
DAJ-AE-002-11
3 de enero de 2011

Licenciado
Eugenio Solano Calderón
Director de Asuntos Laborales
Ministerio de Trabajo
Su Oficina

Estimado señor:

Nos referimos a la consulta contenida en el oficio DVM-028-2010, del 01 de marzo de 2010, suscrita por su persona mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico, sobre la aplicabilidad del artículo 37 del Código de Trabajo, para aquellos casos en que un nuevo concesionario sustituya a otro, ya sea que al primero se le venciera el plazo del contrato o por incumplimiento contractual.

1.- Sobre la concesión

El señor Ernesto Jinesta Lobo, citado por María Marta Vinocour Fornieri, define la concesión de la siguiente manera:

“La Concesión es el acto por el cual la administración pública le transfiere a otro sujeto de derecho –normalmente, un sujeto de derecho privado, sea persona física o jurídica– un poder o derecho propio o no que el segundo no tenía antes. La concesión confiere un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, precisamente su característica esencial estriba en caracterizarse en ser un acto administrativo creador de derechos. Existen dos tipos de concesiones: a) las constitutivas, que son aquellas por las cuáles la administración pública constituye en los administrados nuevos derechos derivados del ordenamiento jurídico y que se forman ex novo (v.gr. concesiones especiales de derecho público como la explotación y aprovechamiento de las aguas de un río por una empresa para efectos de riego o la concesión sobre el área de uso restringido de la zona marítimo terrestre; y b) las traslativas, en las que el derecho del concesionario nace como consecuencia directa e inmediata del traspaso de poderes propios del concedente (v.gr. concesiones de servicio público y de obra pública)”¹

¹ VINOCOUR FORNIERI, María Marta, Apuntes sobre la concesión de obra pública y servicio público en Costa Rica, en Revista de Ciencias Jurídicas N° 115 (13-34) enero-abril 2008, San José, Costa Rica, pág 21. Tomado de <http://www.latindex.ucr.ac.cr/juridicas-115/juridicas-115-1.pdf>

En la misma obra, la autora Vinocour cita un extracto del voto número 4351-96, de las 15:33 horas, del 9 de julio del 1996, en el que se rescatan las características de titularidad y fiscalización del Estado en relación con la figura de la concesión de servicio público:

*“... por medio de la concesión de servicio público el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración voluntaria de los administrados en la prestación de los servicios públicos. Por el contrato de concesión de servicio público se encomienda a una persona –física o jurídica– por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un determinado servicio público. El concesionario lleva a cabo su tarea, por su cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio o tarifas pagados por los usuarios, en subvenciones o garantías satisfechas por el Estado, o ambas a la vez. **El concesionario queda supeditado al control propio de todo contrato administrativo, es decir, está sujeto permanentemente a la fiscalización del Estado**, puesto que en este tipo de contrato siempre media un interés público, el concesionario queda vinculado a la Administración Pública como co-contratante y también entra en relación con los usuarios en cuyo interés se otorgó la concesión. En este tipo de contrato el concesionario tiene un derecho subjetivo perfecto y declarado, es decir, deriva un derecho patrimonial en el sentido constitucional del término, porque al otorgar una concesión de servicio público, se formaliza un contrato administrativo en sentido estricto. Conviene aclarar que el derecho de explotación del servicio público que se concede a particulares, **no es susceptible de ser enajenado**, puesto que esa actividad sigue siendo pública y por ende sometida a su régimen jurídico esencial. El concesionario debe gozar de un plazo razonable para dedicarse a la actividad de que se trate, de manera que por definición los tiempos indefinidos o de corta duración se encuentran excluidos de la concesión y resultan más bien propios de los permisos, que son revocables en cualquier momento como se dijo. Por lo demás, adviértase que la concesión pertenece a la categoría de contratos administrativos que la doctrina denomina de “**colaboración**” y su duración es temporaria, pero ha de serlo por un lapso tal que razonablemente permita la amortización de los capitales invertidos y la obtención de una ganancia adecuada para el concesionario. Conviene indicar finalmente, que en algunas ocasiones el contrato de concesión puede incluir tratos especiales para el concesionario, relacionados con su actividad. La doctrina admite como posible que la administración asuma el compromiso de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio, si éstas pueden afectar la prestación del mismo.” (El destacado no es del original).”²*

² VINOCOUR, op.cit., pp. 21-23.

