
DAJ-AE-133-12
23 de agosto de 2012

Señor
Luis Diego Jiménez Meza
Asesor Legal
Colegio de Enfermeras y Enfermeros de Costa Rica
Presente

Estimado señor:

Me refiero a su consulta de fecha 01 de junio del año en curso, en la cual solicita nuestro criterio, en torno a si corresponde o no, el pago de preaviso a quien ejerciera el cargo de Presidente del Colegio de Enfermeras y Enfermos de Costa Rica, dado que por asuntos internos el plazo del mandato se prolongó, por razones internas, hasta el 01 de agosto de 2012, siendo que debió haber concluido el 01 de agosto de 2011.

1.- Aclaraciones preliminares

Sobre el particular, le indicamos inicialmente que, de conformidad con los artículos 3 de la Ley Orgánica y 20 inciso c) del Reglamento de Reorganización y Racionalización, ambos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública, esta Dirección es competente para atender y resolver consultas que se refieran a la aplicación de la legislación social o sobre la interpretación de las leyes de trabajo, seguridad y bienestar social y demás disposiciones conexas, que formulen las autoridades nacionales, las organizaciones de empresarios y trabajadores y las personas particulares.

Si bien esta Dirección es competente para referirse al tema de las prestaciones legales en relaciones de empleo privado, en el caso particular de los Colegios Profesionales, no debemos perder de vista los criterios vinculantes de la Procuraduría General de la República, mismos que constituyen jurisprudencia administrativa para las entidades sujetas a su ámbito de acción.

De ahí que más que presentar nuestra opinión, que en todo caso no es vinculante u obligatoria, ni está por encima de lo que haya dictaminado el ente procurador en situaciones similares a la consultada, daremos colaboración y orientación a su persona sobre la normativa a revisar, pero sobre todo, a lo que la Procuraduría haya manifestado en el tema por su usted consultado.

Sirvan esos dictámenes para recordar y ahondar sobre la naturaleza jurídica de los colegios profesionales, como entidades pertenecientes al sector público no estatal, regidas en el régimen de empleo por el Código de Trabajo.

2.- Sobre los criterios de la Procuraduría General de la República

Básicamente, reseñaremos dos dictámenes de la Procuraduría, en el cual el tema consultado es analizado de forma directa. El primero de ellos, es el dictamen C-213-2008, del 20 de junio de 2008, dirigido al Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes, que en lo que interesa, señaló lo siguiente de importancia:

“De lo transcrito se extraen dos hipótesis con meridiana claridad, a saber: que la relación existente entre los empleados de un ente corporativo público no estatal como el que nos ocupa en este estudio, se encuentra regida por el Código de Trabajo; mas en aquellas personas que integran una junta directiva regentes de esos colegios de agremiados profesionales, se constituyen en órganos de dirección, y por ende, se encuentran regulados, evidentemente, por el Derecho Público. Amén de que por el carácter de su nombramiento no existe una relación de empleo entre estos miembros y esa clase de entidades; es decir, lo que existe es una relación de dirección y coordinación, ausente de los elementos que conforman a una relación de trabajo o servicio por cuenta ajena, especialmente la subordinación que es el supuesto que en definitiva la caracterizaría como tal...

Ha quedado claramente explicado el carácter que ostentan los cargos de dirección que componen una junta administrativa de un colegio profesional como el de consulta, en el tanto no existe una relación de servicio o de trabajo contentiva de los tres elementos que la configuran como tal, en especial el elemento definitorio de la subordinación, según la doctrina del artículo 18 del Código de Trabajo; es decir no existen en estos casos una relación de trabajo por cuenta ajena. Así cabe reiterar lo que este Despacho en el mencionado Dictamen No. C-236-2007 indicó que entre esa clase de funcionario y la institución corporativa no hay una relación de empleo ni como pública o privada; que el acceso a ese cargo no se produce por simple convenio entre las partes, o por algún procedimiento de idoneidad en sentido estricto (como ocurre en la relación de empleo público), sino que se trata de un puesto al que se accede por elección gremial, y por un plazo determinado. Presupuestos éstos, establecidos en los numerales 18, 19, 20, 21, 22, siguientes y concordantes de la citada Ley Número 4770.

