante este procedimiento y pagarles por medio de honorarios profesionales.

Asimismo, se evidenció en el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, según dictamen 6988-99 del 23 de Junio de 1999, número de oficio DAJ-1322, que se pretendía contratar el mantenimiento a las cuentas de adjudicatarios del Instituto, servicio que requería la Municipalidad para su Departamento de Cobranzas, pero se reiteró por la Contraloría que esta contratación de servicios

profesionales conlleva per se una realización de actividades concretas, temporales, que están sujetas a una evaluación por parte de la entidad una vez finalizadas, característica indispensable para determinar por parte del Estado que se está en presencia de una situación susceptible de contratar administrativamente por servicios profesionales. En el caso de que a la Administración no le quede claro el término del contrato, es decir el término de ejecución del mismo, da pie para señalar ese defecto, previo refrendo, reiterando que estas contrataciones no son procedentes para necesidades continuas, ni para suplir necesidades permanentes, aclarando que ese tipo de requerimientos corresponde atenderlos mediante el establecimiento de una relación de empleo público, es decir mediante remuneración fija (Laboral).

Este tipo de contrataciones son recalçadas por la Contraloría, con el fin de que estas entidades, en estas situaciones y otras posibles contrataciones administrativas que se hayan efectuado bajo condiciones similares, se ajusten a las disposiciones que rigen la materia administrativa y, de esa manera, evitar litigios innecesarios ante los Tribunales de Justicia por el cobro de extremos de índole laboral. Así lo dice expresamente en el dictamen señalado anteriormente, se hace con la finalidad de evitar situaciones laborales que puedan perjudicar los intereses del Estado, pero a su vez favorecer una estabilidad para el trabajador y los beneficios laborales contemplados en la relación laboral pública.

B-PROHIBICIÓN DE FRAGMENTACIÓN DE ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS PARA VARIAR EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Esta prohibición está contemplada en las disposiciones del artículo 37 de la Ley de Contratación Administrativa, que establece la imposibilidad que tiene la Administración de fragmentar sus adquisiciones de bienes y servicios con el propósito de variar el procedimiento de contratación. La Contraloría General de la República ha determinado con respecto a este tema del fraccionamiento en dictamen número 6184-2001 del 7 del junio del 2001, situación que se enfrentó en

el Patronato Nacional de la Infancia, y en lo que interesa lo siguiente: *“El fraccionamiento o fragmentación (como lo denomina la Ley 7494/95 vigente) es una actividad del funcionario público, efectuada con el propósito específico de evadir el procedimiento concursal que correspondería observar de acuerdo con una estimación adecuada del negocio –para atender una necesidad prevista y dotada de respaldo presupuestario-, tendiente, por lo general, a acudir a procedimientos menos gravosos, que comporten menor observancia de principios procedimentales de especial fuerza en la contratación administrativa, como el de publicidad, libre participación e igualdad de trato. El fraccionamiento o fragmentación ilícita es particularmente grave, cuando se acude a una excepción, como lo constituye el trato directo o contratación directa, amparada a la “escasa cuantía”, porque en estos supuestos se omite el concurso o licitación, como lo ordena nuestra Constitución Política, en el artículo 182. En estos casos (de contrataciones directas) es frecuente el fraccionamiento, porque este tipo de operaciones permiten fácilmente desvirtuar la observancia de los principios que informan a los procedimientos concursales a que nos referimos, principios que, como ha sostenido este Órgano Contralor en múltiples oportunidades, sólo encuentran una aplicación plena en la licitación pública. . . No se incurre en fraccionamiento ilícito, en el evento en que la partición de la operación esté debidamente justificada en motivos de “urgencia” debidamente acreditados o autorizados por este Órgano Contralor, conforme a los artículos 2, inciso d, de la Ley de Contratación Administrativa y 85 de su Reglamento General, . . .”* (Ver oficio DGCA-916-97 (8758) del quince de julio de mil novecientos noventa y siete).

Esta fragmentación es rescatable en esta parte de la investigación aclarando que la fragmentación es lícita, es decir es legal este proceder en materia de contratación de bienes y servicios, siempre y cuando no se utilicen para evadir procedimiento de concurso o de licitación y se acuda a la contratación directa para no observar principios rectores amparados constitucionalmente para los concursos, toda vez que estos contratos deben estar apegados a los principios rectores de la Ley.

C-DIFERENCIA ENTRE CONTRATO ADMINISTRATIVO POR SERVICIOS PROFESIONALES Y CONTRATO ADMINISTRATIVO A SUELDO FIJO

En oficio número DAGJ-187-2006 del 25 de enero del 2006 en el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, la Contraloría estableció que para utilizar esa figura de contrato administrativo hay que hacer diferencia entre la contratación que por monto corresponda, el cual, en principio, no origina relación de empleo público, y el caso de nombramiento o contrato a sueldo fijo a aquellos profesionales requeridos para los servicios que se brindan. Sobre este tema señala el tratadista Eduardo García de Enterría para el caso español ha dicho:

La LCAP (Ley de Contratación administrativa Pública de España) define, finalmente, en su artículo 196 dos tipos de contratos administrativos con un objeto muy similar, cuya nota común consiste en facilitar a la Administración estudios, trabajos y actividades que, siendo necesarias para el normal funcionamiento de la misma, no pueden ser realizados, por una u otra razón, por sus propios órganos. El primero de ellos – contrato de consultoría y asistencia- tiene por objeto estudiar y elaborar informes, estudios y planes, anteproyectos proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos o bien la toma de datos, investigación, asesoramiento y estudios o asistencia para cualquier trabajo técnico u otras actividades semejantes en las que predominen las prestaciones de carácter intelectual. El contrato de servicios, por su parte, tiene por objeto la realización de servicios diversos de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga no comprendido en los tipos anteriores, servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración, servicios de mantenimiento y conservación, limpieza y reparación de bienes,

*equipos e instalación de bienes y programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración.*²²

Así entonces, un elemento común a este tipo de contratos es que si bien pretenden facilitar a la Administración los estudios, trabajos o actividades, éstos no pueden ser realizados por sus propios órganos. Lo cual, desde luego, tiene un sentido lógico, pues si la Administración cuenta con funcionarios y dependencias para cubrir ese tipo de necesidades (es decir, está en capacidad de satisfacer esos requerimientos), no procede realizar la contratación de servicios.

D-EL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR SERVICIOS PROFESIONALES DEBE TENER UN RESULTADO CONCRETO

En este punto, debe considerarse que el contrato de servicios profesionales ha de tener un resultado concreto²³, claro, preciso, con una delimitación clara de qué tipo de producto se espera que sea entregado al momento de finalización del contrato.

La Administración no ha escatimado en decir que en caso de no encontrarse estos principios, debe constituirse una relación de empleo público, es decir constituir una relación de trabajo administrativa, con todas las garantías que eso conlleva (citado a manera de conclusión en el dictamen número DAGJ-187-2006 del 25 de enero del 2006 en el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo).

E-CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES DE UTILIZACIÓN EXCEPCIONAL

²² García de Enterría, E. 2001. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas Ediciones S.L, Tomo I, Reimpresión, pp. 721-722.

²³ Contraloría General. 1998. No. 533 del 21 de enero.(DGCA-72-98).

La Contraloría señaló en oficio DAGJ-01212-2005 del 10 de mayo del 2005 en un caso de la Municipalidad de Corredores que la contratación directa es un procedimiento de utilización excepcional, sólo cuando sea la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general, o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos (artículo 2, inciso h) de la Ley de Contratación Administrativa). Y ha dicho: “En anteriores ocasiones esta División ha indicado que *“esta Contraloría General, en atención a lo dispuesto por el artículo 2, inciso h) de la Ley de Contratación Administrativa y 83 de su Reglamento General (reglamento actualmente derogado), en casos excepcionales, y cuando sea la única forma de alcanzar la satisfacción del interés público, puede conceder autorización para que se contrate en forma directa la prestación de un servicio, en tanto se tramita el procedimiento correspondiente.”*²⁴

F-CASO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE EMERGENCIAS Y EL HOSPITAL CALDERÓN GUARDIA

Para el análisis de este caso, se citan, como antecedentes extraídos del oficio número 1469-DAJ-92 del 13 de octubre de 1992, donde la Contraloría emite un criterio respecto de la legalidad del contrato por servicios profesionales suscrito por la Comisión Nacional de Emergencia (C.N.E.) con el Dr. Víctor Manuel Ruiz Castro, donde desempeñaba el cargo de Director de Educación y Servicios de esa entidad.

Circunstancias que tornan irregular la contratación de marras. En tal sentido, se indican las siguientes:

1°-El Dr. Ruiz Castro disfruta de un permiso con goce de salario en la Caja Costarricense de Seguro Social (Hospital Calderón Guardia), durante cuatro horas diarias, de lunes a viernes, en horario vespertino. Dicho permiso fue solicitado expresamente por la C.N.E. con el objetivo de que el Dr. Ruiz Castro ocupe la

²⁴vid. oficio 13644-2004

Jefatura de la Dirección arriba mencionada. Por este cometido, la Comisión remunera al Dr. Ruiz Castro con la suma de ¢85.000,00 colones, a título de honorarios profesionales.

En este orden de ideas, la Caja Costarricense de Seguro Social se encuentra habilitada para prestar su colaboración a la C.N.E., razón por la cual actuó correctamente al facilitar los servicios del Dr. Ruiz Castro. Sin embargo, la Contraloría dictamina que no tiene la C.N.E. porqué pagarle suma alguna, ya que sigue siendo servidor de la CCSS, y esta institución le está pagando su salario completo.

Así las cosas, la Contraloría denuncia la existencia un pago indebido, el cual se presenta inaceptable e ilegal a la luz de la situación, por lo que denuncia que se deben tomar las acciones tendientes a cesar esta situación inmediatamente, e incluso denunciar que el Dr. Ruiz Castro eventualmente estaría obligado a reintegrar todas las sumas recibidas por concepto de “honorarios” en razón de sus servicios en la C.N.E., previo cumplimiento de los procedimientos administrativos correspondientes que le garanticen el derecho de defensa en debida forma.

2°-Es determinado por la Contraloría que el Dr. Ruiz Castro fue contratado por la Comisión Nacional de Emergencias bajo la figura de “servicios profesionales”, lo cual considera es absolutamente improcedente por dos motivos: a) es un funcionario público “prestado” a la C.N.E., por lo que no es posible contratar bajo esta modalidad y con ésta última, los servicios para los cuales fue solicitada la colaboración de la CCSS, y que en definitiva, esta última remunera por virtud del permiso con goce de salario que le concedió a dicho profesional; y b) los contratos de servicios profesionales se entienden para la prestación de trabajos especializados, sin relación de subordinación jurídico laboral y para atender necesidades concretas y esporádicas; nunca para satisfacer aquellas comunes y permanentes, menos en un puesto de director, en el cual se participa de la toma de decisiones que afectan a la entidad, en la cual se tienen no sólo derechos y obligaciones constantes, sino también en el manejo de personal.

3°- Por otra parte, dictamina que debe tenerse presente que un puesto de Dirección en la C.N.E., podría presentarse incompatible con las labores que el funcionario desempeña en el Hospital Calderón Guardia. Lo anterior, por cuanto dicho cargo se debe considerar de confianza, además de que en situaciones de emergencia no podría estar sometido a una jornada ordinaria de trabajo.

Con el anterior caso, y lo analizado respecto a la Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría, se evidencia claramente que la Administración tiene su criterio definido claramente respecto de las relaciones de las entidades estatales y sus trabajadores, de donde se pueden extraer las tres vertientes que pueden tomar estas relaciones. En la primera se destaca lo que la Contraloría llama contratos administrativos por servicios profesionales que en principio no generan relación laboral con los contratantes. En la segunda se destaca la contratación administrativa a sueldo fijo bajo el régimen de empleo público y por último las relaciones laborales estatutarias, es decir bajo el régimen del Estatuto del Servicio Civil. Fruto de estas relaciones, se señala que la Contraloría está en defensa de los intereses estatales, de donde expresamente emite dictámenes dirigidos a las distintas entidades con recomendaciones para evitar la reunión de los elementos de las relaciones laborales, esto cuando dichas relaciones reúnen los requisitos para la contratación por servicios profesionales, ello se refiere a los requisitos y prerrogativas como la determinación concreta del fin de la contratación, que sea esta una necesidad no continua ni permanente de la Administración, ni que normalmente pueda ser suplida esta necesidad con el personal con el que cuenta dicha entidad.

Esta defensa de estos intereses lo realiza por medio del instrumento legal del refrendo de los contratos sometidos a su conocimiento, donde la misma Contraloría, en su análisis, dictamina cláusulas dentro de los contratos que determinan elementos característicos de cada contrato laboral o por servicios profesionales.

Ante tal situación que la misma Contraloría expone, dictamina el proceder de los contratos de esos técnicos o profesionales desde la perspectiva estatal, de lo cual se podría rescatar un elemento que beneficiaría al mismo contratante, en el

sentido de rechazar el refrendo de ese contrato por razones de no calificar para ser contratado por servicios profesionales, aunque el contrato esté correctamente redactado y con todos los requisitos de forma del mismo, pero que por el fondo corresponde contratarlo de manera fija bajo el régimen de pago fijo y de empleo público. Es decir, la misma Contraloría, se encarga de fiscalizar que los contratos por servicios profesionales no encubran elementos de relaciones laborales, pero esto con el fin de evitarles futuros litigios y pago de cargas sociales y prestaciones a los contratantes. Evitando así también contratar bajo el fraude de ley tipificado en el artículo 5 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, como también expresamente lo menciona en los dictámenes señalados.

TÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO ANTE EL ESTADO COMO EMPLEADOR

CAPÍTULO I: ELEMENTOS EN EL CODIGO DE TRABAJO

Con fundamento en los artículos 4 y 18 del Código de Trabajo, tres son los elementos que, con claridad, ayudan a definir jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo ante una relación de servicios profesionales con el Estado, y son los siguientes: la prestación personal del servicio, el cual debe ser remunerado y que se desarrolle bajo subordinación jurídica, respecto del empleador. Estos tres elementos han sido calificados como esenciales y básicos y van muy relacionados con la presunción de contrato de trabajo que contempla el artículo 18, al respecto la Sala Segunda ha dicho que: *“...siendo que si se comprueba la prestación personal de los servicios, se debe presumir la existencia del contrato de*

*trabajo y sería, el empleador quien debe demostrar que la relación tuvo otra naturaleza a la laboral, a fin de que pueda desvirtuar los efectos de esa presunción.*²⁵⁻

SECCIÓN I: CARÁCTER PERSONALÍSIMO EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Conocido también por el nombre de prestación personal del servicio, es uno de los elementos que permite concluir también en la existencia de una relación laboral ante una posible relación encubierta. En este el trabajador presta sus servicios personalmente, lo cual constituye una característica esencial del contrato de trabajo; pues está claro que la relación laboral es una relación *intuitio personae*; pues no sólo interesa la prestación del servicio, sino también las características personales de la persona contratada, como ha sido explicado anteriormente.

Es válido aclarar lo dicho por la Sala en el sentido que la relación que se brinda en forma personal, no significa fidelidad a un solo empleador o empresario, ya que el empleado puede prestar su servicio personal a varios patrones, y en lo que interesa ha dicho: *“eso no le restaría nada al carácter laboral de la relación hacia ambos, pues resultan posibles situaciones de pluriempleo, sin que por ello pueda considerarse, de por sí, que las relaciones no tienen naturaleza laboral”*.²⁶

SECCIÓN II: LA REMUNERACIÓN

El elemento de la remuneración ha sido definido por la legislación de conformidad con el numeral 164 ídem, y se ha dicho jurisprudencialmente que: *“ésta puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o a destajo y en*

²⁵Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 2001-00223. San José, 9:30 del 25-04-2001. y resolución 365-2002. San José. 10:10 del 24-07-2002.-

²⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 540. 9:55 del 6-11-2002.-

*dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador”.*²⁷

SECCIÓN III: SUBORDINACIÓN

A-DEFINICIÓN

Este elemento ha sido llamado también como el de dependencia, es prestar trabajo para otros, en la organización de otros y bajo el poder de otros, es el poder de dirección del empleador y deber de obediencia del trabajador.

Se entiende como el elemento de subordinación que se manifiesta en el poder de dirección, control, fiscalización y disciplinario que ejerce el patrono sobre el trabajador, sea de forma personal o a través de sus representantes (cumplimiento de jornada, control de asistencia, potestad sancionatoria).-

Nuestra jurisprudencia ha dicho al respecto lo siguiente:

...la doctrina define la subordinación jurídica como: “el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte (...) es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas (...)por lo que basta con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quien presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario. (CABANELLAS (Guillermo), Contrato de Trabajo, Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239 y 243). Podemos concluir, entonces, que la subordinación

²⁷ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 540. San José. 09.55 del6-11-2002.-

laboral lleva implícitos una serie de poderes que el empleador puede ejercer sobre el trabajador, cuales son: el poder de mando, el poder de fiscalización, el poder de dirección y el poder disciplinario. ²⁸

Es reiterado en la anterior jurisprudencia que el patrono manifiesta de lleno la subordinación como la prácticas de poder que ejerce sobre el trabajador, pero también uno de los aspectos más conflictivos para aclarar, pues la variedad de situaciones que se pueden dar en las relaciones laborales lo hacen muy difícil de diferenciar y extraer en forma pura de los hechos de una relación. Respeto a la manifestación de subordinación, la doctrina ha manifestado: *“en la actualidad continúa sirviendo para describir una realidad poliédrica que no puede ser reconducida a una sola consideración”* ²⁹

En este punto del desarrollo del concepto de subordinación, es válido aclarar la posición del trabajador frente a este elemento, toda vez que este poder de dirección tiene sus fines y sus propósitos objetivos, es decir, el patrono no ejerce este “poder” sobre el trabajador para satisfacer algún tipo de desorden patológico patronal, sino como una vía fundamental para alcanzar objetivos laborales, es decir como un instrumento o camino para el aprovechamiento laboral del recurso humano. Esta afirmación ha sido desarrollada de la siguiente manera en la jurisprudencia:

Sin embargo, ese concepto de subordinación, (no se explica y justifica por sí misma, sino como una exigencia funcional indispensable para hacer efectivo el aprovechamiento de una determinada forma de trabajo. Las órdenes y directivas en las que ésta se concreta no constituyen, en este sentido, un fin en sí mismas, sino sólo un medio para disponer de la energía de trabajo del mismo. De allí que, si bien la presencia de una relación jerárquica entre las partes constituye un

²⁸ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 365-2002. San José, 10.10hrs del 24-07-2002.-

²⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ALVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Séptima Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Arce, S.A, Madrid, 1999, p. 612.