Por su parte, en su tesis para optar al grado de Master en Derecho Constitucional, el señor Ricardo Antonio Madrigal Jiménez, describe las formas en que puede terminar o precluir una concesión:

“...La concesión precluye básicamente por tres institutos, la conclusión del plazo por el cual fue otorgada, la caducidad y la resolución contractual. En lo que respecta al plazo es poco lo que se puede aclarar, pues como se ha venido sosteniendo el titular del derecho al ejercicio del servicio público es siempre el Estado, por lo cual independientemente del tiempo que el concesionario haya disfrutado de su condición, una vez avenido el plazo por el cual se le permitió su ejercicio no presenta ningún derecho para mantener su condición; será mediante la realización de un nuevo concurso que se establecerá el nuevo concesionario. Bajo este enfoque, cualquier condición, establecida en un nuevo cartel, que favorezca directamente a anteriores concesionarios resultaría contraria al ordenamiento, pues estaría procurando eliminar la temporalidad propia de la concesión administrativa. En el caso de la caducidad, nos encontramos frente a causales plenamente identificadas (números clausus que chocan contra las obligaciones del contratista), con rango normativo - generalmente legal- que establecen los motivos por los cuales el concesionario pierde su condición, para lo cual se requiere un procedimiento administrativo amparado al derecho de defensa que establezca la constatación de la falta. La caducidad se trata ante todo de una sanción administrativa, por lo que se encuentra amparada a las garantías del debido proceso. Por último, la resolución contractual es una facultad administrativa en todo tipo de contratación, lo que determina que no existe un incumplimiento del concesionario sino un legítimo interés de variar el acto administrativo adoptado originalmente. En el caso de los dos primeros supuestos no existe ningún tipo de responsabilidad administrativa, pues en el primer caso la situación era conocida por el contratista y en el segundo, existe culpa de este en su preclusión, pero en lo que respecta al último, nos encontramos frente a una causal de responsabilidad objetiva por acto lícito...”³ (El subrayado no corresponde al original).

Teniendo claridad sobre el concepto y características esenciales de la figura administrativa de la concesión y sus formas de terminación o preclusión, vamos a introducirnos en la consulta planteada.

2.- Sobre la sustitución patronal

En primer lugar, vale señalar que la sustitución patronal está regulada únicamente en el artículo 37 del Código de Trabajo, que señala lo siguiente:

³ MADRIGAL JIMÉNEZ, Ricardo Antonio, El transporte remunerado de personas desde la óptica constitucional costarricense, Tesis para optar al grado académico de Master en Derecho Constitucional, UNED, San José, Costa Rica, 2003, pp. 19-20.

“Artículo 37.- La sustitución del patrono no afectará los contratos de trabajo existentes, en perjuicio del trabajador. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses. Concluido este plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo patrono.”

El anterior numeral, muestra otra derivación del principio de continuidad laboral, toda vez que los contratos no se verán afectados en perjuicio del trabajador por el cambio de patrono, entendiéndose con esto que permanecen vigentes, con las mismas cláusulas, obligaciones y derechos para las partes. Es decir, la norma lo que nos dice es que el contrato subsiste aun ante el cambio de patrono, lo que permite al trabajador como parte más débil de la relación laboral, mantener la seguridad jurídica de que las condiciones con las que fue contratado no serán variadas unilateralmente en su contra por la presencia de un nuevo empleador. Entonces, trátase de una garantía a los derechos del trabajador.

Esta continuidad del contrato de trabajo implica también, que no es necesaria la finalización de los contratos de trabajo del personal ante el cambio de patrono, pues precisamente se trata de una garantía de permanencia y vigencia de las condiciones de trabajo. El pago de prestaciones legales podría pensarse en el evento de que el nuevo empleador en un futuro, opte por hacer modificaciones sustanciales a la relación laboral en perjuicio del trabajador, ante lo cual, la sanción legal es la cancelación de los extremos laborales, de conformidad con el artículo 83 del Código de Trabajo.

El tratadista Guillermo Cabanellas se refiere a la sustitución patronal en los siguientes términos:

“La cesión de la empresa constituye un acto jurídicamente al margen de los trabajadores dependientes de la misma, por lo cual, si un patrono transfiere a otra su empresa, la vigencia de los contratos de trabajo subsiste para este nuevo empresario, iguales condiciones, y los trabajadores siguen con los mismos derechos e iguales obligaciones. Cualquier modificación que se imponga por el hecho del traspaso de la empresa, en las condiciones de prestación de los servicios y que disminuya los derechos o aumente las obligaciones, configurará el incumplimiento del contrato por el patrono y autorizará al trabajador para dar por concluido el contrato de trabajo con la responsabilidad de aquel.”⁴

Para ver el tratamiento del tema en sede judicial, deseamos hacer referencia a algunas resoluciones de la Sala Segunda sobre ejemplos de sustitución patronal y cómo opera de acuerdo a la norma del artículo 37 del Código de Trabajo. En primer lugar,

⁴ Diccionario de Derecho Usual. Tomo III, Ediciones Arayú, Buenos Aires, Argentina, página 642.

tenemos la resolución número 236-92, de las 10 horas, del 2 de octubre de 1992, donde la Sala revela, a grandes rasgos, cuáles son las formas en que opera una sustitución patronal, entiéndase la mediación de un acuerdo entre las dos figuras patronales:

“...El apoderado de la sociedad accionada, argumenta que no hubo sustitución patronal, en los términos del artículo 37 del Código de Trabajo, pues la misma sólo se puede dar cuando hay compraventa, cesión, traspaso, arrendamiento, fusión, etc. y, en este caso, lo único que existe es la transferencia de una marca comercial de una empresa a otra, y el mismo agente vendedor, en ambas sociedades, sigue comercializando la marca. Efectivamente, la sustitución patronal prevista por la ley, se da cuando hay un cambio de firma, transferencia de fondo de comercio o establecimiento comercial o traspaso de una empresa y, por ello, ésta no es la figura aplicable al caso, pues tal y como se indicó, se trata de una misma unidad económico administrativa y el cambio de nombre, no puede afectar los derechos adquiridos por los trabajadores...”