Asimismo, este Órgano Consultor, a través del citado pronunciamiento, enfatizó que el hecho de que a lo interno de una entidad como la de estudio, se regule, vía reglamento, una remuneración salarial a funcionarios que

integran una Junta Directiva como la de consulta, esa circunstancia en nada viene a percutir el carácter jurídico que ostentan esos puestos directivos, habida cuenta de la inexistencia de una relación de servicio o de trabajo propiamente dicho. Son puestos de dirección, ayuno del elemento de subordinación para el ejercicio de las potestades públicas, otorgadas por ley, tal y como lo prevé el artículo 18 de la Ley 4770, al establecer que “La Junta Directiva es el órgano ejecutivo del Colegio y estará compuesta de un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario, un Prosecretario, un Fiscal, un Tesorero y tres Vocales.” De manera que, al cesar o sobrevenir el plazo por el cual fueron nombrados los citados miembros de la Junta Administrativa del Colegio de Profesionales en estudio, no tienen derecho a percibir ningún rubro salarial propio y correspondiente, de los trabajadores o empleados bajo una relación de trabajo común, a saber el pago de la cesantía, preaviso, aguinaldo, vacaciones, y todo lo que deriva de este último ligamen. De lo que se infiere también que lo que perciben económicamente los órganos directivos como el Presidente y Fiscal de dicho ente corporativo, no se les puede aplicar ningún tipo de carga social si no es por disposición legal, según se dirá de seguido...” El subrayado no corresponde al original.

El segundo, es el dictamen C-254-2008, del 22 de julio de 2008, que básicamente viene a recoger y reafirmar conceptos anteriores de otros dictámenes de esa Procuraduría, llevándolos al estudio del caso de un Fiscal de otro Colegio Profesional. Aunque la cita es un poco extensa, por los elementos analizados, es importante transcribirla completa, para tener claridad de lo que al respecto señaló la Procuraduría:

“Ahora bien, teniendo en cuenta que el punto específico que interesa a ese Colegio es el pago que recibe la persona que ocupa el cargo de Fiscal en ese Colegio, y antes de pasar a los términos concretos de las preguntas formuladas, conviene retomar lo que el ya citado dictamen N° C-236-2007 también desarrolló sobre este aspecto, en los siguientes términos:

“III. RESPECTO A LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE EL COLEGIO DE ABOGADOS Y EL FISCAL DE SU JUNTA DIRECTIVA. Se nos consulta si el Fiscal de la Junta Directiva del Colegio de Abogados está ligado a este último por un régimen “de empleo público o de empleo privado”.

Antes de referirnos a ese punto concreto, conviene indicar que esta Procuraduría ha sostenido que los cargos de dirección en los entes públicos no estatales (a diferencia de lo que sucede con los empleados de esas instituciones) se encuentran sujetos al Derecho Público. Así, en nuestro dictamen C-020-2007 del 29 de enero de 2007, indicamos lo siguiente:

‘...el régimen jurídico que regula las relaciones de trabajo del Instituto [se refiere al Instituto Costarricense del Café] es de derecho privado, por cuanto el ámbito laboral escapa a las prerrogativas y potestades administrativas otorgadas por la legislación a la corporación, con la excepción de los puestos gerenciales que sí se encuentran inmersos en el Derecho Público. En este punto conviene recordar que la actividad desplegada por el ente es de naturaleza privada aun y cuando se le reconozca una relevancia pública, razón por la cual podemos afirmar que en su actividad laboral los empleados del Instituto Costarricense del Café no realizan gestión pública en los términos señalados por la Sala Constitucional al analizar el régimen de empleo de los trabajadores estatales’. (El subrayado, y lo escrito entre paréntesis cuadrados es nuestro).

Posteriormente, en nuestro dictamen C-087-2007 del 23 de marzo de 2007, reiteramos esa tesis al sostener lo siguiente:

‘... el régimen jurídico que regula las relaciones de trabajo del Instituto [se refiere al Instituto Costarricense del Café] es de derecho privado, por cuanto el ámbito laboral escapa a las prerrogativas y potestades administrativas otorgadas por la legislación a la corporación, con la excepción de los puestos gerenciales a los que sí se les debe aplicar el Derecho Público, en atención a que son estos trabajadores los que dictan actos administrativos en ejercicio de las potestades públicas delegadas al ente’. (El subrayado, y lo escrito entre paréntesis cuadrados es nuestro).

Es claro que el Fiscal, como integrante de la Junta Directiva del Colegio de Abogados que es (artículo 19 de la Ley Orgánica ya citada) ejerce un cargo de dirección, por lo que, en ese ámbito, su actividad está sujeta al Derecho Público. Pero además, el ordenamiento le otorga algunas funciones específicas, como la de solicitar a la Junta Directiva aplicar la sanción de suspensión a algún colegiado (artículo 14 de la Ley Orgánica); velar por la observancia de los estatutos y reglamentos y representar judicialmente a la corporación (artículo 24 de la Ley Orgánica); instruir los procedimientos disciplinarios contra los colegiados (artículo 72 del Reglamento Interno); presentar ante la Junta Directiva un informe sobre cada procedimiento instruido (artículo 78 del Reglamento Interno); etc., funciones todas ellas que reafirman la aplicabilidad del Derecho Público al Fiscal del Colegio de Abogados.