*imperativo ineludible de toda prestación de servicios, y como tal no puede faltar, la forma de operar de esta relación, puede asumir en la práctica una gran variedad de matices y grados, debido a la presencia de una serie de factores externos que inciden sobre ella, contribuyendo a modularla (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (CONTRATO DE TRABAJO Y NUEVOS SISTEMAS PRODUCTIVOS". Editores Ara. Perú, 1997, pags. 49 y 50)."*³⁰

En la doctrina y en la jurisprudencia se ha tratado a la subordinación o dependencia como el elemento fundamental para la determinación de relación laboral en un caso determinado. Pues en otro tipo de relaciones jurídicas contractuales se evidencian también los elementos laborales de prestación de servicios o de ejecución de obras y el de remuneración; a estas situaciones se les ha llamado doctrinariamente y jurisprudencialmente "zonas grises" o "casos frontera".- También se ha dicho que:

*Es necesario comprender los conceptos de **instruir y depender**. Instruir significa comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas. Dar a conocer a uno el estado de una cosa, informarle de ella, o comunicarle avisos o reglas de conducta (DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (. Vigésima edición, Madrid, España, 1984, pág. 779). En tanto, depender es estar subordinado a una autoridad o jurisdicción estar o quedar al arbitrio de una voluntad (ibis. Cit. pág. 454). Por ello, el estar supeditado a un horario y a un número determinado de pacientes a atender, así como el de dar charlas y seminarios, no constituyen indicios de una dependencia laboral, dado que son instrucciones y obligaciones mínimas que guardan relación con la efectividad en la ejecución del contrato de servicios profesionales pactado con el médico. No es posible una contratación*

³⁰ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 311. San José. 14:40 hrs del 7-10-1999.-

sin obligación de resultados y al menos un mínimo control de la actividad a realizar. ³¹

Este es uno de los elementos que debe quedar más claro de la relación laboral. Se enfoca la subordinación porque en contrataciones en lo laboral, sirve para identificar el contrato y contrarrestar otras contrataciones que se dirigen, con el fin de impulsar intereses productivos dejando de lado el trabajo subordinado. Es como ha dicho la Sala, se ha relativizado la noción subordinación:

*...dentro del proceso de flexibilidad en la contratación, los elementos característicos de toda relación de trabajo se ven desdibujados; y, el problema es aún mayor, con el proceso de relativización de la noción de subordinación –que constituye el elemento más característico–; lo que produce mayor dificultad para establecer la frontera entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia; pues, en muchos casos, la noción de dependencia no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena, donde en muchas ocasiones las labores se desarrollan por cuenta propia, en cuanto a la forma de organizar su trabajo, pero por cuenta ajena, en cuanto al ámbito directivo y disciplinario. (LOPEZ GANDÍA, Juan. Contrato de trabajo y figuras afines, Valencia, Tirant lo blach, 1.999, pp. 9-12).*³²

Por lo dicho anteriormente por la Sala, muchas veces este elemento de subordinación debe complementarse con otros elementos para determinar una relación laboral, pero en esta oportunidad se desea destacar que este elemento es el más característico de esta relación dependiente y por cuenta ajena.

En ese mismo orden de ideas, se ha establecido por la Jurisprudencia analizada que la subordinación es una fórmula por utilizar en la labor de distinción de la

³¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 311. San José. 14:40hrs del 07-10-1999.-

³² (Resolución número 540. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cincuenta y cinco del seis de noviembre de dos mil dos.)

relación laboral, frente a otras formas de contratación autónomas. Por lo que es la intención de esta sección conceptualizar dichos componentes del contrato de trabajo para una mejor comprensión de los mismos. Más adelante, en el desarrollo de este trabajo, se entrará al análisis pormenorizado de la aplicación de estos al caso concreto del contrato por servicios profesionales.

B-ELEMENTOS DE LA SUBORDINACIÓN DESARROLLADOS EN LA JURISPRUDENCIA

Por medio del desarrollo de este elemento de subordinación, en cada caso concreto se intenta esclarecer la presencia de un contrato de trabajo en medio de otras relaciones, por lo que jurisprudencialmente se ha tratado de poner de manifiesto ciertas situaciones que ayuden al análisis de la subordinación en casos concretos:

A ese tenor se ha indicado que puede presumirse la laboralidad del contrato, aunque no de manera definitiva, cuando se presentan circunstancias como las siguientes: a) la exclusividad o preferencia en la prestación de servicios a un empresario; b) el deber de cumplir un horario impuesto por el empresario; c) la asistencia frecuente a un local patronal; d) el pago de una retribución fija y periódica, en contraposición al pago por acto médico, que es propio de una relación civil; e) el empleador es quien aporta los medios e instrumentos de trabajo; f) carácter personalísimo de la prestación del servicio y este último aspecto se ha establecido como el elemento fundamental y se ha indicado que se considera laboral la relación, cuando el empleador es el encargado de suplir la ausencia; y que, se considera civil, cuando el médico titular tiene la facultad de nombrar al sustituto. ³³

Son muy claros los presupuestos que establece la anterior resolución que se enriquece por que la misma está sustentada en casos concretos pragmáticos, con

³³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 1999. Voto 36. 14:40 horas, del 16 de febrero.-

base en la realidad de nuestros trabajadores, y por ende dicta parámetros generales, basados en las particularidades. Es por lo anterior, que a continuación se cita otra jurisprudencia que también viene a indicar elementos que coadyuvan al esclarecimiento de la relación laboral por medio de las posibles manifestaciones de la subordinación jurídica como las siguientes:

*Así pues, se han establecido ciertos elementos que pueden ayudar a distinguir con acierto cuándo se está en presencia de labores subordinadas, entre ellos están: a) la forma de pago de retribución reiterativa mensual durante un periodo prolongado; b) la fijación del horario y/o la jornada de trabajo; c) el pago de los beneficios laborales tales como vacaciones y aguinaldo; d) la fijación de aumentos salariales según criterios de la actividad subordinada; e) el hecho de prestar funciones en locales de la empresa; f) el pago de los gastos de alojamiento y traslado; g) el marcado de tarjeta; h) la condición de estar a la orden (disponibilidad); i) la exclusividad de la prestación para un único empleador; j) la entrega de herramientas y uniformes; k) **la no asunción de riesgos**; l) la aplicación de sanciones. Por otra parte, también se han definido ciertos indicadores que, por el contrario, excluyen la subordinación, entre estos están: a) la inexistencia de una contraprestación de tipo salarial a cambio del pago de honorarios a través de un arancel; b) la no reclamación durante un extenso periodo de los beneficios laborales; c) el desempeño contemporáneo de otro trabajo; e) la no inclusión de determinado tipo de tareas en un convenio colectivo; f) la falta de órdenes para la realización de las tareas; g) el no cumplimiento de horarios. No obstante, debe tomarse en cuenta que, generalmente, la sola presencia de uno de los criterios indicados no es definitiva o excluyente de la existencia de una relación laboral, por lo que*

*se deberán analizar de manera conjunta y no aisladamente, según cada caso en concreto. (RASO DELGUE, op cit., pp. 62-69).*³⁴

Pero la importancia de este elemento de subordinación, como diferenciador de las relaciones laborales no solamente ha sido destacada por nuestra doctrina y jurisprudencia, sino que también se ha tratado por la normativa de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, y que en materia de trabajo lo regula por la Organización Internacional de Trabajo por su especialidad, y que en lo que interesa ha definido lo siguiente:

*Ante tales formas de contratación y a los efectos de determinar la existencia de una relación laboral, la Organización Internacional de Trabajo, en el informe sobre el régimen de subcontratación; indica que, generalmente, existe subordinación jurídica, cuando están presentes los siguientes elementos mencionados:.... Ninguno de estos indicios son por sí mismos decisivos, pero pueden serlo combinados entre sí, complementando aspectos más concretos (FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo y GAUTHIER, Gustavo. LA TERCERIZACIÓN Y EL DERECHO DE TRABAJO. En Revista DERECHO LABORAL . Tomo XL. Nº 186. Abril-Junio-1997. Montevideo, Uruguay, pág. 379)".*³⁵

En razón de abonar a los elementos indicados anteriormente, se puede decir que en la doctrina citada en la jurisprudencia se agregan elementos que tal vez se reiteran en otras resoluciones anteriores, pero que son tratados por la perspectiva de otros autores y los confirman. Estos podrían ayudar al objetivo tratado en este capítulo, que es la comprobación de la naturaleza de trabajo, elementos como la forma de determinar el trabajo, el tiempo de trabajo y sus condiciones, la forma en que se efectúa el pago, el trabajo personal la supervisión y **control disciplinario** del mismo, el manejo de las inversiones y suministro de herramientas, materiales y maquinaria (cuando aplique) y algunos otros que se desarrollan de la siguiente

³⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2008. número 577. San José.10:00 del 18 de Junio.

³⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 364. San José.09:00 del 5 de Julio del 2001.

manera: “Por su parte, BRONSTEIN enlista los siguientes **indicadores de dependencia y subordinación**: “a) *Forma de determinar el trabajo. Este criterio puede ser de gran utilidad cuando las tareas a realizar en virtud de la subcontratación de labores no han sido determinadas, o la determinación es muy imprecisa. Esto puede hacer presumir que el objeto real de la subcontratación ha sido la prestación de trabajo en general y no la de un trabajo en particular.....Otra autora expone los siguientes criterios orientadores: “a) Subordinación: (...) en muchos casos, no es un elemento de fácil determinación. Son las llamadas “zonas grises” (...). La consideración de la subordinación como rasgo que distingue estos contratos, no le quita importancia a otros elementos. Corresponde analizar el conjunto de las circunstancias que conforman la situación concreta (...). (Voto 36, de las 14:40 horas, del 16 de febrero de 1999).*”³⁶

Para cerrar esta conceptualización del elemento de subordinación se observa cómo rasgos reiterados se señalan por la jurisprudencia, y estos son los poderes patronales que tiene el empleador como manifestación evidente y manifiesta de la subordinación, destacándose también la manifestación del poder disciplinario y el trabajo por cuenta ajena que traslada el riesgo de empresa al empleador y no al trabajador. Estos contratos laborales, en comparación con los contratos que realiza el Estado, podría decirse que se dan las mismas características, cuando el Estado contrata por el Régimen Estatutario o empleo público, toda vez que, por este tipo de contrataciones el Estado patrón genera nombramientos con derechos y garantías similares a las ofrecidas en la relación laboral. Esto a diferencia de los contratos por servicios profesionales en el Estado, pues, en tesis de principio, no generan relación de empleo público, con las salvedades que la misma ley establece.

SECCIÓN IV: ALGUNOS ELEMENTOS MÁS DE LA RELACIÓN LABORAL DESARROLLADOS EN LA JURISPRUDENCIA

³⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2001. número 275. San José. 10:00hrs del 23-05-2001.

Del análisis de la Jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se han ido agregando algunos elementos de la relación que no están expresamente señalados en la legislación pero que también son instrumentos muy útiles en nuestro fin de definir aspectos relevantes en la relación laboral. Del artículo 18 del Código de trabajo se ha dicho:

*... es un contrato de cambio y con carácter bilateral y fundamentalmente oneroso pues se establecen obligaciones de ambas partes. En conclusión es un contrato típico, con extensa y profunda regulación heterónoma, de carácter consensual, sinalagmático y oneroso. De ahí que “la relación jurídico individual de intercambio (facio ut des) de trabajo por remuneración está disciplinada y organizada unitariamente por el contrato de trabajo” (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Ibíd.*, p. 619). Tenemos entonces que, de la definición dada por la norma citada, se desprenden cuatro rasgos que identifican al trabajo objeto del contrato regulado por la legislación laboral: el carácter personal y voluntario del trabajo prestado, la dependencia o subordinación, la ajenidad y la remuneración. De estos conceptos, tal vez, el menos desarrollado – aunque pacífico- es la ajenidad; sea trabajar por cuenta ajena. Éste se apoya en “dos pilares del capitalismo: propiedad de los medios de producción y venta en el mercado de los productos obtenidos” (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *ibídem*, p 620).”.*

37

Por lo que de lo anterior, se podría extraer que se califica al contrato de trabajo como un contrato consensual, bilateral, sinalagmático y de carácter oneroso. También del mismo artículo citado se extraen cuatro elementos de la relación laboral, los tres que se abordaron antes y se aporta uno más, sea el de la ajenidad que se define como el aprovechamiento del patrono de los frutos del

³⁷ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2003. número 323. San José. 09:00 del 04-07-2003.

trabajo desempeñado, es decir, el trabajador es ajeno a lo que se extraiga como ganancia de sus labores desempeñadas, y el dueño de la empresa o empresario es el dueño de esos frutos y también el que corre los riesgos de la puesta del producto obtenido en el mercado final.

SECCIÓN V: BENEFICIOS IRRENUNCIABLES DEL CONTRATO DE TRABAJO

A-SEGURIDAD SOCIAL, VACACIONES ANUALES REMUNERADAS, SALARIO MINIMO, JORNADA DE TRABAJO Y OTROS

El contrato de trabajo, en medio de una relación típicamente laboral, genera a favor del trabajador una serie de beneficios irrenunciables, tales como: seguridad social, salario mínimo, jornada de trabajo, vacaciones anuales remuneradas, Aguinaldo, retribución fija y periódica, auxilio de cesantía, la libertad sindical, al paro y a la huelga, al auxilio de cesantía y a la higiene y seguridad en el trabajo que se encuentran contempladas en nuestro Código de Trabajo y nuestra Constitución Política, beneficios que producen el trabajador una égida de las garantías que el Estado ofrece para defenderle en medio de las inclemencias del desarrollo de la vida laboral de las personas. Estos beneficios que contempla nuestra Ley se complementan con una contratación individual a plazo indefinido, lo cual permite a los trabajadores disfrutar de reajustes y beneficios adicionales a lo largo de su relación, contemplando los aumentos por el costo de la vida, y en el sector público aumentos por la carrera profesional.

B-PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS EN LA LEGISLACIÓN DE TRABAJO

En materia de protección de los derechos de los trabajadores, rige un principio garantista, por medio del cual se interpretan los contratos, sea el principio de irrenunciabilidad de los mismos, esto a pesar de que por desconocimiento un trabajador pacte alguna cláusula contractual en detrimento de sus derechos. Por lo anterior, no influye si se está bajo los llamados contratos de adhesión o aquellos en los cuales las partes han discutido los términos de la negociación, es decir no importa la denominación o el nombre por el cual las partes hayan dado a la contratación verbal o escrita, mientras se den los aspectos contemplados en el artículo 18 del Código de Trabajo, el trabajador se encuentra bajo la protección de este principio.

Se habla del principio de irrenunciabilidad que fue elevado a rango constitucional, y que se encuentra contemplado en el numeral 74 de nuestra Carta Fundamental que dispone que: *“Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”*.

Solo por mencionar algunos como ejemplo, en el Capítulo Único, del Título V Derechos y Garantías Sociales de la Constitución, se encuentran consagrados algunos derechos laborales, que el constituyente consideró debían tener rango constitucional; el derecho al trabajo (artículo 56); al salario mínimo (artículo 57); a límites a la jornada de trabajo (artículo 58); al descanso y a vacaciones anuales pagadas (artículo 59); a la libertad sindical (artículo 60); al paro y a la huelga (artículo 61); al auxilio de cesantía (artículo 63) y; a la higiene y seguridad en el trabajo (artículo 66). Con relación a esos derechos y otros que se insertan en ese capítulo constitucional.

Esa normativa debe relacionarse con los artículos 11 y 14 del Código de Trabajo, los cuales por su orden disponen: *“Artículo 11.- Serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes conexas que los favorezcan.”* Y, *“Esta ley es de orden público y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones*

o establecimientos de cualquier naturaleza que sean, públicos o privados, existentes o que en el futuro se establezcan en Costa Rica, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni de nacionalidades...”.

Con los artículos del Código de Trabajo mencionados, este principio no deja por fuera el caso de que ninguna de las partes no tengan claro lo que estuvieren pactando, porque ante una posible disputa ante las Autoridades Jurisdiccionales, dichas renunciaciones quedarían anuladas.

Este principio también establece una limitación a la autonomía de la voluntad que se quiera plasmar en un contrato de trabajo, siendo que, no la deja sin efecto, pero si la limita a las previsiones constitucionales y a la normativa de orden público citadas.- ³⁸

Por lo que, se concluye de este principio que es una excelente herramienta para la interpretación de los contratos por servicios profesionales para encubrir una verdadera relación laboral, siendo que este principio protege o sirve de garantía, si por alguna razón se firma un contrato contrario a los derechos de rango Constitucional, de modo que, se puedan revertir situaciones jurídicas violatorias de los derechos como trabajadores.

³⁸ *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2006. número 135. San José. 09:30hrs del 8-03-2006.*

CAPÍTULO II: ELEMENTOS DE CONTRATOS LABORALES EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS PÚBLICOS POR SERVICIOS PROFESIONALES

Para el análisis de estos elementos de contrato de trabajo dependiente que se indicarán en este capítulo, se tomará de primero al contrato de trabajo, como referente para la discriminación de la relación de contrato por servicios profesionales en el sector público. Siendo que no se puede de principio presumir una laboralidad en el sector público, y que por ello, primero se analizará como está conformada esa presunción, iniciando por la definición de estos casos más difíciles de diferenciar por su ambigüedad o relativización de los elementos de la relación laboral, y que muchas veces se dan también en los contratos por servicios profesionales.