En la resolución 264-99, de las 10 horas, del 3 de setiembre de 1999, la Sala Segunda resuelve que existió sustitución patronal en el caso de la firma de un contrato de administración entre dos cooperativas autogestionaria, a pesar que la ley que las regula no permite la transmisión del patrimonial social de este tipo de cooperativas. No obstante, en la práctica se constató que la intención de los gerentes de ambas cooperativas pudo ser la de fusionarlas o ejecutar un contrato de compra de establecimiento mercantil, a fin que solo una de ellas realizara todos los trámites administrativos y legales para realizar la fusión, y para que afrontara las obligaciones laborales. Como condición para que se realizara la fusión, los asociados de una de las cooperativas acordaron contratar a todo el personal de la otra, operando con esto la sustitución patronal.

Siguiendo con la Sala Segunda, en la resolución número 413-05, del 10:40 horas, del 14 de setiembre de 2005, analiza el caso del cambio patronal en el que un colegio universitario y una fundación, mediando un acuerdo ilegal de traspaso de la administración de un parque turístico, concluye que ambas entidades son corresponsables ante el despido de un trabajador:

“Lo anterior, no puede afectar la situación de los trabajadores que no están en la obligación de conocer con exactitud este tipo de vicisitudes, y para quienes la identidad de su patrono no varía, porque sigue recibiendo órdenes de las mismas personas. El CUC legalmente no puede evadir sus responsabilidades como empleador, mediante un convenio que nunca fue autorizado por el Instituto Costarricense de Turismo, es decir, asumiendo un negocio jurídico totalmente anómalo, porque el contrato de concesión no lo permitía en los términos en que se produjo. La forma jurídica adoptada por el CUC, como concesionario, para ejecutar la administración del paradero turístico, no puede ir en perjuicio de los trabajadores, quienes al menos en lo que respecta al aquí actor, no fueron informados ni se les liquidó mediante el pago de las

indemnizaciones de ley. En todo caso, aún cuando admitiéramos la negociación como válida, lo que no se hace, es de aplicación el artículo 37 del Código de Trabajo...”

Ahora bien, analizando su consulta puntual y centrándonos por ello en la figura de la concesión, vemos que aparece la figura del Estado, como ente legitimado para conceder un poder o derecho a un tercero. A diferencia de los casos resueltos por la Sala Segunda, donde los acuerdos o contratos fueron entre los entes patronales, en la concesión no se presenta tal circunstancia, toda vez que la relación del concesionario es directamente con el Estado; si la concesión finaliza, por cualquier motivo, la Administración Pública adjudicará a un nuevo concesionario. Es evidente desde esta perspectiva, que ambos sujetos privados (anterior y nuevo concesionario) no han mantenido una relación directa, pues por la naturaleza del acto y del derecho, la relación es siempre con el ente estatal. En consecuencia, el cambio del concesionario no implica sustitución patronal, pues se trata de un hecho (nos referimos al acto administrado que concede) que no depende nunca de éstos.

Por lo anterior, de acuerdo al artículo 37 del Código de Trabajo, a la doctrina citada y a la jurisprudencia de la Sala Segunda, para que opere la sustitución patronal, se requiere, al menos, que medie un acuerdo entre dos figuras patronales distintas, dentro de la amplia gama de instrumentos contractuales típicos y atípicos que existen. Incluso, la Sala ha admitido la sustitución patronal aun cuando haya mediado un acuerdo ilegal entre los patronos. En conclusión, esta Asesoría considera que el vencimiento del plazo de una concesión o el incumplimiento contractual del concesionario, en el caso de las concesiones de transporte colectivo de personas, modalidad autobús, no constituyen per se supuestos en que opere, automáticamente, la figura de la sustitución patronal. No obstante, no descartamos que con motivo de la terminación de una concesión, por cualquiera de las razones apuntadas en su consulta, las empresas saliente y entrante lleguen al acuerdo que la nueva concesionaria asuma las obligaciones contractuales contraídas por la anterior con sus trabajadores, y con esto asegurar la continuidad de los contratos de trabajo de éstos. Pero esta situación, es independiente a la terminación de la concesión.

De usted con toda consideración,

Lic. Kenneth Cascante Mora
Asesor

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Jefa a.i.

KCM/lsr
Ampo 3D