A pesar de lo anterior, no es posible afirmar que entre el Fiscal del Colegio de Abogados y éste último haya una relación de empleo. Ni pública, ni privada. Como miembro de la Junta Directiva del Colegio, el Fiscal forma parte de uno de los órganos superiores de la Institución, lo que impide que exista la relación de subordinación o dependencia indispensable para configurar una relación de empleo; además, el acceso al cargo no se

produce por simple convenio entre las partes (como ocurre generalmente en las relaciones de empleo privadas) o por algún procedimiento de idoneidad (como ocurre en las relaciones de empleo público), sino que se trata de un cargo al que se accede por elección gremial, y por un plazo determinado; adicionalmente, las funciones que debe cumplir el Fiscal no son disponibles para las partes, sino que están previstas en normas jurídicas de acatamiento obligatorio. Todo ello evidencia que la relación que se analiza no puede ser catalogada como una “relación de empleo”.

En lo que se refiere a la remuneración del Fiscal, el artículo 19 de la Ley Orgánica del Colegio indica que “Los miembros de la Junta de Gobierno durarán en sus funciones dos años si se trata de los que desempeñan cargos no remunerados; y un año si se trata de los que desempeñan cargos remunerados”. Adicionalmente, el artículo 60 del Reglamento Interno dispone que “Es cargo remunerado solamente la Fiscalía; quien lo desempeñe devengará el sueldo mensual que señale el presupuesto de gasto del Colegio”. Y finalmente, el artículo 29 del Reglamento Autónomo del Colegio dispone que “Solamente devengará remuneración el o la Fiscal, quien deberá desempeñar ese cargo con una dedicación no inferior a la media jornada laboral. El estipendio será el que acuerde la Asamblea General, en el presupuesto de gastos del Colegio”.

De las normas citadas en el párrafo anterior interesa destacar dos aspectos. El primero de ellos consiste en que si bien el artículo 60 del Reglamento Interior y el 29 del Reglamento Autónomo del Colegio, hacen referencia a la remuneración del Fiscal mediante un “sueldo” y a una dedicación no inferior a la media “jornada laboral” respectivamente, la sola utilización de esos términos, propios de una relación de empleo, no es suficiente para atribuir esa naturaleza a la relación en estudio, pues como quedó dicho, existen suficientes razones de fondo para considerar que no estamos en presencia de una relación de empleo. El segundo aspecto que interesa destacar es que la remuneración del Fiscal (su monto, los rubros que la componen, etc.) es un asunto que debe ser definido por la Asamblea General del Colegio.”

Tal como se recoge con claridad en las consideraciones del transcrito dictamen, tenemos que el Fiscal, en su condición de miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados, ejerce un cargo de dirección, por lo que, en ese ámbito, su actividad está sujeta al Derecho Público, tomando en cuenta las potestades públicas que a la estructura directiva de un colegio profesional le confiere el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, entre el Fiscal y el Colegio de Abogados no puede existir una relación de empleo –ni pública, ni privada–, toda vez que no existen los elementos de una relación laboral. Antes bien, el Fiscal forma parte de uno de los órganos superiores de la Institución, lo que impide que exista la

relación de subordinación o dependencia indispensable para configurar una relación de empleo.

Según se desprende de los dictámenes del ente Procurador, no existe relación laboral entre los miembros de una junta directiva y el colegio profesional. En el caso concreto del Presidente del órgano colegiado, se indica que el mandato no surge de un acuerdo de voluntades ni de un concurso de idoneidad, sino que procede de una elección gremial para un plazo determinado. Esto se confirma con el hecho de que el Presidente es normalmente el representante legal, judicial y extrajudicial de la corporación. Ejerce entonces, un cargo de dirección, por lo que, en ese ámbito, su actividad está sujeta al Derecho Público, tomando en cuenta las potestades públicas que a la estructura directiva de un colegio profesional le confiere el ordenamiento jurídico.

3.- Conclusión

Esta Dirección Jurídica comparte las conclusiones emanadas de la Procuraduría General de la República, en el tanto está ausente el elemento característico y diferenciador de la relación laboral, la subordinación jurídica, en las labores a cargo de un Presidente de un Colegio Profesional, salvo prueba en contrario o legislación ordinaria que dispusiera otra cosa. De manera que es nuestra posición que el pago de preaviso no corresponde, así como ninguno de los extremos laborales que se cancelan durante la vigencia de una relación laboral.

De usted con toda consideración,

Lic. Kenneth Cascante Mora
Asesor

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Subdirectora

Kcm
Ampo 20