SECCIÓN I: CASOS FRONTERA O ZONAS GRISES DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

A-DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL

De previo a analizar lo indicado por la Sala Segunda sobre el contenido del concepto indicado de “casos frontera” o “zonas grises”, no se debe dejar de retomar lo analizado en secciones anteriores respecto al concepto de relación laboral descrito; así que reiterando, se dijo que se está ante una relación laboral, cuando la persona contratada (trabajador o empleado) se obliga a prestar sus servicios de forma personal y subordinada o dependiente al contratante (patrono o empleador) a cambio de una remuneración salarial. Se le adicionaron otros elementos como el de la ajenidad que se describía como la transmisión del disfrute de lo obtenido con la labor del trabajador al empleador. Pero esta relación, por los motivos que se explicarán adelante, no siempre está del todo clara, por lo que se dice que existen relaciones que no tienen explícitamente estos elementos de una típica relación laboral.

Por ser este término una recopilación jurisprudencial, ha sido tratado en una cantidad importante de resoluciones por esta Sala, calculando que pueden existir al menos unos cuarenta votos que tratan el tema, se intentó recopilar de ellos ese extracto vital que contuviera los elementos más importantes que definían esta situación jurídica de la relación laboral, a efectos de distinguirla con los contratos de servicios profesionales en el sector público. En primer término se trató lo siguiente:

LAS ZONAS FRONTERA EN LA CALIFICACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES: Devali ha señalado que, en el terreno de las ciencias jurídicas, existen, al lado de los casos típicos, zonas grises en las cuales la clasificación se presenta particularmente difícil y se originan cuestiones complejas y dudosas, ya que, (junto a la natural multiformidad de las relaciones humanas, se presenta la natural y recíproca tendencia de los interesados de atribuir a sus relaciones jurídicas la forma o la apariencia que permita incluirlas en aquella categoría que para ellos es más beneficiosa. En nuestra disciplina, en estas zonas, encontramos aquellos casos que, por quedar situados en la frontera del Derecho de Trabajo, plantean dudas acerca de su inclusión o su exclusión del mismo. Este carácter abierto permite que se califiquen o se excluyan, relaciones jurídicas en las que no se dan, de forma clara y plena, todas las notas del tipo normal del contrato de trabajo (vid. LOPERA CASTILLEJO. María José. (EL CONTRATO DE TRABAJO ESPECIAL DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN OPERACIONES MERCANTILES (Colección Tesis Doctorales. Madrid, 1990, pág. 54). La determinación de si se está en presencia de un contrato laboral o de un contrato de servicios, respecto de las personas que pueden trabajar como asalariado o como trabajador independiente, es un problema cada día más frecuente porque es una las particularidades que presenta el Derecho del Trabajo en el mundo actual. Situación que ha sido calificada como un auténtico "rompecabezas" para el intérprete. (CRISIS DEL ESTADO Y

*BIENESTAR SOCIAL (. Informe inglés elaborado por Jo Carby-Hall, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 46).*³⁹

Como un primer corte respecto al tratamiento del tema, este concepto, se puede comparar a un tratado fronterizo entre las relaciones de trabajo dependientes y las relaciones de trabajo autónomo en el que no se ponen de acuerdo los involucrados, porque cada uno quiere más territorio uno del otro, por lo que tiene que intervenir un tercero imparcial (y perito topógrafo además) con aparatos de medición a delimitar unos terrenos extensos y muchas veces escabrosos e incómodos dentro de los intereses de las partes porque en estas partes del terreno no es claro donde estaba el límite, ese límite se encuentra oscuro, no muy bien definido, por lo que gris, se puede estirar de un lado o para el otro.

Dentro de las variaciones por contemplar en las mediadas del terreno de estas partes, se han señalado razones de índole económica y tecnológica que han presentado un nuevo panorama dentro del campo de las relaciones de trabajo.

*Ahora bien, el surgimiento de nuevos sistemas de producción, así como los procesos de reconversión tecnológica y empresarial han propiciado el surgimiento de nuevas relaciones jurídicas donde los elementos de la prestación de los servicios, o la ejecución de obras, y el de la remuneración también están presentes, de ahí que generalmente se les ha denominado como "zonas grises" o "casos frontera".(Voto número 577-08) .Para el propósito definido, de importancia en este caso, será necesario considerar los contornos de las cada vez más frecuentes **zonas grises del derecho del trabajo**, los elementos que nos ofrece la doctrina para la determinación de lo que no es laboral, las especiales características y ventajas que puede ofrecer el ejercicio de la profesión médica sin la tutela de la legislación laboral, para, finalmente, confrontar todo lo anterior, con*

³⁹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 311. San José. 14:40hrs del 07-10-1999.-

*los supuestos concretos y específicos, propios del presente caso. IV.- - (Negrita no es del original)*⁴⁰.

Como se mencionó antes, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica recurre a justificar la existencia de estos casos con base en situaciones económicas y de producción, pero también de adaptación de la forma de contratar de los involucrados, donde se menciona a la globalización y a la política de contratar como elementos fuera del alcance del juez, dichos elementos también se consideran en el sector público para la contratación de profesionales en función de un mejoramiento del servicio.

Del contenido de lo dicho por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el anterior párrafo, queda plasmada la intención del concepto que esta Sala ha tratado de establecer en los casos frontera de las relaciones laborales, por lo que califica a estos como de relaciones análogas al contrato de trabajo (como los contratos por servicios en el sector público), señalando consideraciones cual receta para la resolución del mismo; consideraciones que bien podrían ser los instrumentos de medición para el Juez ante estas situaciones.

Señala esta jurisprudencia que las nuevas formas de contratación como los contratos por servicios profesionales, es una forma legal de contratación, toda vez que tiene un marco normativo para su correcto funcionamiento, pero esto no debe confundirse con los elementos esenciales del contrato de trabajo, que protege la normativa pública de trabajo.

Como se dice en esta resolución esta competitividad, se ha infiltrado en la mentalidad estatal que ha puesto en práctica políticas privadas para sus contrataciones públicas. También había adelantado que la labor de los jueces en estos casos está delimitada legalmente, toda vez que su interpretación ya tiene una inclinación hacia la determinación de la existencia o no de laboralidad en la relación, y esta interpretación esta permeada por el principio protector del

⁴⁰ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 311. San José. 14:40hrs del 07-10-1999.

derecho del Trabajo. *“Pero sí tienen los administradores judiciales, como obligación, el interpretar este panorama confuso, que amplía el ya de por sí difícil y complejo campo de la definición de las fronteras del derecho de trabajo. En esa labor se debe poner especial empeño, con todas las dificultades que ello conlleva, para poder verificar, la auténtica realidad, laboral o no, de una determinada relación, en defensa del carácter protector del Derecho del Trabajo, aún no modificado en nuestro país; de tal manera que no se traslade a la instancia jurisdiccional una labor que no le compete y que la determinación de la naturaleza de la relación, en examen, sea el fruto de su auténtica realidad surgida de los detalles de la prestación; cada uno de los cuales, por sí, puede inclinar el fiel de la balanza.”*⁴¹

Para entrar a definir la laboralidad de una relación, es necesario aclarar conceptos previos claves que contiene esta relación de trabajo. Los dos primeros que se definen corresponden a los de patrono y de trabajador. Dichos términos mencionados están definidos vía legal dentro de nuestro Código de Trabajo Costarricense. En el Artículo 2 del Código de Trabajo dispone que "Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo." Con lo anterior, se define a un patrono que es una persona física, o bien, una jurídica representada una o unas personas físicas, y que la relación se puede dar bajo la tutela del derecho civil o derecho público, y que no discrimina si la relación consta en forma escrita o verbal. Dicha definición anterior es importante para lo consiguiente, toda vez que es una de las bases para la definición de la relación laboral a tratar en este capítulo.

Así también, en una misma línea de pensamiento, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia incluyó en su resolución de las diez horas del veintitrés de mayo del dos mil uno número 275-2001 lo siguiente: *“Con razón se ha dicho que “... el contrato de trabajo es, un tipo estructural jurídico que se resiste a ser definido, pudiendo sólo ser descrito mediante la conexión plena de sus rasgos individuales. Este carácter abierto permite que se califiquen o se excluyan, relaciones jurídicas en las que no se dan, de forma clara y plena, todas las notas del tipo normal del contrato de trabajo... ”* (vid. LOPERA

⁴¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 311. San José. 14:40hrs del 07-10-1999.-

CASTILLEJO. María José. "EL CONTRATO DE TRABAJO ESPECIAL DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN OPERACIONES MERCANTILES". Colección Tesis Doctorales. Madrid, 1990, pág. 54)."

Claramente está señalado en la resolución anterior, que antes de determinar una relación de trabajo o excluirla de una contratación como la de servicios profesionales, es necesario el análisis de sus componentes naturales, siendo que existen criterios definidos del contrato de trabajo y del de servicios profesionales que marcan la frontera de la que se ha estado hablando.

A- PRESUNCIÓN IURIS TAMTUN Y CARGA PROBATORIA

En la parte final del artículo 18 ibidem, que se ha venido tratando, se incluye el siguiente párrafo: "*Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe. En dicho artículo in fine se incluye lo que se denomina en doctrina y jurisprudencia como la presunción- iuris tantum-*, respecto de la existencia de un vínculo laboral, entre el individuo que presta sus servicios y quien los recibe. Ello significa la presunción del contrato, abordado entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe. Esta presunción se ha dicho que admite prueba en contrario. Así ha sido definido jurisprudencialmente esta presunción por la Sala Segunda: "*La norma establece así una presunción legal -iuris tantum-, respecto de la existencia de un vínculo laboral entre el individuo que presta sus servicios y quien los recibe, o se aprovecha de estos. Dicha presunción, por su naturaleza, admite prueba en contrario, de manera que la parte empleadora debe desvirtuar la laboralidad mediante la acreditación probatoria correspondiente*".⁴²

Como lo menciona la jurisprudencia mencionada, existe la posibilidad de ofrecer prueba en contrario para dejar sin efecto esta presunción definida legalmente, y esta carga de la prueba recae sobre la parte empleadora, por lo explicado en esta resolución: *Según el artículo 414 del Código Procesal Civil (aplicable a esta materia en virtud del numeral 452 del de Trabajo), toda presunción*

⁴² Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 577-2008. 10:00 del 18-07-2008. y en resolución 540-02 09:55 del 06-11-2002.

legal exime a la parte que la alegue de la obligación de probar el hecho reputado cierto, en virtud de tal presunción. Mas esa norma, seguidamente, establece la obligación, de la parte que invoca la presunción legal, de probar la existencia de los hechos que le sirven de base. En consecuencia, basta con que el actor demuestre la prestación personal del servicio, para que el juzgador presuma la existencia del contrato de trabajo; salvo que, la parte demandada, demuestre fehacientemente una naturaleza distinta del vínculo; sea, que no concurrieron en él los elementos propios de ese concreto tipo de relación. ⁴³

En materia laboral, existe esta presunción aplicable a esta materia por remisión de nuestro Código Procesal Civil, y esta es controversial porque es uno de los elementos que también ayudan a determinar la existencia de un vínculo laboral en las relaciones entre las partes, lo cual se extrae de los hechos particulares de la misma relación, por ello se recurre a esta presunción para dilucidar la existencia de relación laboral. En consecuencia de lo anterior, basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio, para que un posible juzgador, en un posible litigio, presuma la existencia del contrato de trabajo.- **(sobre el tema, se pueden consultar las sentencias de la Sala Segunda Números 152, de las 9:20 horas, del 14 de julio, de 1993; 172, de las 11:00 horas, del 14 de agosto de 1997 y la 221, de las 9:50 horas, del 28 de agosto, de 1998; 284, de las 10:30 horas, del 25 de noviembre de 1998).**

Como se indica anteriormente, esta presunción está basada en principios, los cuales favorecen al trabajador, no excluyéndolo de probar lo que vivió en su relación, sino como dicen, le aligera la carga de la prueba, quedando para el empleador la demostración de que no se dio ese contrato típico de trabajo.

SECCIÓN II: PRINCIPIOS PARA ACLARAR DICHA PRESUNCIÓN

A-CONTRATO REALIDAD

⁴³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 275, de las 10 horas, del 23 de mayo del 2001.

Al respecto de este principio, se puede afirmar que es un aspecto muy importante a considerar en el tema. El contenido del principio de primacía de la realidad en los contratos está también implícito en el citado artículo 18 del Código de Trabajo y que, al igual que otros principios propios de esta materia, definen la particularidad del Derecho Laboral respecto de otras ramas de la ciencia jurídica. Según dicho principio, la verdadera esencia de una relación se debe reconocer a través de los hechos concretos y sus características, antes que a lo dispuesto en el contrato o cualquier otro documento. Sobre este tema, pueden consultarse, al respecto, las sentencias números 135 de las 9:30 horas del 8 de marzo y 377, de las 14:28 horas del 23 de mayo, ambas del 2006.-

Mas explícitamente en este principio prevalece lo comprobado como sucedido en realidad, aún sobre lo que se pueda deducir de los documentos del contrato, y sobre esto se ha dicho por la Sala Segunda:

Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, de conformidad con el cual, en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente; desde el punto de vista jurídico. En efecto, dicho principio establece que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. (PLA RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1.990, p. 243). Por esa razón, el contrato de trabajo ha sido llamado “contrato-realidad” -aunque, doctrinariamente, se prefiere aquella acepción de primacía de la realidad-; dado que, tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha aceptado, de forma pacífica, que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica, y no por lo pactado, inclusive expresamente, por las partes. En consecuencia, de conformidad con este principio, en materia laboral, importa más lo que ocurre en la

práctica, que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos. ⁴⁴

SECCIÓN III: RELACIONES DE EMPLEO PÚBLICO QUE ENCUBREN CONTRATOS DE TRABAJO

Cuando el Estado contrata, lo hace bajo principio de legalidad, dentro del cual se puede contratar bajo los procedimientos que estén expresamente regulados en la ley. Este contrato por servicios profesionales está claramente regulado por la normativa pública que se ha indicado en anteriores secciones, por lo que el Estado no se extralimita en sus facultades cuando contrata. Pero a la hora de contratar con particulares por medio del contrato por servicios profesionales, utiliza la normativa que excluye el contrato dependiente, estipulando cláusulas como la no generación de subordinación entre las partes, que excluye la relación laboral.

El conflicto se presenta cuando el Estado contrata por servicios profesionales por medio de esta normativa indicada en forma de sujeto civil o comercial, excluyendo el contrato de trabajo, pero aún así, este contrato en el sector público no es del todo comercial-público, pues la autonomía de la voluntad que caracteriza lo comercial, se encuentra limitada por carteles de licitación o cláusulas cerradas no negociables. Pero es reprochable, como lo cataloga la misma jurisprudencia, el contratar por esta vía con las características descritas, pero se haga encubriendo una verdadera relación laboral entre las partes y el Estado; es más, pactando cláusulas en el contrato por servicios que evidentemente generan subordinación ante el patrono Estado, pero que no son reconocidas las garantías y

⁴⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 241. San José. 09:30hrs del 6-04-2005.

derechos irrenunciables de los contratos de trabajo que se mencionaron al principio de este trabajo.

A manera de evidenciar lo anterior, la jurisprudencia nacional ha tratado el tema estableciendo elementos identificables para el reconocimiento de las relaciones laborales en este sector; existen patrones comunes en las resoluciones que pueden ser herramientas generales para dilucidar las relaciones laborales encubiertas por este tipo de contrato. Aclarando que las sentencias de la Sala Segunda que se citarán, todas se refieren a casos resueltos en el sector público.

A-ELEMENTOS COMUNES QUE IDENTIFICAN LAS RELACIONES LABORALES EXTRAIDOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA

Respecto de lo anterior ha dicho la Sala:

Existen otros criterios que pueden ayudar en la tarea de diferenciar estas figuras jurídicas (...); b)Otros criterios a utilizar en caso de zonas grises: Debe tenerse en cuenta que estos criterios deben analizarse en conjunto con el resto de los elementos y circunstancias del caso: a)Inexistencia del carácter personal de la prestación: (...)la inexistencia del carácter personal de la prestación está indicando que no hay contrato de trabajo (...); b)Características del precio o de la remuneración: (...)si la remuneración se ajusta de acuerdo con los aumentos que se dicten para los trabajadores, ello es un indicio de la presencia del contrato de trabajo (...); c)Prestar tareas en otros lugares: Desempeñar otros trabajos o prestar servicios en otros lugares, ha sido considerado para entender que se estaba en presencia de un arrendamiento de servicios. Aunque puede haber arrendamiento de servicios con exclusividad; d) Horario: Tampoco es determinante (...). Incluso se ha entendido que puede existir arrendamiento de servicios con desempeño full-time; e)El no pago de beneficios laborales en el período de trabajo: La jurisprudencia considera que la falta de reclamo o de pago de beneficios laborales en todo el período trabajado

es “otro índice” de que no existía relación laboral; f) No es necesario que exista plazo en el contrato para admitir el arrendamiento de servicios” (MANGARELLI (Cristina), “Arrendamiento de servicios”, en Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Grupo de los Miércoles, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 267). En cuanto a la prestación del servicio por parte de los profesionales liberales, se han considerado como indicios típicos, mas no determinantes, de la laboralidad (y mucho menos excluyentes de ella, en caso de no existir): la exclusividad; el lugar de trabajo, bajo control empresarial; la retribución fija y periódica, consistente en un sueldo mensual o en una cantidad periódica; el sometimiento a jornada y horario de trabajo; y, por último, la libertad de aceptar o rechazar el asunto encomendado (al respecto puede consultarse la COLECCIÓN JURISPRUDENCIA PRÁCTICA, Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas, Madrid: Editorial Tecnos, 1990, p. 12 y siguientes).⁴⁵

Todos estos elementos se han señalado como indicios típicos de laboralidad, y deben ser analizados todos en su conjunto para arrojar resultados de exclusión o inclusión del derecho dependiente.

Por su parte, esta Sala, en su construcción jurisprudencial, también ha establecido algunos lineamientos que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Entre ellos, pueden enumerarse los siguientes: 1) La no existencia de una prestación personal del servicio (sentencias números 319-99, 223-01, 448-01, 540-02, 255-03, 312-03, 323-03, 583-03). 2) Exclusividad en la prestación de las labores (sentencias 319-99, 448-01, 512-02, 564-02). 3) Prestación del trabajo en las instalaciones del empresario (sentencias 240-99, 319-99, 275-01, 761-01, 365-02, 540-02, 564-02,

⁴⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 761. San José. 10:30hrs del 20-12-2001.-

338-03, 583-03). 4) *La existencia de una retribución fija y periódica (sentencias 319-99, 275-01, 448-01, 761-01).* 5) *El sometimiento a jornada y horario (sentencias 241-99, 319-99, 275-01, 448-01, 717-01, 761-01, 365-02, 515-02, 564-02, 583-03).* 6) *La imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado (votos 319-99, 564-02).* 7) *La afiliación a la seguridad social (fallos 319-99, 512-02, 564-02).* 8) *El suministro de herramientas y materiales de trabajo (sentencias 294-97, 240-99, 364-01, 576-01, 761-01, 512-02, 373-03).* 9) *El deber de vestir uniforme o atuendos con el logotipo de la empresa (sentencia 390-02).* 10) *La realización de actividades por cuenta y riesgo del empresario (sentencias 319-99 y 294-01).* 11) *El pago de vacaciones o aguinaldo (votos 294-97, 576-01, 715-01, 512-02).* 12) *El pago de una remuneración que excede la normal de un trabajador (fallo 253-02).* 13) *El hecho de que los honorarios se paguen mes a mes no los convierte en salarios (sentencias 97-97, 381-00 y 715-01).* Claro está que la presencia de algunos indicios considerados como propios de las relaciones de naturaleza laboral no necesariamente debe llevar a la conclusión acerca de la existencia de esta. Es decir, no existen soluciones automáticas, debiendo analizarse en cada caso concreto la presencia de esos indicios que, según las circunstancias dadas, permitan concluir si se está o no en presencia de un contrato de trabajo.⁴⁶

Es válido aclarar que estos elementos jurisprudenciales son una reunión de indicios establecidos fruto de la práctica judicial, en estos casos, y que los mismos fueron aplicados a situaciones concretas específicas e individuales y por ende no pueden ser generalizados, pero no se les puede quitar méritos, como instrumentos útiles para la oscura tarea de diferenciar elementos ambiguos entre estas relaciones contractuales.

⁴⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 761. San José. 10:30 hrs del 20-12-2001.-

B-RELACIONES LABORALES ENCUBIERTAS Y LOS ELEMENTOS SEÑALADOS POR LA OIT PARA ESCLARECER CUANDO HAY RELACION DE TRABAJO

Este tema también ha sido de interés por Organismos Internacionales de índole laboral como es el caso de la Organización Internacional del Trabajo, quien en su función proactiva en defensa del derecho del trabajo, ha establecido principios indiciarios de esta misma naturaleza, a fin de esclarecer esta relaciones, y en lo que interesa lo ha citado de esta manera respecto a trabajadores independientes o por cuenta propia:

*a) es propietario de su propio negocio; b) está expuesto a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad; c) asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; d) se beneficia pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos encomendados; e) ejerce el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo y determinar si debe o no intervenir personalmente en el cometido; f) tiene la libertad de contratar personal, con arreglo a sus condiciones, para realizar las labores a las que se ha comprometido; g) puede ejecutar trabajos o servicios para más de una persona simultáneamente; h) proporciona los materiales necesarios para realizar el trabajo; i) proporciona el equipo y las máquinas necesarios para desarrollar el trabajo; j) dispone de locales fijos donde funciona su razón social; k) calcula el costo del trabajo y fija el precio; l) dispone de sus propios contratos de seguro; y, m) ejerce control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido.*⁴⁷

Existe una recomendación mas reciente, emitida por la Organización Internacional del Trabajo donde también emite un pronunciamiento al respecto, y

⁴⁷ Oficina Internacional del Trabajo. 2.003. El ámbito de la relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 91ª reunión, Informe V, Ginebra. pp. 66-67.-

por su importancia y pertinencia para este trabajo, se incluyó entre los anexos de este Trabajo Final, así como se cita lo indicado en lo que interesa:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y / b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.⁴⁸

No menos importante es la anterior recomendación que innova, indicando elementos diferentes a la anterior recomendación en lo que respecta a que dicha remuneración sea la única fuente del trabajador incluyendo salario en especie, y pagos de los viajes de la parte solicitante al trabajador, asumiendo el empleador el riesgo financiero del mismo.

C-OTROS CASOS ESPECIALES COMTEMPLADOS EN LA JURISPRUDENCIA QUE AYUDAN A ESCLARECER ESTE TIPO DE RELACIONES

⁴⁸ Oficina Internacional del Trabajo. 2.003. Sobre la Relación del Trabajo. Recomendación 198. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª reunión. Ginebra. pp. 156-157.-

Fruto del análisis exhaustivo de la jurisprudencia relevante para este tema, se analizaron muchos casos muy interesantes, los cuales se dejaron por fuera en este trabajo, ya que parecieron particulares y además que aportan indicios diferentes a las demás resoluciones. De tal forma que se quiso enriquecer esta sección del trabajo con extractos de casos contemplados en este conflicto de establecer las fronteras del contrato de trabajo y de servicios profesionales, todos en el sector público, lo que convierte en procedente a cada una de las situaciones que se van a describir y analizar con los instrumentos doctrinales, legales y jurisprudenciales contemplados en este trabajo final de investigación.

1-AL MARGEN DE LA NORMATIVA UTILIZADA, NOMBRE Y DURACIÓN DADA AL CONTRATO, ES LABORAL SI SE REÚNEN LOS ELEMENTOS

El primero de los casos se refiere a un elemento que vienen a confundir de primera entrada al lector de la resolución, porque empieza a describir un contrato sujeto a una normativa pública, con el nombre inserto en el contrato de servicios profesionales y con un plazo fijo determinado; pero la Sala ha dicho que no importa si la contratación se dio bajo el nombre o la supuesta contratación por servicios en sede administrativa, pues este régimen no aplica para los contratos con los elementos laborales indicados:

En repetidas ocasiones, esta Sala ha destacado que, tanto en el sector privado como en el público, al margen del nombre y la duración que una o ambas partes le hayan querido atribuir, debe considerarse como genéricamente laboral cualquier relación jurídica entre una persona física y otra, que puede ser física o jurídica, si en ella concurren los siguientes elementos o condiciones esenciales: 1) la prestación personal de servicio, 2) el pago de un salario o remuneración, y 3) la dependencia o subordinación jurídica. Para entenderlo así, en un asunto como éste, basta tener en cuenta lo previsto en los numerales 192 de la Constitución Política, 111 y 112 de la Ley General de la

Administración Pública y 14 de la Ley de Monopolios y del Instituto Nacional de Seguros, No 12, de 30 de octubre de 1924, al igual que los conceptos normativos básicos de la disciplina iuslaboralista, contenidos en los numerales 2, 4, 18 y 585 del Código de Trabajo. Por consiguiente, conforme ya se indicó en la sentencia No. 2001-717, de las 9:40 horas, del 30 de noviembre de 2001. “La circunstancia de que, para contratar sus servicios, se han empleado los procedimientos dispuestos por el derogado Reglamento de la Contratación Administrativa, no es suficiente para negarle aquella condición; si, de acuerdo con las disposiciones contenidas en los numerales 3 y 174 del mencionado Reglamento, esas normas no son de aplicación para la contratación de servicios de esta naturaleza; es decir, de aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de servicios técnicos o profesionales, con relación de subordinación; y, en este caso, de acuerdo con la realidad operada, los servicios del actor fueron ejecutados en esa condición.”⁴⁹

Este caso anterior fue destacado en el Instituto Nacional de Seguros, con el cual se intentaron deslegitimar los derechos del trabajador, pero de nuevo los indicios ya señalados, junto con el contrato de primacía de la realidad ayudaron a esclarecer el caso y resolver en favor la existencia de la relación laboral, y por ende la protección de sus derechos.

2-CASOS EN QUE EL TRABAJADOR INTERESADO PREFERE EL CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES Y NO EL LABORAL. SE DA EL ELEMENTO DE PAGO POR HONORARIOS

En este caso, el elemento común fue la demostración de que se pagaron honorarios por los servicios prestados por las facturas que se aportaron y se manifestó la posibilidad de que el trabajador prefiera el contrato por servicios

⁴⁹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 338. San José. 09:10hrs del 09-07-2003.-

profesionales por considerarlo más favorable. Pero aclarando que la protección del Código de Trabajo no se da en esta caso por la preferencia del trabajador, sino por la comprobación de la existencia del contrato por servicios profesionales:

En relación con la remuneración que percibía el actor, la cual el Tribunal califica como salario y no como honorarios profesionales, se debe analizar la forma en que se le cancelaban sus emolumentos. Al respecto, la prueba documental constante en autos, consistente en las facturas -visibles a folios que van del 13 al 17-, acreditan que al actor se le cancelaban sus honorarios por servicios profesionales, de acuerdo con las horas de servicio efectivamente brindadas. De tales facturas se desprende que, el actor, no recibía una remuneración fija, sino más bien, dependía del número de horas que invertía atendiendo a los empleados de la demandada, lo cual, es prueba del contrato de servicios profesionales. La realidad y el normal acontecer de los hechos nos muestra otra cosa. Una auténtica relación de servicio profesional negociada y aceptada por el actor por resultarle más favorable, pues le daba la posibilidad de introducirse en el mercado del libre ejercicio de la profesión, de obtener una importante clientela, sin pago de cargas sociales, ni del impuesto al salario. Podía reportar gastos y disminuir el impuesto sobre la renta, era independiente en el ejercicio de una profesión liberal, sin sujeción a una jornada laboral ni a vigilancia directa de un superior. Estamos entonces, ante una prestación de servicios profesionales, no ante un contrato laboral. En síntesis, el actor en este caso, no requiere de la protección del Código de Trabajo al que no estaba sujeto, y no puede reclamar los beneficios que la legislación laboral, otorga a los trabajadores que prestan su servicio en virtud de un contrato de trabajo.”⁵⁰

⁵⁰ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 311. San José. 14:40 hrs del 07-10-1999.-

Se observa que este profesional contrató con su empleador un objeto contractual diferente al de un contrato fijo, pues las características del mismo se describen con el acuerdo de trabajar por horas atendiendo a los empleados de esa empresa por la que fue contratado. Bien lo dice la jurisprudencia al señalar una relación negociada y aceptada por el actor en este caso. A lo anterior se une que se comprueba el elemento de pago de honorarios, situación que va en contra de la existencia de contrato de trabajo y que por lo acontecido en el mismo, se evidenció la anuencia del trabajador a ser procesado como profesional liberal y no bajo la protección del derecho laboral. No siendo renunciables sus derechos laborales, sino que se confluieron los elementos de un contrato por servicios por lo que era lo correcto tratarlo bajo la protección legal de dicho contrato.

3-LA CONTRATACIÓN CONTÍNUA Y CONSECUTIVA AUNQUE SEAN EN VARIOS CONTRATOS, NO PUEDE DESLEGITIMIZAR SUS DERECHOS SI EXISTIERON LOS ELEMENTOS DE UNA RELACIÓN LABORAL

Tampoco puede afirmar el fraccionamiento del contrato, ya que este es continuo y consecutivo en el tiempo, lo cual constituye un elemento suficiente para determinar la no dependencia de un trabajador; éste fue el caso de esta profesional, toda vez que el objeto del contrato se estableció por periodos cortos que se fueron prolongando en el tiempo, pero dicho objeto si pertenecía a uno propio de una relación laboral:

Es cierto, como se invoca en el recurso, que la actora fue contratada siguiendo los procedimientos para la contratación por servicios profesionales. Así, la sentencia impugnada tuvo por probados los siguientes hechos, los cuales no han sido cuestionados en esta instancia: que mediante orden de servicio N° 150707, la actora fue contratada por el accionado a partir del 16 de julio de 1997, por un periodo de ocho meses para realizar labores de gestión de cobro judicial; que el contrato se amplió por cuatro meses más realizando las

mismas labores y continuó prorrogándose hasta completar un periodo de servicio de cuatro años, diez meses y catorce días. No obstante, debe tomarse en consideración que el principio de legalidad al amparo del cual debe actuar la Administración (artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública), no puede invocarse como fundamento para legitimar evidentes actos contrarios a la ley y defraudatorios de los intereses particulares. Es decir, no puede aceptarse desde ningún punto de vista que, con independencia de la realidad de las contrataciones, baste el nombre dado por la Administración a una determinada relación, para denegar a verdaderos trabajadores los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, incluso con rango constitucional, como lo es el auxilio de cesantía; pues, por ese camino, se estaría favoreciendo el fraude a la ley, cometido por la propia Administración, la que, como se dijo, está obligada, siempre, a acatarla.⁵¹

Posterior a esta resolución, este análisis se volvió más interesante por el establecimiento de una adecuación de conductas estatales a una sanción, mediante la aplicación del principio de legalidad; este es otro principio aplicable a la resolución de este tipo de casos. Se comprueba una conducta defraudatoria estatal que tiene sus consecuencias en el ámbito del Derecho, consecuencias que más adelante serán analizadas.

4-INTENTO DE DESVIRTUAR EL ELEMENTO DE PRESTACIÓN PERSONAL. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ANONIMAS. REQUISITOS DE PATRONOS PARA CONTRATAR

De la jurisprudencia analizada en el sector público, se encuentran casos de contratación de servicios profesionales por medio de personas jurídicas, por medio

⁵¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 81. San José. 09:30hrs del 14-02-2003.-

de las cuales canalizarán todo lo referente a directrices y pagos, emisiones de facturas por los servicios, y esto también ha sido denunciado como un elemento que no podría desvincular al trabajador de su patrono, si se reúnen los demás requisitos de la relación laboral.- En lo referente se ha dicho:

De lo expuesto se deduce que, a la actora, se le obligó a constituir una persona jurídica con el único fin de intentar sustraer, al Instituto demandado, de las obligaciones propias y típicas de una relación laboral. Es decir, se buscó un subterfugio ilegítimo, para dar una apariencia distinta a las relaciones que, en la práctica eran laborales; con lo cual, indebidamente se pretendió eludir la aplicación de las leyes protectoras del trabajador; lo que nunca podría ser avalado por esta Sala. Comprobado como lo están la prestación personal del servicio, la remuneración (pago por paciente, dado de alta) y la subordinación jurídica (la demandante estaba sometida a un horario, el trabajo lo debía realizar en el Dispensario y con materiales del Instituto, tenía un jefe y se le daban órdenes, que debía cumplir), la Sala arriba a la ineludible conclusión de que la naturaleza de la relación fue laboral. En consecuencia, en lo que ha sido objeto de impugnación, el fallo dictado por el Tribunal de Trabajo de Heredia, debe confirmarse.⁵²

De esta prueba documental, cabe extraer los siguientes indicios de laboralidad: a) En el primer contrato compareció la actora, en su carácter personal; mientras que, en el segundo (y en todos los demás) lo hizo a título de representante del " Bufete Montejo y Asociados Sociedad Anónima, " siendo el objeto de la prestación idéntico en ambos casos, lo cual pone en clara evidencia una posible maniobra patronal, si se atiende al hecho de que, la creación de sociedades en

⁵² Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 240. San José. 09:00 del 20-08-1999.-

que figuran como socios los trabajadores, y a las cuales se les giran dineros por concepto de liquidación de servicios profesionales, es un mecanismo usual, que utilizan algunos empleadores para intentar evadir determinadas responsabilidades. Esta conclusión se ve respaldada con el testimonio de Olga María”.⁵³

En el anterior extracto jurisprudencial se puede dilucidar que se analizó el objeto del contrato, como un elemento para esclarecer la naturaleza contractual de la relación, evidenciando que se cambió de nombre del contratando, pero no así el objeto de este. Y junto con el hecho de los socios de dichas sociedades son los mismos trabajadores a los que se les gira el pago de honorarios por servicios profesionales, deja ver una utilización incorrecta del contrato por servicios profesionales.

*Sin lugar a dudas, esta situación anómala de la exigencia de contratación por sociedades en el sector público llega a evidenciar que en la práctica estamos colmados de casos denunciables y reprochables para con los responsables de conductas como estas: **Es decir, cualquier persona interesada en seguir contratando, con el Instituto, con independencia de que anteriormente se hubiera obligado como persona física, debía, necesariamente, proceder a constituir una persona jurídica. Como consecuencia de esas nuevas directrices y con el afán de poder seguir brindando el servicio, la doctora (...), se vio obligada a crear la persona jurídica denominada (...).Al amparo de lo expuesto, se suscribió el contrato (...) en el que aparecía dicha entidad como contratista y la actora como representante de la empresa, en los cuales se insertó la siguiente leyenda: “La presente contratación no implica bajo ningún concepto vínculo de relación laboral, circunscribiéndose a un típico contrato de carácter administrativo, regido por la Ley de Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa. La obligación del Instituto Nacional de***

⁵³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 275. San José. 10:00hrs del 23-05-2001.-

Seguros será el pago de honorarios contra la presentación de facturas timbradas revisadas y autorizadas por el funcionario administrativo correspondiente.(folio 10 y 11). “⁵⁴

Repasando los casos anteriores, se señala por parte de la Sala Segunda un comportamiento legal de algunos patrones como contratar con personas jurídicas o sociedades anónimas, pero lo incorrecto sería incurrir en esta práctica con la intención de sustraer al patrono de las obligaciones propias de la relación laboral, y ella concluye en eso porque se comprobó en esos casos específicos los elementos diferenciadores de la relación de trabajo. Citando a la Sala Segunda, califica a estos comportamientos como un “subterfugio ilegítimo”, con el ánimo de aparentar en forma distinta a la relación laboral que oculta. También se cita a esta conducta como una “maniobra patronal”, en este caso en el Instituto Nacional de Seguros para encubrir la relación bajo una sociedad, y esta dicta una directriz por escrito para que se ejecute esta conducta de contratar bajo una persona jurídica, para después de manera escrita negar la dependencia de la doctora, en este caso.

5-CASO DEL TRABAJADOR EN EL INSTITUTONACIONAL DE APRENDIZAJE: ACTOS QUE LESIONEN INTERESES DEL TRABAJADOR. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONTRATO REALIDAD

En el caso a analizar, se denota la utilización de un contrato por servicios profesionales donde el objeto del mismo consta en ofrecer servicios no sujetos a una relación laboral. El objeto contractual es un elemento diferenciador de los contratos por servicios frente a los contratos laborales. También se puede extraer de este caso, el pago de honorarios en el contrato por servicios como elemento propio de estos. En lo que interesa la Sala dijo:

⁵⁴ *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 338. San José. 09:10hrs del 09-07-2003.-*

IV.- En el caso concreto, quedó fehacientemente acreditado que, la actora, prestó sus servicios en forma personal y que, a cambio, recibió una contraprestación dineraria. Así las cosas, resta por determinar si se presentó el determinante elemento de la subordinación, en los términos jurídicos a que se ha hecho referencia. En los respectivos contratos se insertó una estipulación que dice: "El INA dará al CONTRATISTA el apoyo logístico necesario para la prestación de sus servicios y éste deberá realizar las acciones de acuerdo con las recomendaciones técnico metodológicas que la Institución imparta. Además, el INA se reserva el derecho de evaluar la calidad del servicio prestado. En todo caso, las recomendaciones que la Institución hiciera al contratista será de acatamiento obligatorio". Dicha cláusula fue realmente llevada a la práctica. La actora se vio forzada a recibir un Curso de Metodología y Didáctica, como presupuesto, previo e indispensable, para ser contratada (folio 18).

1). El numeral 2 siguiente, expresamente le niega la naturaleza laboral a este tipo de contrataciones, al establecer: "La contratación derivada de este sistema, no implica relación laboral. Se regirá por lo previsto en este reglamento y su instructivo interno y por lo dispuesto en la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento antes citado. En ningún caso, el INA asumirá responsabilidad por concepto de seguro social y riesgos profesionales. Para este último efecto el contratista deberá suscribir y presentar ante el INA una póliza de riesgos que cubran el monto de los honorarios y período total de la contratación." III.- Tal y como se indicó, la actora prestó servicios con base en contratos escritos que fueron titulados "CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES NO LABORALES", los cuales se sucedieron en el tiempo. En todos ellos se incluyó una cláusula, al amparo del Reglamento aludido, según la cual, la contratación no implicaba relación laboral.⁵⁵

⁵⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 241. San José. 09:10hrs del 20-08-1999.-

En el estudio del presente caso y en el objetivo de integrar los temas tratados en esta investigación, se puede afirmar que la actora en este caso se encuentra inicialmente en una situación de contrato Unilateral ante el Estado; es decir, se encuentra en el papel un contrato por servicios profesionales público sujeto a prerrogativas propias de la institución para la que labora. En ese contrato, y por la Ley Orgánica de esa institución, ella se encuentra con una cláusula que expresamente le impone subordinación ante las “recomendaciones” que le emiten, indicándolas obligatorias, por lo que se configura uno de los más difíciles de los elementos de la relación laboral. Asimismo, por la vía testimonial se logra comprobar que estaba sujeta a un horario, elemento que se ha visto que coadyuva a confirmar la dependencia de la relación por la trabajadora; además, por el mismo medio anterior, se comprueba el pago de viáticos, se le daba los materiales para laborar y para rematar, se le exige póliza de riesgo del INS y cotización del seguro ante la Caja como requisito indispensable para su contratación, todo lo que viene solamente a reforzar elementos evidentemente laborales por lo que se ha analizado hasta ahora. Por parte del INA, éste alega que no hubo relación laboral, alegando explícitamente que se contrató por ley interna del INA, y por disposición especial respecto a la trabajadora. Pero ante lo anterior, se refuerza el principio de contrato realidad, antes estudiado; la normativa alegada para contratar por parte del Estado, no es impedimento para que esta Autoridad Jurisdiccional revise el fondo del caso y determine que la verdadera naturaleza de la relación, independientemente del Reglamento alegado, pues este no puede dejar sin efecto una norma de mayor rango, como son los artículos del citado del Código de Trabajo y Ley General de Administración Pública, que definen los elementos de la relación laboral. Lo anterior configura por excelencia el principio de legalidad con rango Constitucional, el cual debe quedar muy claro en este asunto, porque aunque inicialmente la relación puede parecer que se ajusta a este principio, éste debe ser integrado con las demás normas aplicables, en beneficio de lo que realmente pasó en la relación. Este contrato, aunque se alegue fragmentado, el principio contrato realidad permite que los jueces le den más prioridad a los hechos acontecidos, frente a los posibles documentos que se aportan al expediente. De esa manera se

confirma la relación laboral, en casos como estos, mediante la aplicación de los principios mencionados.

6-CASO DEL TRABAJADOR EN LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL: ACTOS QUE LESIONEN INTERESES. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONTRATO REALIDAD

Un caso denominado de “consultoría” donde confluyen varias particularidades destacables. Se da un ejemplo del fraccionamiento en el tiempo de su contrato, también se incluyen en su contrato cláusulas evidentemente subordinatorias. Y contempla el caso de reconocimiento de aguinaldo por parte de una Inspección de Trabajo. El extracto a continuación, contempla los puntos más relevantes de la sentencia, que aunque sean extensos, todos tienen su aporte que se describe al final de la cita.

El referido contrato N° 21-97 se denominó como de consultoría; asimismo, en el punto 10 de su contenido disponía: "ninguna estipulación del presente contrato podrá interpretarse en el sentido de que entre la contratante y la consultora existe una relación de empleador y empleado o de mandatario y mandante. No obstante lo anterior, del análisis de otras cláusulas incluidas en este, así como en los demás documentos suscritos posteriormente por las partes, se coligen ciertos factores que denotan claramente indicios de laboralidad, sobre todo las relativas a las funciones encomendadas a la accionante, a través de las cuales se vislumbran claros visos de subordinación con respecto a la entidad demandada. Asimismo, se nota la exclusividad que debía mantener la demandante al deber abstenerse de realizar funciones similares para otras empresas o instituciones. Si bien se le pagaba mediante honorarios, previa presentación de factura comercial y factura de la CCSS , ello no excluye, por sí solo, la existencia de una relación laboral, máxime si se toma en cuenta que la contratación gozaba de una presunción de laboralidad y que la parte demandada no aportó elementos de prueba que la

desvirtuaran. Esta Sala, en el voto N° 81, de las 9:30 horas del 14 de febrero del 2007, dispuso que aún tratándose de instituciones públicas se debe respetar el verdadero contenido de una relación de trabajo aunque esta se haya denominado de forma diversa. No obstante, debe tomarse en consideración que el principio de legalidad al amparo del cual debe actuar la Administración (artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública), no puede invocarse como fundamento para legitimar evidentes actos contrarios a la ley y defraudatorios de los intereses particulares. Es decir, no puede aceptarse desde ningún punto de vista que, con independencia de la realidad de las contrataciones, baste el nombre dado por la Administración a una determinada relación, para denegar a verdaderos trabajadores los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, incluso con rango constitucional, como lo es el auxilio de cesantía; pues, por ese camino, se estaría favoreciendo el fraude a la ley, cometido por la propia Administración, la que, como se dijo, está obligada, siempre, a acatarla. En ese sentido se pronunció esta Sala en el Voto N° 669, de las 9:40 horas, del 9 de noviembre del 2001: 'Resulta importante destacar que ni en el ámbito laboral privado, ni en el público, le está permitido a los patronos desnaturalizar los contratos laborales o de servicio público, para disminuir la protección al trabajador, garantizada en la Constitución Política. En el sector público no hay ninguna autorización legal, para utilizar formas de negociación cuya verdadera finalidad sea eliminar, los derechos propios de una contratación de servicio público laboral. También debe indicarse que, el Estado y sus instituciones, tienen facultades para utilizar, en su funcionamiento, institutos jurídicos diversos del 'contrato de servicio público', cuando esto no sea un mecanismo de evasión de las cargas que impone el respeto a los derechos laborales, de los servidores públicos'." (El subrayado no consta en el original). Otro aspecto a considerar para apoyar la tesis expuesta es que, debido a una inspección realizada al Proyecto de Modernización de la CCSS el 18 de enero del 2001, por parte de una inspectora del Ministerio de Trabajo, se dispuso lo

*siguiente: "Todas las instituciones autónomas y semiautónomas del Estado y las Corporaciones Municipales están obligadas a pagar a sus funcionarios administrativos y empleados de cualquier clase que sean y cualquiera que sea la forma en que desempeñen sus labores y en que se les pague el salario, figuren o no individualmente sus salarios en los respectivos presupuestos, un sueldo o salario adicional en el mes de diciembre de cada año. Asimismo, tendrán derecho a este beneficio todos los servidores de estas instituciones del Estado y municipalidades que reciben pensión o jubilación". (Folios 163-165)...*⁵⁶

Respecto al caso en cuestión, se contrata por la CCSS una consultoría, la cual termina por renuncia de la actora. Donde el contrato expresamente contenía cláusula de exclusión de relación laboral con la empleada, es decir no estaba dentro del objeto del contrato que la trabajadora perteneciera el régimen de empleo público. Se analiza el contrato y se encuentran cláusulas que hacen presumir la laboralidad del mismo, pues se comprueba que se encontraba sometida a un horario, y realizaba sus labores dentro de la institución, lo que refuerza más la naturaleza laboral del mismo. La demandada, en este caso, no logra desvirtuar esa presunción y se determina por medio de la Sala Segunda que debe respetarse, por principio de contrato realidad, los hechos que acontecieron en la relación laboral y no los servicios de consultoría que se pactaron. Por lo que en aplicación del principio de legalidad, no puede invocar la contratación por servicios de consultoría para contraponerla contra dicho principio, sea para legitimar un contrato que no fue de servicios profesionales en la práctica, como se probó en la sentencia, sino que su naturaleza fue laboral. Este tipo de actuación estatal ha sido determinada por la jurisprudencia como un intento de legitimar actos contrarios a la ley, y por ende defraudatorios a los intereses particulares. Lo anterior, refuerza de manera sólida, el principio de legalidad en la Administración y en el derecho laboral.

⁵⁶ (Resolución número 577 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas del dieciocho de julio del dos mil ocho.)

Con el caso se refuerza que no basta con que la Administración designe por nombre a un contrato de servicios profesionales, cuando en realidad de las contrataciones no se desarrollaron de esa forma, siendo que se denegarían derechos del trabajador consagrados en el ordenamiento jurídico. Resalta que, ni en el ámbito laboral privado, ni en el público, está permitido a los patronos desnaturalizar los contratos laborales o de servicio público, para disminuir la protección al trabajador garantizada por la ley, lo que describe a la perfección lo tutelado por el principio de contrato realidad. En forma adicional, esta sentencia resuelve el beneficio del aguinaldo a favor de la actora, justificándose en que todas las instituciones autónoma y semiautónomas deberán pagar a sus empleados de cualquier clase el aguinaldo, basado en criterio que emite el Ministerio de Trabajo.

7-CASO DE LOS PROFESIONALES EN DERECHO

Como un aporte a este gremio, y específicamente sobre el servicio que prestan los profesionales en Derecho, la Sala, con apoyo en la doctrina, ha resuelto:

*Se pueden dar dos grandes grupos de profesionales en derecho: a) aquellos que prestan su servicio por cuenta y bajo dependencia de un empleador, e insertos en la organización de éste y; b) los prestados a un cliente, en régimen de autoorganización profesional. En el primer supuesto, nos encontramos ante una relación laboral y, en el segundo, ante una relación o serie de relaciones reguladas por el derecho civil (normalmente previa celebración de contratos de arrendamiento de servicios). Ahora bien, dentro de los elementos que señala la doctrina para identificar que nos encontramos en alguno de estos supuestos, el primero de ellos consiste en la **existencia de una prestación personal**. Al respecto, se afirma que “la ausencia de nota de personalidad (esto es,*

de la obligación del deudor de cumplir personalísimamente y sin posibilidad de sustitución su prestación) determina que la actividad del abogado quede al margen del contrato de trabajo y deba subsumirse en una relación de naturaleza civil. Tal sucede en los supuestos en que los servicios profesionales se contratan por un cliente con todo un bufete de abogados o consultorio jurídico, de modo que los mismos son prestados indiferenciadamente por todos sus integrantes ... " (MONTROYA MELGAR, Alfredo y CAMARA BOTIA, Alberto. " ABOGADOS: PROFESION LIBERAL Y CONTRATO DE TRABAJO. Madrid, España, Editorial Tecnos, 1990, pág. 18). Otro elemento determinante para concluir que nos encontramos en presencia de una relación laboral es lo que se ha llamado " **indicios de dependencia** " , los cuales se encuentran conformados por: **a) el lugar de trabajo; b) la exclusividad; c) la jornada y el horario y; d) la retribución** (ibíd. cit. pág. 20). En cuanto al primer supuesto, el hecho de desempeñar la actividad en su propio despacho profesional y no en instalaciones que posibilitan la vigilancia del empleador, se toma como evidencia la autonomía profesional. La exclusividad y la preferencia, supone la existencia de un cierto grado de subordinación. Por su parte, el aspecto de la retribución fija y periódica, o por el contrario, la retribución por acto profesional realizado, actúan, respectivamente, como indicios de la subordinación o autonomía del abogado. De esta manera, ... "el carácter civil de la relación de servicios se "robustece " si se tienen en cuenta la forma en que se remuneran, no por medio de asignaciones fijas ni periódicas sino mediante honorarios profesionales que se abonan en razón al número e importancia de asuntos despachados ... " (Ibíd. cit. pág. 24)(negrita no es del original)"

57

Lo valioso de esta resolución es la diferencia que hace de los posibles elementos que pueden determinar, en el caso específico de los abogados, donde destacan los profesionales que trabajan por cuenta ajena, como parte de una

⁵⁷ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto 36. de las 14:40 horas, del 16 de febrero de 1999.-

organización por el otro lado, la autorregulación profesional que se da en el gremio, relación que pertenece totalmente al ámbito civil.

8-CASO DEL OBJETO DEL CONTRATO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DE UNA RELACIÓN LABORAL

En este caso, se trata el tema de la contratación de doña Anabel González y don Roberto Echandi para el tratamiento de la negociación del tratado de libre comercio entre nuestro país y Estados Unidos. Esta contratación obedece a un tema muy específico, por lo que se extrae del caso un elemento necesario y diferenciador a la hora de analizar cuando se está ante una relación de trabajo o bien ante una situación de un profesional independiente, sea el objeto del contrato. La legalidad en esta contratación figuró un papel muy importante, toda vez que se definieron las funciones y el objeto del contrato, de conformidad con una ley especial, lo que facultó el desempeño de estos profesionales bajo un contrato por servicios por el objeto contratado en el mismo.

En lo importante señala la Sala Segunda:

La contratación de servicios profesionales está concebida como el mecanismo legal idóneo para atender necesidades de la administración que tengan el carácter de ocasionales y que estén referidas a un objeto específico, tal y como acontecía en el sublítem. Ahora bien, el párrafo final del artículo 3 de cita dispone que en ambos supuestos (funcionarios de confianza o profesionales contratados al efecto) se reputan como servidores públicos, mas ello no convierte a los profesionales en empleados subordinados, sino que de lo que se trata es de someter a los negociadores comerciales, cualquiera que sea el tipo de su contratación, al régimen de responsabilidades civiles y penales del funcionariado público, dada la índole de sus tareas. La ficción jurídica indicada tiene lógica si se toma en cuenta que la propia ley califica los procesos de negociación comercial internacional como de interés público (ordinal 2 de la Ley n° 8056). De conformidad con lo

*anterior, es razonable que el legislador tuviera el deseo de dotar al Ministerio de Comercio Exterior de formas de contratación flexibles, no sujetas al empleo público, pero sí sometidas al régimen de responsabilidades de los funcionarios públicos, en razón de la materia objeto de contratación.*⁵⁸

En la condición especial en la que se contrató a estos profesionales, se analizó su condición de funcionario público o funcionario privados, a fin de determinar el elemento de la subordinación a pesar del objeto del mismo, lo que hace más ilustrativo el caso. Además, se analizó que los mismos no pertenecían a una posición jerárquica dentro de la organización excluyendo la subordinación también. Con el fin de complementar la importancia del objeto del contrato en estos casos, se adjunta en dicha resolución la redacción del mismo en el contrato original, lo que comprueba que una buena redacción en el contrato, evita confusiones o zonas grises en los mismos, y así el Estado pueda contratar válidamente a sus profesionales mediante el contrato de servicios, o bien mediante una relación de empleo público. Esto con el fin de brindar seguridad jurídica a ambas partes al contratar.

Para lo anterior, se adjunta el extracto de la sentencia: “La figura del embajador especial se fundamenta en la “Ley reguladora del otorgamiento de pasaportes diplomáticos y servicio”, n° 7411 del 25 de mayo de 1994, reglamentada por el Decreto Ejecutivo n° 26951 del 6 de marzo de 1998. Por ese medio se le confiere a una persona (trátese de un sujeto privado o de un funcionario público) el rango o estatus de embajador para que represente al Estado en una misión especial -o sea, temporal y específica-, sin que por ello forme parte del Servicio Exterior de la República, por lo que no se le aplica el Estatuto del Servicio Exterior, ni está subordinado al Ministro de dicha cartera, es decir, no surge una relación laboral con la Cancillería. En aras de una mejor comprensión, conviene copiar el ordinal 8 del Reglamento: “*Misión Especial: Toda aquella misión*

⁵⁸ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 2010-000823. San José. 15:00 del 10-06-2010.-

temporal conformada por una o varias personas públicas o privadas, con carácter representativo del Estado, enviada por este ante otro Estado u organismos internacionales, con el consentimiento y acreditación del Estado Receptor, para tratar con él asuntos concretos o realizar ante él un cometido determinado". Nótese que el enviado especial puede ser una persona particular o un servidor público, por lo que la designación de don Roberto y doña Anabel como Embajadores Especiales para Asuntos Comerciales del país, no tuvo la virtud de convertirlos en funcionarios públicos. Si bien en ese acuerdo se le encomendó a doña Anabel la dirección del proceso de negociación, ello no implica que formara parte de la estructura jerárquica del COMEX, pues no era jefa de los negociadores -en ningún momento se demostró que les girase órdenes o instrucciones-, sino que fungía como coordinadora del proceso. El contrato de consultoría suscrito el 20 de diciembre de 2002 es absolutamente claro en cuanto a que no se trataba de una relación laboral, sino por servicios profesionales. Por su importancia, a continuación se transcribirán las cláusulas más relevantes (folios 38-52 del expediente administrativo):

"I. OBJETO DEL CONTRATO a) De seguido se detallan los servicios profesionales que el consultor suministrará al Ministerio de Comercio Exterior:-Brindar asesoría al Ministerio de Comercio Exterior en el diseño e implementación de la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos.-Asesorar al Ministerio de Comercio Exterior en la elaboración de un mecanismo de información, divulgación y consulta en relación con la negociación de dicho tratado. -Analizar el contenido y alcance de los acuerdos comerciales suscritos por Estados Unidos con otros socios comerciales, así como otra información relevante para el proceso de negociación.-Proponer diversas alternativas que permitan definir la estrategia de negociación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos.

-Proponer diversas alternativas en relación con las posiciones sustantivas a presentar en la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos.-Representar al país en las rondas de negociación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados

Unidos, así como en toda otra reunión relacionada con dicho proceso.-Asesorar al Ministerio de Comercio Exterior en la revisión legal del texto del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos.-Proponer proyectos de cooperación para el fortalecimiento de la capacidad técnica regional y el mejoramiento de la competitividad internacional del país.-Coordinar con otras entidades competentes en Costa Rica incluyendo, entre otras, la Dirección General de Aduanas, la Oficina de Cooperación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica, y la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, en la elaboración específica de las propuestas de actividades de cooperación y su implementación.-Coordinar y trabajar conjuntamente con las entidades competentes estadounidenses encargadas de la cooperación en diseño y desarrollo de actividades específicas en las distintas áreas temáticas del tratado.

*(En el contrato de doña Anabel se agregó: Coordinar y dirigir la participación de Costa Rica en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos).*b) **EL CONSULTOR deberá ejecutar los servicios contratados bajo la filosofía del trabajo en equipo, tanto con otros profesionales como con funcionarios públicos; asimismo deberá coordinar la ejecución de sus servicios con las actividades de otros Ministerios e Instituciones Públicas y Privadas relacionadas con una o varias áreas de la Política Comercial Exterior de Costa Rica, cuando así se requiera. Deberá mantener actualizados sus conocimientos y destrezas relacionadas con la política comercial internacional del país, por cuanto los servicios contratados exigen aportes creativos y originales.c) EL CONSULTOR prestará sus servicios bajo la coordinación de los Despachos del Ministro y la Viceministra de Comercio Exterior, a quienes deberá mantener informados del desarrollo de tales servicios según el calendario establecido entre ambas partes o en el momento en que lo considere conveniente y oportuno, según lo aconsejen las circunstancias. En todo caso, las Partes reconocen expresamente que todas las decisiones relevantes en la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos, en particular las relacionadas con las disposiciones sustantivas de este tratado,**

corresponden exclusivamente al titular del Ministerio de Comercio Exterior, de conformidad con las competencias que la ley le atribuye. EL CONSULTOR se compromete a viajar a los países correspondientes, cuando ello se requiera para poder cumplir a cabalidad con el objeto del presente contrato.d) Con sujeción al acuerdo entre ambas partes, las condiciones de los servicios profesionales establecidos en el presente Contrato podrán ser modificadas según sea necesario en interés de COMEX. En caso de que dichas modificaciones representen trabajo adicional o disminución del mismo para cualquiera de las partes, se procederá con las negociaciones pertinentes”....IV. DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE EL CONSULTOR: EL CONSULTOR no será considerado como funcionario del MINISTERIO ni del CONTRATANTE, dado que su relación se da por la vía de los servicios profesionales; no obstante, de conformidad con las disposiciones del artículo 3 in fine de la Ley 8056, dada la naturaleza de los servicios que prestará y por así disponerlo en forma expresa la normativa indicada, será considerado en la ejecución de tales servicios como servidor público. EL CONSULTOR no está exento del pago de los impuestos correspondientes y será su exclusiva responsabilidad el pago de los mismos, cuando aquellos graven las sumas recibidas en virtud del presente contrato, y por tanto, las partes convienen en que son de cuenta del CONSULTOR los montos que en concepto de cualesquiera impuestos pudieran corresponderle o estaría obligado a satisfacer de conformidad con la legislación tributaria respectiva. EL CONSULTOR no tendrá derecho a ningún pago por concepto de prestación, subsidio, indemnización, pensión u otra prestación social por parte del MINISTERIO o del CONTRATANTE que no esté expresamente prevista en este Contrato, dada la naturaleza de esta contratación. Por lo tanto, los seguros de enfermedad, invalidez, vejez y muerte y cualquier otra prestación social para los funcionarios y empleados a cargo del CONSULTOR, así como a sus dependientes son de cuenta y responsabilidad exclusiva del CONSULTOR. En estos términos, el MINISTERIO y el CONTRATANTE quedan exentos de cualquier responsabilidad por los conceptos descritos en este numeral.VII.

DE LA DECLARACIÓN EL CONSULTOR acepta dedicarse en forma exclusiva a las actividades objeto de esta contratación”.

Valga recalcar que se estipuló expresamente que no habría una relación laboral, sino por servicios profesionales. Además, se contempló la posibilidad de que los consultores contratasen su propio personal de apoyo, lo que desvirtúa la prestación personal del servicio, factor clave en el contrato de trabajo. También se indicó que el vínculo de los consultores con el Ministro del ramo sería de coordinación y no de subordinación. La facultad del COMEX de variar unilateralmente las condiciones pactadas es propia de las potestades de imperio de la Administración en materia de contratación administrativa, y no configura un *ius variandi* en términos laborales. Luego, el que los honorarios se hayan establecido en una suma fija y periódica no los transforma en salarios, amén de que se cancelaban contra factura y los propios consultores eran los que declaraban y pagaban el correspondiente impuesto sobre la renta.⁵⁹

CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD ESTATAL ANTE EL FRAUDE DE LEY. POSIBLES CONSECUENCIAS PENALES-LABORALES

SECCIÓN I: RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, DE LOS FUNCIONARIOS Y DE LOS PARTICULARES

A continuación se efectúa un análisis de los diferentes ámbitos de aplicación, en caso de determinarse una responsabilidad estatal por encuadrar conductas estatales dentro de los supuestos de hecho que contemplan estos artículos.

A-ADMINISTRACIÓN

⁵⁹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 2010-000823. San José. 15:00 del 10-06-2010.-

- La Ley General de la Administración Pública en sus artículos 190 a 198, establece las responsabilidades de la Administración por los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctimas o hecho de un tercero. La administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores.-
- La Ley de Administración Financiera y de Presupuesto Público en su artículo 110 detalla los hechos generadores de responsabilidad administrativa, por el cumplimiento en la administración de los contratos públicos.-

B-FUNCIONARIOS

- La Ley General de Administración Pública en sus artículos 199 a 213, establece las responsabilidades de los funcionarios ante terceros por actuar con dolo o culpa grave en el desempeño de los deberes; la responsabilidad solidaria de la Administración por los actos equivocados de sus funcionarios; y las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento jurídico, o por dolo o culpa grave.-

C-PARTICULARES

- Según la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos los particulares incurrirán en responsabilidad civil cuando se beneficien con los recursos públicos, según los presupuestos de los artículos 110 y 111.-

En estos tres ámbitos, en el derecho administrativo, nada quedaría por fuera en caso de denuncia o de apertura de un proceso de esta índole, toda vez que los artículos contemplan una solidaridad entre los tres, y solo bastaría demostrar a donde se generó el comportamiento que pudiera ser perseguido por lo que contempla la ley. En aplicación de estos artículos al tema de investigación, se puede hacer ver a la Administración y sus funcionarios que podrían ser propensos a incurrir en dichas conductas en fraude de ley por aplicación de estos contratos sin un objetivo bien delimitado para estos servicios técnicos y profesionales contratados. Por lo anterior, es válido y actual conocer los parámetros o lineamientos establecidos en este trabajo de investigación no confundir el principio de legalidad con la realidad en la aplicación de los contratos.

SECCIÓN II: RESPONSABILIDAD ESTATAL ANTE SUS CONDUCTAS ADMINISTRATIVAS. POSIBLES CONSECUENCIAS PENALES-LABORALES

De los anteriores pronunciamientos analizados, llama la atención los señalamientos que hace la Sala Segunda en materia de consecuencias en las que podría incurrir el Estado, en razón de ciertos comportamientos contractuales, en materia de contratos por servicios profesionales, pues señala que muchas veces se evidencia un comportamiento contrario al régimen jurídico al que está determinado, incurriendo en actos que ha calificado la Sala como actos defraudatorios a los intereses particulares, favoreciendo el fraude de ley.

No obstante, debe tomarse en consideración que el principio de legalidad al amparo del cual debe actuar la Administración (artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la

Administración Pública), no puede invocarse como fundamento para legitimar evidentes actos contrarios a la ley y defraudatorios de los intereses particulares. Es decir, no puede aceptarse desde ningún punto de vista que, con independencia de la realidad de las contrataciones, baste el nombre dado por la Administración a una determinada relación, para denegar a verdaderos trabajadores los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, incluso con rango constitucional, como lo es el auxilio de cesantía; pues, por ese camino, se estaría favoreciendo el fraude a la ley, cometido por la propia Administración, la que, como se dijo, está obligada, siempre, a acatarla. En ese sentido se pronunció esta Sala en el Voto N° 669, de las 9:40 horas, del 9 de noviembre del 2001: 'Resulta importante destacar que ni en el ámbito laboral privado, ni en el público, le está permitido a los patronos desnaturalizar los contratos laborales o de servicio público, para disminuir la protección al trabajador, garantizada en la Constitución Política. ⁶⁰

También señala que se evidencia una finalidad evasora al respecto de garantías laborales y constitucionales que tendría un trabajador que desempeña sus labores bajo los elementos que componen una relación dependiente. Esto la Sala lo ha hecho con términos no muy adornados y utilizando una descripción despectiva de este comportamiento, y aunque ya se haya citado alguna de esta jurisprudencia, se ha de indicar nuevamente con el objetivo de enfocar esta vez esa calificación de los hechos que realiza la Sala de la siguiente manera:

La denominación que se le dé al contrato, no puede ser utilizada con la finalidad de evadir e intentar irrespetar las garantías laborales constitucionales y legales, desarrolladas por nuestro ordenamiento. Esta afirmación, en consecuencia, resulta válida para ambos sectores.

⁶⁰ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 2008-000577. San José. 10:00hrs del 18-07-2008.-

También debe indicarse que, el Estado y sus instituciones, tienen facultades para utilizar, en su funcionamiento, institutos jurídicos diversos del “contrato de servicio público”, cuando esto no sea un mecanismo de evasión de las cargas que impone el respeto a los derechos laborales, de los servidores públicos. ⁶¹

La Sala es clara en enfatizar que el Estado y sus contratantes deben velar por la correcta utilización de los contratos por servicios profesionales en este sector público, toda vez que la ley lo faculta para su utilización, pero esta aplicación no debe ir en detrimento de derechos o garantías ofrecidas a los contratados, sino que dichos contratos deben ir redactados desde su principio hasta su fin con el objetivo claro y con las cláusulas correctas para evitar una mezcla de factores que desencadenen incertidumbre jurídica para los involucrados directos, así como para los operadores en derecho.

Así también, señala la vigilancia que debe tener el Estado para no incurrir en el irrespeto y así no producir efectos sociales anti solidarios, y no evadir el pago tributario por dichos trabajadores.

Lo hace como sigue: - En otro orden de ideas, cabe recalcar que, en este tipo de situaciones, impera el tratamiento casuístico, basado en la interpretación de los hechos que el juzgador haga con base en las pruebas aportadas. 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 del Código de Trabajo 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 engañosos 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

⁶¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 338. San José. 09:10hrs del 09-07-2003.-

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 anti solidarios; además de que, probablemente, se evada también la legislación tributaria. ⁶²

Como fue señalado en primera sección de este capítulo, los artículos 190 al 198 de la Ley General de Administración Pública establece las responsabilidades de la Administración por los daños que cause su funcionamiento y deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores. Así como en materia de contratos públicos en la Ley de Administración Financiera y de Presupuestos Públicos en su artículo 110 detalla los hechos generadores de responsabilidad administrativa, por el incumplimiento en la Administración de los contratos públicos y respecto a sus funcionarios y las responsabilidades ante terceros, por actuar con dolo o culpa grave en el desempeño de los deberes; la responsabilidad solidaria de la administración por los actos equivocados de sus funcionarios; y las responsabilidades disciplinarias de los funcionarios por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento jurídico, o por dolo o culpa grave.

En primer lugar, así como lo indica la jurisprudencia el Estado podría incurrir en Fraude de ley, en segundo lugar con fraude de ley Tributario por la no retención del impuesto de renta que pudiera haber realizado el estado como patrono en una relación de trabajo, pactando por servicios profesionales y, por último, con una Infracción a las Leyes de Trabajo por el no pago de la seguridad social de esos legítimos trabajadores dependientes.

A-ANTE EL FRAUDE DE LEY

⁶² Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 338. San José. 09:10hrs del 09-07-2003.-

En materia penal se regula en la Ley Contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, ley número 8422, en su artículo 58, donde establece que será penado de uno a cinco años el funcionario público que ejerza una función administrativa en fraude de ley. Igual pena se le aplicará al particular que, a sabiendas de la inconformidad del resultado con el ordenamiento público, se vea favorecido o preste su concurso para este delito.

B-FRAUDE DE LEY TRIBUTARIO

Comportamiento consistente en la realización de un determinado acto o negocio que, sin embargo, se oculta bajo la apariencia de un hecho imponible diferente al que le correspondería según su naturaleza, siéndole de aplicación como consecuencia de ello otra norma distinta, consiguiendo así un menor gravamen de los que hubiera resultado por aplicación de la norma defraudada. La figura del fraude presupone una dualidad de normas jurídicas tributarias: una, la norma defraudada, que es la que debía aplicarse al negocio verdaderamente realizado y que no es de aplicación por esa ocultación del hecho imponible realmente realizado, y dos, la llamada norma de cobertura que es la que realmente se aplica y que lleva, bien a un menor gravamen o bien a lograr la exención o no sujeción del acto.

C-INFRACCIÓN A LA LEY DE TRABAJO

La actividad de control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se centra básicamente sobre las conductas que el ordenamiento social califica como «infracciones administrativas». Estas infracciones son aquellas acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia laboral, tipificadas y sancionadas conforme a los distintos preceptos legales, según la materia. En nuestro código regulado en el artículo 608.

**CAPÍTULO V: ELEMENTOS COMUNES Y DIFERENCIADORES DE LOS
CONTRATOS LABORAL Y DE SERVICIOS PROFESIONALES EN EL SECTOR
PÚBLICO**

Este capítulo tiene como objetivo recopilar las características descritas para los contratos de trabajo y para los contratos de servicios profesionales, realizar un análisis comparativo de ambos contratos y con sus ventajas y desventajas, tanto en el derecho laboral privado como el derecho público.

SECCIÓN I: CONTRATO DE TRABAJO

A- VENTAJAS

En este contrato se puede encontrar una primera ventaja, con una normativa desarrollada y acuñada en el Código de Trabajo, así como en la Constitución Política. Es un contrato con cuatro elementos que se encuentran bien desarrollados, y garantizan una estabilidad con: a) la prestación personal del servicio, b) la remuneración y c) la subordinación d) ajenidad.

Existen beneficios irrenunciables otorgados por ley para estos trabajadores, tales como: Seguridad Social, salario mínimo, jornada de trabajo, vacaciones anuales remuneradas, aguinaldo, retribución fija y periódica, auxilio de cesantía, la libertad sindical, al paro y a la huelga, al auxilio de cesantía y a la higiene y seguridad en el trabajo que se encuentran contempladas en el Código de Trabajo y la Constitución, beneficios que producen el trabajador una égida de las garantías que el Estado ofrece para defenderle en medio de las inclemencias del desarrollo de la vida laboral de las personas.

B- DESVENTAJAS

Se le señala a este contrato que no goza de las características de una relación de contrato por servicios profesionales, donde el profesional goza de su libre determinación para desarrollar sus labores en la condiciones que le

convengan, sin un régimen de subordinación, ni obligación de la prestación personal de servicio, siempre y cuando se cumpla con el objeto pactado que se remunera por medio de honorarios.

SECCIÓN II: CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES

A- VENTAJAS

Se dice que dadas las características especiales del servicio que se presta, que es eminentemente técnico, ante el específico y exclusivo conocimiento de un determinado profesional.

Además, los servicios profesionales generalmente gozan de prestigio en el grupo que se desenvuelve, tienen una posición ventajosa que le permite contratar en mejores condiciones que las que puede lograr, sometiéndose a un contrato regulado estrictamente por el Código de Trabajo.

Convierte los costos fijos invertidos en el servicio, en costos variables (reduce, controla el gasto de operación) Al concentrarse en las actividades centrales se puede incrementar el enfoque y la productividad corporativas (se dispone mejor de los fondos de capital) Se tiene una mejor disposición para usar dinero en efectivo y fondos de capital. Se tiene un mejor enfoque y visión de la empresa. Se tiene acceso a servicios especializados para dar mejor atención a la clientela de la empresa. Las tareas de reingeniería empresarial, se tornan más factibles. Los riesgos empresariales se distribuyen, se liberan recursos e insumos de la empresa para ser reubicados en sitios de una mayor rentabilidad. Pueden manejarse con más facilidad funciones difíciles. Se tiene acceso a habilidades y tecnologías, a nivel nacional.

B- DESVENTAJAS

El contrato por servicios técnicos o profesionales que carezca de flexibilidad puede resultar caro.

El no efectuar un contrato adecuado es un riesgo para ambas partes, porque las partes invierten directamente de sus recursos para emplear en el objetivo.

A la hora de contratar con el contratista de servicios hay que ser cuidadoso, porque puede ser una opción inadecuada, y si este falla, el perjuicio para la ambas partes puede ser muy cuantioso.

Se puede generar una dependencia de una parte hacia la otra o viceversa, toda vez que la labor contratada facilite el proceso de crecimiento de ambos, y después ya no continúan con la relación.

Finalmente se considera que el hecho de que la contratación administrativa de servicios profesionales no esté de manera continua y permanente en la Administración -excepción hecha de lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa- debilita su continuidad en la relación de empleo, siendo lícito contratar por esta vía únicamente requerimientos ocasionales que permitan al final del contrato obtener un resultado concreto.

El contrato por servicios profesionales o técnicos carece de protección garantista del Código de Trabajo, por lo que muchos profesionales desconocen su futuro cuando trabajan para empresas en el ámbito privado.

SECCIÓN III: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE AMBOS

A-DIFERENCIAS

La diferencia principal entre el contrato por servicios profesionales y el contrato laboral radica en el elemento denominado subordinación jurídica siempre estará presente en el contrato laboral y nunca en el primero. Es decir se diferencian con ese elemento.

Algunas diferencias entre un contrato por servicios profesionales y un contrato de trabajo puro y simple: son *“(...) en principio, el contrato por servicios profesionales consiste en un acuerdo entre partes, forma autónoma, técnica y especial a otra, por una retribución económica, denominado generalmente “honorarios”. Dentro de ese concepto, así como del propio artículo 18 del Código de Trabajo y la jurisprudencia correspondiente, se tiene que, en una relación de servicios profesionales, no existen los elementos configurativos de una relación de empleo público, principalmente el referido a la subordinación jurídica (...)”*.⁶³

Como se dijo, el concepto de servicios profesionales al tener por objeto una o varias actividades concretas, excluye la posibilidad de la subordinación jurídica y eso las diferencia. Además, en los contratos por servicios profesionales no se posibilita el pago de ningún emolumento que no sean honorarios; mientras la contratación laboral, a plazo indefinido, permite al dador de éste, gozar de una serie de reajustes y beneficios adicionales que se otorgan en la Administración Pública, como son los aumentos por costo de vida, carrera profesional, entre otros.

Se diferencian ambos contratos porque en uno opera la libre contratación comercial y en el otro la restringida en lo laboral.

Con los criterios a continuación, se ha señalado que caracteriza al trabajador independiente se diferencia del dependiente porque a) trabaja por su cuenta; b) soporta los riesgos de la cuenta de explotación; c) es responsable ante la

⁶³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Número 2008-000577. San José. 10:00hrs del 18-07-2008.-

justicia de todas las acciones punibles en que pudiera incurrir; d) paga sus propias cotizaciones sociales, los impuestos de la renta, ;e) contrata a sus trabajadores, si los tiene; f) trabaja como independiente, para otro empleador, como subcontratado o como asesor, como consultor o como intermediario.

En razón de diferenciarlos, se podría decir que en el contrato de trabajo sí existe la prestación personal del servicio, en el de servicios no todos. En el dependiente sí se da la exclusividad en la prestación de las labores, en el otro no necesariamente. En el dependiente el trabajo debe prestarse en las instalaciones del empresario, también la retribución es fija y periódica. Sí existe sometimiento a jornada y horario, no le es posible de rechazar el trabajo encomendado por que está subordinado, Si lo tienen afiliación a la seguridad social, se proveen herramientas y materiales de trabajo, cuando aplica, debe vestir uniforme o los atuendos deben llevar el logotipo de la empresa y las actividades se realizan por cuenta y riesgo del empresario, no le paga al autónomo vacaciones ni aguinaldo. La remuneración excede el pago normal de un trabajador en el profesional y el hecho de que los honorarios se paguen mes a mes no los convierte en salarios.

B-SEMEJANZAS

En ambos contratos se pagan aguinaldos, según los dispuso el Ministerio de Trabajo para todos los trabajadores de las instituciones Autónomas y semiautónomas, en este voto:

Un aspecto a considerar para apoyar la tesis expuesta es que, debido a una inspección realizada al Proyecto de Modernización de la CCSS el 18 de enero del 2001, por parte de una inspectora del Ministerio de Trabajo, se dispuso lo siguiente: "Todas las instituciones autónomas y semiautónomas del Estado y las Corporaciones Municipales están obligadas a pagar a sus funcionarios administrativos y empleados de cualquier clase que sean y cualquiera que sea la forma en que

desempeñen sus labores y en que se les pague el salario, figuren o no individualmente sus salarios en los respectivos presupuestos, un sueldo o salario adicional en el mes de diciembre de cada año. Asimismo, tendrán derecho a este beneficio todos los servidores de estas instituciones del Estado y municipalidades que reciben pensión o jubilación. ⁶⁴

Los dos contratos, el de trabajo y de contratos por servicios profesionales son las dos formas más comunes de contratación de servicios utilizadas en nuestro país. Y ambos se pueden pactar en derecho público como el derecho civil.

⁶⁴ *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. número 2008-000577. San José. 10:00hrs del 18-07-2008.-*

CONCLUSIONES

Al final de este recorrido por el tema en cuestión, se llega a conclusiones concretas respecto a la aplicación del contrato por servicios profesionales en el sector público. En primera instancia, se puede decir que de la muestra representativa de las sentencias de la Sala Segunda, el Estado utiliza el contrato por servicios profesionales como válido y legal, totalmente facultado por ley para utilizarlo en sus necesidades de contratación de servicios técnicos y profesionales.

Sin embargo, queda la sensación de que las instituciones estatales están utilizando de manera creciente esta clase de contrato por servicios profesionales con la finalidad de contribuir al funcionamiento del mercado de la oferta y la demanda de servicios existente (artículo 163, párrafo quinto del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa).

Se trata entonces de una contratación en el sector público bajo un régimen legal, contemplado en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. Este fundamento normativo deja muy claro que en el caso de la Administración Pública deberá sujetarse, en todo caso, muy bien al principio de legalidad, aplicado junto con el principio de contrato realidad en caso de que así proceda, toda vez que en este trabajo final de graduación se demuestra que no es suficiente para el análisis pormenorizado en cada caso que se pueda encontrar uno solo de los elementos de una relación laboral en un contrato que determinaría su exclusión, como lo son la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración.

Con lo anterior, debe darse el conjunto de ellos y así se podría extraer la verdadera naturaleza de la relación. En el caso de la Administración Pública al no ser su finalidad la ganancia económica, sino la eficiencia en la prestación de los servicios públicos para el logro del bien común, los *contratos por servicios* coadyuvan, (como medios que son y no fines en sí mismos) a orientar la acción estatal en esa protección del bien público y usarlo eficientemente.

Ante la noción de flexibilización de las relaciones de trabajo por medio del contrato de servicios profesionales que supone un modelo regulador de los derechos laborales donde se eliminan trabas o regulaciones para el aumento de la libre contratación, se concluye que es parte del proceso globalizado que afecta de manera directa las mismas relaciones laborales, flexibilizándose éstas y cediendo ante la presión económica mundial, al crecimiento de la economía y al ajuste que tiene que vivir el Estado como actor civil y los profesionales, como piezas del mercado que se cotizan por el desempeño de su labores. Lo anterior fundamentado en los casos que se analizaron que demuestran que el Estado está utilizando este contrato por servicios, tratando de responder a sus necesidades y aprovechando sus beneficios.

En todo el desarrollo del tema se utilizó como herramienta y fuente del derecho a la jurisprudencia, desarrollando los conceptos de zonas grises y casos frontera en la contratación. Dicha herramienta hizo la incisión en el punto escogido y adecuó los mismos con la realidad del tema, al tratar casos analizados por nuestros tribunales en años recientes, direccionándonos hacia un sistema de *indicios, de búsqueda* de señales que evidencien una situación de subordinación y demás elementos que se conjuguen en la relación laboral y que excluyen el contrato por servicios profesionales.

En otras palabras, esos *indicios* se mostraron en el análisis de casos en el capítulo I del título II, de la segunda parte de este trabajo, quedando para reforzar o probar la existencia de elementos necesarios en una relación de trabajo. Se habla de indicios de elementos como la dependencia y el objeto del contrato, los cuales pueden aparecer como consecuencia de la realización de una actividad dentro el ámbito de organización y dirección del empresario.

Con lo anterior, se concluye que se pueden definir dos rangos de acción, uno para el contrato por servicios profesionales y otro para el contrato laboral, así como una frontera en medio que los separa y delimita.

En cuanto al tema de la delimitación de las fronteras del derecho laboral y su colindante el contrato por servicios profesionales del derecho comercial, se volvieron a trazar líneas entre ambos, toda vez que con el aporte de los elementos como el del objeto del contrato y la subordinación en el sector público y con las

especialidades en casos de los médicos o abogados, se delimita el rango de acción del contrato por servicios profesionales. También pertenecen a este rango elementos como el acuerdo entre partes de forma autónoma con retribución económica llamada honorarios, sin los elementos que constituyen el empleo público, como lo son la prestación personal del servicio y la remuneración económica llamada salario; pero principalmente se caracteriza por la ausencia de subordinación.

También estos contratos se caracterizan por tener un objeto contractual específico que los define al tener una o varias actividades concretas que se encuentran ausentes de la realización de gestión pública en la administración estatal que implique potestades de imperio o actos de autoridad, a excepción de que sea susceptible de explotación comercial, ya que si sería posible concesionar esta gestión (artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa y 162 del Reglamento a esta Ley).

Se contrata por servicios profesionales labores no habituales ni ordinarias de la Administración, como ejemplo se citan las labores no autorizadas por la Ley de Contratación Administrativa para contratar por servicios profesionales que se citan en su artículo 67, tales como profesionales para formalizar operaciones, avalúos, peritajes, atención de diligencias judiciales, o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan. Es decir, los contratos por servicios profesionales no deben versar sobre servicios no personales de la Administración promotora del concurso, como lo indican los artículos 91 y 97 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En dichos artículos recién citados del Reglamento y en el artículo 64 de la Ley se definen los procedimientos para contratar los servicios profesionales en el sector público. En el capítulo III del Título III de este Trabajo Final de Graduación se delimitó también el ámbito de aplicación de este contrato de servicios en relación al sujeto contractual con el que establece relación con el Estado, sea que el contratando independiente se diferencia del dependiente porque a) trabaja por su cuenta; b) soporta los riesgos de la cuenta de explotación; c) es responsable ante la justicia de todas las acciones punibles en que pudiera incurrir; d) paga sus propias

cotizaciones sociales, los impuestos de la renta; e) contrata a sus trabajadores, si los tiene; f) trabaja como independiente, para otro empleador, como subcontratado o como asesor, como consultor o como intermediario.

Entrando a delimitar el ámbito de aplicación del contrato laboral, se puede concluir que el mismo se caracteriza por tres elementos básicos, tales como la prestación personal del servicio, la remuneración económica en forma de salario y el soportar un régimen de subordinación al que está sometido el trabajador en sus labores cotidianas. Más específicamente, esta contratación en el sector público se llaman contratistas por servicios profesionales a sueldo fijo (artículo 67 de la ley de Contratación Administrativa), porque estos profesionales aunque son contratados por servicios profesionales, se tratan bajo un régimen laboral diferente, sea régimen ordinario de nombramientos de funcionarios porque estas personas sean físicas o jurídicas generan con la Administración una relación de empleo público. Fue analizado un cuarto elemento el cual se cita como elemento propio de una relación de trabajo y es la “ajenidad”; esta que se define como la no asunción de riesgos de la empresa para la que trabaja esa persona. Pero ante todos los elementos, se considera uno como el que más contribuye a esclarecer las zonas oscuras o casos frontera entre estos contratos, y el mismo contiene en lo que interesa:

*Así pues, se han establecido ciertos elementos que pueden ayudar a distinguir con acierto cuándo se está en presencia de labores subordinadas, entre ellos están: a) la forma de pago de retribución reiterativa mensual durante un periodo prolongado; b) la fijación del horario y/o la jornada de trabajo; c) el pago de los beneficios laborales tales como vacaciones y aguinaldo; d) la fijación de aumentos salariales según criterios de la actividad subordinada; e) el hecho de prestar funciones en locales de la empresa; f) el pago de los gastos de alojamiento y traslado; g) el marcado de tarjeta; h) la condición de estar a la orden (disponibilidad); i) la exclusividad de la prestación para un único empleador; j) la entrega de herramientas y uniformes; k) **la no asunción de riesgos**; l) la aplicación de sanciones. Por otra*

parte, también se han definido ciertos indicadores que, por el contrario, excluyen la subordinación, entre estos están: a) la inexistencia de una contraprestación de tipo salarial a cambio del pago de honorarios a través de un arancel; b) la no reclamación durante un extenso periodo de los beneficios laborales; c) el desempeño contemporáneo de otro trabajo; e) la no inclusión de determinado tipo de tareas en un convenio colectivo; f) la falta de órdenes para la realización de las tareas; g) el no cumplimiento de horarios. No obstante, debe tomarse en cuenta que, generalmente, la sola presencia de uno de los criterios indicados no es definitiva o excluyente de la existencia de una relación laboral, por lo que se deberán analizar de manera conjunta y no aisladamente, según cada caso en concreto.⁶⁵

Con la aplicación de esos parámetros o campos de acción, inmediatamente se evidencia la frontera de ambos contratos, donde doctrinalmente no se relacionan entre sí por las diferencias en los derechos y obligaciones de las partes involucradas de una forma general. Como ya lo aclaraba la jurisprudencia, estos parámetros eran simple guía para determinar el rumbo por donde caminar para llegar al fondo de cada caso en particular.

No se podría dejar de mencionar como parámetro para hacer frontera entre ambos contratos a los principios de legalidad y principio de contrato realidad, que fueron dos bastiones en la aplicación de cada caso analizado, pues la doctrina de los mismos, sustenta un norte para los sus derechos de las parte involucradas, toda vez que en los casos analizados el principio de legalidad impera en el sector público en la necesidad de ajustarse a la ley a la hora de contratar y el principio de contrato realidad determina los elementos que se dan efectivamente en el transcurso de la ejecución de contrato, que no necesariamente son las mismas cláusulas que se pactaron en el papel. Ambos principios de reflejan en los casos analizados.

⁶⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 36, de las 14:40 horas, del 16 de febrero de 1999.

Durante la investigación se hizo un análisis de las teorías Unilateral y Contractualista, una opuesta a la otra, donde se determinó que de acuerdo con su contenido, las dos poseen los mismos elementos. En Costa Rica, funcionamos en materia de contratación con matices de ambas teorías, y éstas fueron recogidas por nuestra Constitución Política en un Estatuto de Servicio Civil que regula la mayoría de nuestras relaciones como servidores públicos. Este estatuto establece los elementos fronterizos para determinar las relaciones de contratos por servicios o contratos individuales de trabajo ya que recoge elementos legales de contratación con sueldo fijo por medio del régimen ordinario de nombramientos de éstos servidores.

Como se indicó, de estas teorías se concluye que en nuestro país se aplica la teoría unilateral en estos contratos por servicios profesionales, pero con matices contractualistas a la hora de contratar. Por ejemplo el Estado es unilateral porque es quien establece las condiciones contractuales en defensa del interés colectivo frente al individual; es decir, las partes no están en igualdad de condiciones contractuales por la contraposición de intereses. Se relaciona a la teoría Unilateral en la forma de operar ante los administrados, pero siempre y cuando esté sujeta a las leyes administrativas. Pero también el Estado es contractualista, en el sentido de que existen muy pocas diferencias en la forma en que se encuadran los elementos del contrato para su aplicación en la práctica. Respecto a esta doctrina contractualista, ha sido sustentada primordialmente por los estudiosos del Derecho de Trabajo, aunque existen autores connotados de Derecho Administrativo que también la apoyan abiertamente.

Con el mismo tema anterior, se concluye, aclarando ciertos aspectos de la naturaleza jurídica de los trabajadores y sus relaciones. En el sector público se establece una regulación legal independiente a la del derecho común (es lo que dice la teoría unilateral). Misma teoría que tiene soluciones diferentes para los servidores públicos y sus relaciones laborales-administrativas.

Esta regulación legal está basada en la Ley General de Administración Pública y excluye a una cierta parte de la población de empleados de las instituciones públicas; se aclara que los que no ejercen algún tipo de gestión pública, no están

integrados en este régimen. Por el contrario, los empleados públicos que no se regulan por el Estatuto Civil, serán tutelados bajo el derecho común de trabajo.

El Estado contrata legalmente los servicios profesionales para coadyuvar a la gestión pública, pero el Estado no deposita la gestión pública en este contratado, solamente realiza gestión pública aquel trabajador dentro del Estatuto de Servicio Civil, o bien en una entidad estatal descentralizada.

A esta altura del trabajo, se señalan, a manera de conclusión, casos prácticos donde se observa una incorrecta aplicación de ambos contratos, toda vez que se mezclaron los elementos propios de cada uno. Por lo anterior, se analizó en las sentencias donde figura el Estado contratando con particulares por medio del contrato por servicios profesionales, y se le señaló la aplicación incorrecta de ambos contratos, dejando ver simultáneamente la aplicación correcta de estos institutos contractuales. Esto con el fin de contribuir con el efecto deseado a la hora de contratar. Con lo anterior también se señalan las posibles consecuencias que tendría que afrontar el Estado en caso de comprobarse esa incorrecta aplicación de alguno de los dos contratos en cuestión.

En el caso del Instituto Nacional de Aprendizaje, con base en lo analizado en la jurisprudencia, el Estado incurre en una conducta antiética relacionada con establecer reglamentos para contratar que contemplaban cláusulas de subordinación, de sujeción a órdenes por parte de los patronos, pero dentro del mismo clausulado se indica la exclusión de la relación laboral, a pesar de la subordinación que es un elemento esencial para la determinación de la existencia de la relación laboral.

En el caso relacionado con el Instituto Nacional de Seguros, en forma escrita establece prerrogativas precontractuales que el trabajador tiene que cumplir, como la constitución de una sociedad anónima para prestar sus servicios, bajo amenaza de que es condición para poder seguir trabajando en dicho Instituto, dando una apariencia distinta a una relación laboral porque el elemento de prestación personal del servicio es uno de los fundamentos legales para la determinación de una típica relación laboral. En este caso concreto del Instituto

Nacional de Seguros, se encuentra al Estado nombrando este contrato como de servicios profesionales, pero analizado el caso por la Sala Segunda solo fue en el papel, porque ésta encontró elementos de subordinación y de dependencia, hasta incluidos dentro del objeto del contrato. Esta situación establecida en la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 65, se analizó en la jurisprudencia, dado que aunque se establece expresamente la exclusión de la relación laboral en estos contratos, esto no es impedimento para que sean sometidos a las Autoridades Jurisdiccionales y así determinar si se dieron los elementos de la relación laboral, no sugiriendo una ilegalidad en la normativa, sino el hecho de la aplicación del principio de contrato realidad, ante el sometimiento de una disputa entre las partes que someten su conflicto ante un tribunal jurisdiccional.

Fueron analizadas también en las sentencias, los intentos de fraccionar o interrumpir la continuidad de las relaciones, y así no constituir la relación de trabajo, pero también se encontraron indicios claros de laboralidad durante la relación. Recopilando información de estas sentencias analizadas, estas conductas han sido calificadas por la Sala Segunda como de “subterfugio ilegítimo” o “maniobra patronal” a estas acciones estatales, estableciendo que son “conductas defraudatorias” porque contravienen al fraude de ley con posibles consecuencias respecto a los tipos contemplados en la Ley de Enriquecimiento Ilícito. También estas conductas fueron llamadas antisolidarias, por los presuntos dineros que dejó de pagar el Estado como patrón al régimen de Invalidez Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social. Dicha situación, en caso de ser acudida por la vía procesal correspondiente, se le podría seguir causa al Estado por el proceso de Infracción Laboral ante la misma Caja y ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, toda vez que estas leyes especiales protegen los intereses colectivos y solidarios del derecho a la seguridad social y al régimen de Pensión, Invalidez y Muerte.

Retomando el estudio de los casos señalados anteriormente del Instituto Nacional de Aprendizaje y Caja Costarricense de Seguro Social, se desprendieron muchos de los elementos esclarecedores de relaciones laborales encubiertas hasta por la misma ley o reglamento (caso del INA), y esos mismos principios, como se

dijo antes, podrían ser columna vertebral para una futura defensa de sus derechos. Pero como todo, existe un límite, y se hace la aclaración de que muchos de los profesionales ven más favorable quedarse en este régimen de contratación por servicios, dados los beneficios que en él encuentran, como el ejercicio de la profesión independiente, clientela por los servicios ofrecidos, no pago de cargas sociales, ni de impuesto al salario, reportar gastos y disminuir el impuesto de la renta, ejercicio de la profesión sin sujeción a jornada laboral, ni vigilancia directa de un superior, es decir en este contrato no se encuentran los elementos típicos de una relación laboral. En la aplicación de ambos casos, sea el de contrato por servicios o bien por un contrato laboral, deben responder con lealtad al principio de legalidad y al de contrato realidad imperante durante la relación, para poder así con claridad cuál es el uno y cuál es el otro.

Con lo analizado respecto a la Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República, se puede concluir que es evidente que la Administración tiene su criterio definido respecto de las relaciones de las entidades estatales y sus trabajadores, de donde se puede extraer el señalamiento de tres vertientes que pueden tomar estas relaciones. En la primera, se destaca lo que la Contraloría llama contratos administrativos por servicios profesionales que en principio no generan relación laboral con los contratantes. En la segunda, se destaca la contratación administrativa a sueldo fijo contemplada en el Reglamento de Contratación Administrativa bajo el régimen de empleo público y, por último, las relaciones laborales estatutarias, es decir bajo el régimen del Estatuto del Servicio Civil. Fruto de estas relaciones, señala que la Contraloría está en defensa de los intereses estatales, de donde expresamente emite dictámenes dirigidos a las distintas entidades con recomendaciones para evitar la reunión de los elementos de las relaciones laborales; esto, cuando dichas relaciones reúnen los requisitos para la contratación por servicios profesionales, y se hace referencia a los requisitos y prerrogativas como la determinación concreta del fin de la contratación, que sea éste una necesidad no continua, ni permanente de la Administración, ni que normalmente pueda ser suplida esta necesidad con el personal con el que cuenta dicha entidad.

La defensa de estos intereses lo realiza por medio del instrumento legal del refrendo de los contratos sometidos a su conocimiento, donde la misma Contraloría, en su análisis, dictamina cláusulas dentro de los contratos que determinan elementos propios de la relación laboral, por lo que no los refrenda para que sean corregidos, devolviéndolos a la Administración, lo que genera una especie de control a posteriori de dichos contratos que ya ha licitado el Estado, donde ya se invirtieron recursos estatales y ya existe oferente adjudicado.

Este análisis de la Contraloría General de la República pone en evidencia que las entidades estatales citadas, incluyen en los contratos de servicios profesionales elementos no propios de los mismos, a manera de tener trabajadores pagados como profesionales o técnicos liberales que evitan el pago de las cargas sociales, pero que son trabajadores que responden ante el patrono como dependientes subordinados; dicha situación tiende a confundir la frontera entre los contratos por servicios profesionales y los contratos laborales.

Ante tal situación que la misma Contraloría expone, dictamina el proceder de los contratos de esos técnicos o profesionales desde la perspectiva estatal, pero se podría rescatar un elemento que beneficiaría al mismo contratante, en el sentido de rechazar el refrendo de ese contrato por razones de no calificar para ser contratado por servicios profesionales, aunque el contrato esté correctamente redactado y con todos los requisitos de forma del mismo, pero que por el fondo, en su objetivo contractual corresponde contratarlo de manera fija bajo el régimen de pago fijo y de empleo público. Es decir, la misma Contraloría, se encarga de fiscalizar que los contratos por servicios profesionales no encubran elementos de relaciones laborales, pero esto con el fin de evitarles futuros litigios y pago de cargas sociales y prestaciones a los contratantes. Evitando así también contratar bajo el fraude de ley, como también expresamente lo menciona en los dictámenes señalados, toda vez que esto generaría para el Estado como empleador consecuencias sancionatorias al incurrir en Fraude de ley; en segundo lugar, con fraude de ley Tributario por la no retención del impuesto de renta que pudiera haber realizado el estado como patrono en una relación de trabajo, pactando por servicios profesionales y, por último, con una Infracción a las Leyes de Trabajo por el no pago de la Seguridad Social de esos legítimos trabajadores dependientes.

Además, en materia penal se regula en la Ley Contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, ley número 8422, en su artículo 58, donde establece que será penado de uno a cinco años el funcionario público que ejerza una función administrativa en fraude de ley. Igual pena se le aplicará al particular que a sabiendas de la inconformidad del resultado con el ordenamiento público, se vea favorecido o preste su concurso para este delito.

Para finalizar las conclusiones, se observa, en el apartado de responsabilidad estatal, la susceptibilidad del Estado para responder por sus actuaciones y para reparar el daño causado según lo determina la ley. Muchas de las conductas allí señaladas y sugeridas por la jurisprudencia de fraude de ley en materia penal y tributaria y sobre las presuntas sumas no canceladas a la Caja Costarricense de Seguro Social, por concepto de seguridad social al no reconocer el carácter laboral de las relaciones, son ilícitos penales y tributarios. Ante esto se debería reprochar cualquier conducta del Estado patrón que tienda a evitar el pago de derechos que por ley les corresponde a los trabajadores; y es que actuaciones como éstas, no deberían ser una política de reducción del personal subordinado para ahorrarse lo pagado en planillas, a pesar de que en muchos países del mundo se pueda promover esta práctica, como respuesta a la crisis financiera.

Sin embargo, puede concluirse que modernizar el Estado no solo significa promover contratos modernos como los de servicios profesionales, porque aunque estos son legales, el encubrir un contrato laboral por este medio podría encuadrarse en fraude de ley con las consecuencias ya señaladas. Entonces para poder seguir contratando por servicios profesionales, sin que entre en contradicción con el contrato laboral, esta investigación propone la aplicación de estos contratos por servicios profesionales en labores profesionales o técnicas estatales no ordinarias ni habituales del servicio público, ni donde se realice gestión pública de dirección con las salvedades del artículo 67 de la Ley de Contratación Administrativa. Son buenos ejemplos de esto la contratación por servicios de aseo y conserjería, la seguridad y riesgo de las empresas estatales o ministerios y poderes de la República, la actividad jurídica de cobro y mensajería del Estado y sus entidades. El Estado debe restringir contratar por servicios

labores que funcionen bajo un régimen de empleo público con las responsabilidades y obligaciones que generan dichos puestos.

Se propone que en la labor del Estado en la confección de la licitación para el contrato por servicios profesionales, se utilice esta herramienta de investigación antes de la redacción del contrato; es decir que de previo a la apertura del concurso o de la contratación directa, según se trate, se produzcan contratos finales legales con todas las prerrogativas puras de un contrato por servicios y no esperar al refrendo de contratos que lleva a cabo la Contraloría General de la República, toda vez que esa labor post-apertura del concurso donde ya se encuentran comunicados a los oferentes las cláusulas contractuales podría generar alguna responsabilidad para el Estado.

Aplicando los rangos de alcance de ambos contratos, sin desvirtuar sus elementos puros y manteniendo sus fronteras bien definidas, sin duda, se lograría el objetivo de ejecución de ambos contratos con los deberes y derechos para el contratista y la Administración. Y si se obtiene claridad en las relaciones sin zonas oscuras o casos frontera, se podrán concretar los objetivos de ambos contratos, lo que contribuiría a mejorar la eficiencia de Estado y sus particulares.

BIBLIOGRAFÍA

Bonilla Murillo, E. E. (1999) El pago por "contrato por servicios profesionales y técnicos" y el pago por "orden para servicios" en la Universidad de Costa Rica. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Bukele-Martínez, H. R. (2007) La internacionalidad de los servicios profesionales, análisis del anexo 11.9 del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y la República Dominicana, referido a los servicios profesionales y las licencias temporales y estudio de derecho comparado entre los estados de Costa Rica y El Salvador. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Fortunato Garrido, R/ Cordobera González de Garrido, R. Contratos Típicos y Atípicos. Buenos Aires, Universidad.

Kotler, Philip; Bloom, Paul N.; Hayes, Thomas Joseph. (2004) El marketing de servicios profesionales. Barcelona: Paidós, 422 p. –

Méndez Ramírez, O.(1994) La Investigación Científica. San José, C.R.: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.

Palomeque López, M.C ; Alvarez de la Rosa, M. (1999) Derecho del Trabajo. Séptima Edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arce, p. 613.

Romero-Pérez, J.E. (2003) “La Externalización de actividades Laborales(Outsourcing)”. Revista de Ciencias Jurídicas. 102: 119-142. Setiembre.

Rodríguez L., Lorenzo. (1996) Normativa para el pago de gastos y servicios profesionales y complementos salariales. San José, C.R. : FUNDEVI, - 8, [5] h. ; il.

Serrano Rodríguez, C. E. (2003) La administración de contratos públicos. - 66 h

Serrano Rodríguez, C. E. (2003) Nuevas formas de Contratación Pública. 52h

Sanabria Cascante, R. (2003) La gestión reguladora del Ministerio de Salud en relación con la compra de servicios de salud privados por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social, período 1994-2002, los casos de Coopesalud R.L. y Asemeco. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Vega Robert R./Vargas Hidalgo R. (1990) La Relación Empleo Público y sus consecuencias prácticas en la Jurisprudencia Costarricense. San José, C.R.: Congreso Regional Americano del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, 5-9 marzo.

Vajal Cambronero J. P. (1991) El Contrato de Trabajo de Servicio Doméstico. San José, C.R.: IJSA

Vajal Cambronero J. P. (1990) Análisis Jurídico El Contrato de Trabajo de Servicio Doméstico en nuestra legislación laboral. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José, C.R.: Universidad Autónoma de Centroamérica. Colegio Santo Tomás.

Von Gierke, O. (1982) Las Raíces del Contrato de Servicios. Madrid: Civitas.

Páginas WEB

Fundación de la Universidad de Costa Rica para la Investigación.(2009) consulta. Recuperado de http://fundevi.ucr.ac.cr/faq_pregunta.aspx?idcontenido=149 (consulta 29/7/2009).

Empleo.com(2009). Recuperado de http://www.empleo.co.cr/Clientes/cons_prof.asp?not_tem_id=5&xnot_tem_nombre=Aspectos%20Legales&id=38¬_id=38. (consultado 15/09/2009).-

Empleo.com(2009). Recuperado de http://www.empleo.co.cr/Clientes/cons_prof.asp?not_tem_id=5&xnot_tem_nombre=Aspectos%20Legales&id=38¬_id=736(15/09/200).-

Contraloría General de la República.(2009). Recuperado de [.http://jaguar.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/Documentos/contratacion/jurisprudencia/Tomo3/servicios_profesionales3.htm](http://jaguar.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/Documentos/contratacion/jurisprudencia/Tomo3/servicios_profesionales3.htm)(20/08/2009).-

Bolaños Céspedes F.(2009)“La Relación de Trabajo (campo de aplicación). Organización Internacional del Trabajo (2009). Recuperado de : <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/costarica.pdf>(7/11/2009)(Artículo de. Estudios nacionales 2001(Costa Rica).

Jurisprudencia

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 1999-00319. San José, 11:00hrs del 13-10-1999.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2002-00365. San José. 10:10 hrs del 24-07-2002.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2008-000577. San José. 10:00 hrs del 18-07-2008.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2001-00223. San José. 09:30hrs del 25-04-2001.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2001-00448. San José. 09:50 hrs del 09-08-2001.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2002-00540. San José. 09:55 hrs del 06-11-2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 2000-04453. San José. 14:56 hrs del 24-05-2000.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2007-000081. San José. 09:30 hrs del 14-02-2007.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2005-00286. San José. 10:00 hrs del 27-04-2005.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2007-000780. San José. 10:00 hrs del 12-10-2007.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 2005-00241. San José. 09:30 hrs del 06-04-2005.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2001-00364. San José. 09:00 hrs del 05-07-2001.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2006-00135. San José. 09:30 hrs del 08-04-2006.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 1999-00240. San José. 09:00 hrs del 20-08-1999.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 1999-00241. San José. 09:10 hrs del 20-08-1999.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2002-00253. San José. 10:40 hrs del 24-05-2002.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2003-00255. San José. 09:20 hrs del 30-05-2003.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2001-00275. San José. 10:00 hrs del 23-05-2001.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2001-00294. San José. 10:20 hrs del 01-06-2001.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 97-294. San José. 10:10 hrs del 19-11-1997.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2003-00312. San José. 09:00 hrs del 03-07-2003.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2003-00323. San José. 09:10 hrs del 04-07-2003.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2003-00338. San José. 09:10 hrs del 09-07-2003.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2002-00365. San José. 10:10 hrs del 24-07-2002.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2006-00 379. San José. 14:32 hrs del 23-05-2003.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2002-00390. San José. 10:20 hrs del 07-08-2002.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2006-00401. San José. 15:18 hrs del 31-05-2003.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2002-00512. San José. 15:40 hrs del 23-10-2003.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2002-00515. San José. 09:10 hrs del 30-10-2002.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2007-000538. San José. 11:00 hrs del 10-08-2007.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2002-00564. San José. 09:00 hrs del 08-11-2002.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2003-00583. San José. 09:05 hrs del 22-10-2003.-

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2005-00693. San José. 09:40 hrs del 12-08-2005.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2001-00715. San José. 11:00 hrs del 28-11-2001.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2001-00717. San José. 09:40 hrs del 30-09-2001.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2001-00761. San José. 10:30 hrs del 20-12-2001.

ANEXOS

RECOMENDACIÓN 198 SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Conferencia Internacional del Trabajo

95a reunión, Ginebra, 2006

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad, en su nonagésima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006;

Considerando que la legislación nacional, así como los convenios colectivos, ofrecen una protección vinculada con la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado;

Considerando que la legislación y su interpretación deberían ser compatibles con los objetivos del trabajo decente;

Considerando que la legislación laboral o de trabajo trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo;

Considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente;

Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y las obligaciones respectivas de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;

Observando que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho;

Reconociendo que la orientación internacional a los Miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección mediante la legislación y la práctica nacionales, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo;

Reconociendo, además, que esa protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables, y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario;

Reconociendo que la política nacional debería ser fruto de la consulta con los interlocutores sociales y debería ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo;

Reconociendo que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente;

Considerando que la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional;

Observando que, en el marco de la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador;

Considerando que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general;

Considerando que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales;

Tomando nota de todas las normas internacionales del trabajo pertinentes y en especial las normas relativas a la situación particular de la mujer, así como las relativas al ámbito de la relación de trabajo;

Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la relación de trabajo, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y Después de haber decidido que estas propuestas revistan la forma de una recomendación, adopta, con fecha 16 de junio del 2006, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

I. Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo

1. Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

2. La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes. Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y

adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

3. La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a:

a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;

b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;

c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;

d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;

e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;

f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y

g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para

la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.

5. En el marco de la política nacional los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.

6. Los Miembros deberían:

a) velar especialmente porque en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo, y

b) establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género.

7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:

a) al formular una política nacional, todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y

b) cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.

8. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

II. Determinación de la existencia de una relación de trabajo

9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenido por las partes.

10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:

a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;

b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y

c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la

existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador;

de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

14. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo y a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

16. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse

especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

17. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

18. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

III. Seguimiento y aplicación

19. Los Miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de empleo en el marco de la política nacional.

20. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo. Además, esas organizaciones deberían ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.

21. Los Miembros deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.

22. Los Miembros deberían establecer mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales. Debería prestarse atención al desarrollo de contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros Estados.

IV. Párrafo final

23. La presente Recomendación no supone una revisión de la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), ni puede revisar el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181).-