
24 de junio de 2008
DAJ-AE-144-08

Señora
Susan Patricia Cedeño Mora
Presente

Estimada señora:

Procedemos a dar respuesta a solicitud presentada en esta asesoría el 30 de enero del presente año, mediante la cual consulta por el tratamiento que debe tener el aporte patronal por concepto de auxilio de cesantía dado que usted como funcionaria que fue del Consejo de Seguridad Vial del Ministerio de Obras Públicas y Transportes estuvo afiliada a la Asociación Solidarista de dicho Consejo (ASECONSEVI), desde que se fundó hasta 1999, siendo que ese año el Departamento de Peajes pasó a formar parte del Consejo Nacional de Vialidad, del mismo Ministerio, pero por ser Consejos diferentes e independientes no podían continuar estando afiliados a dicha asociación. Indica que continuó laborando en esta otra dependencia hasta el 15 de enero de 2006, pues a partir del día siguiente estaría nombrada en propiedad en el Instituto Nacional de Aprendizaje. Señala que durante todo el tiempo que estuvo laborando en el Consejo Nacional de Vialidad ASECONSEVI mantuvo en custodia el aporte patronal por concepto de cesantía, sin entregar excedentes, pues en el Consejo Nacional de Vialidad no había Asociación Solidarista. Agrega que ahora que labora para el INA institución en la que sí hay asociación solidarista, se afilió a la misma y solicitó el traslado de los aporte patronales, lo cual ASECONSEVI hizo sin ningún problema. No obstante, señala que la Asociación Solidarista de Empleados del INA (ASEMINA) cuando depositó el dinero en su cuenta lo registró como un ahorro permanente y no como un aporte patronal. Por lo anterior, solicita criterio sobre el tratamiento que debe tener el aporte patronal trasladado si está bien ingresarlo como ahorro permanente, o debe ser como aporte patronal o si es mejor devolverlo a ASECONSEVI, dado que no ha roto la relación laboral con el Gobierno. Señala que tiene 20 años de antigüedad y nunca se le han pagado prestaciones. Además consulta si por algún motivo tuviere que renunciar el día de mañana o se pensiona o es despedida por reestructuración, a quién le correspondería el pago de todos los años laborados.

Sobre la primera interrogante debemos transcribir parcialmente el artículo 21 de la Ley de Asociaciones Solidaristas en lo que interesa dice:

“ARTICULO 21: Las cuotas patronales se utilizarán para el desarrollo y cumplimiento de los fines de la asociación, y se destinarán prioritariamente a constituir un fondo para el pago del auxilio de cesantía. Este fondo se dispondrá de la siguiente manera:

a) Cuando un afiliado renuncie a la asociación pero no a la empresa, el aporte patronal quedará en custodia y administración de la asociación para ser usado en un eventual pago de auxilio de cesantía a ese empleado, según lo dispuesto en los incisos siguientes.

b) Si un afiliado renunciare a la empresa, y por lo tanto a la asociación, recibirá el aporte patronal, su ahorro personal y cualquier otro ahorro o suma a que tuviere derecho, más los rendimientos correspondientes.

c) Si un afiliado fuere despedido por justa causa, tendrá derecho a recibir el aporte patronal acumulado, sus ahorros, más los rendimientos correspondientes.

ch) Si un afiliado fuere despedido sin justa causa, tendrá derecho a recibir sus ahorros, el aporte patronal y los rendimientos correspondientes. Si el aporte patronal fuere superior a lo que le corresponde por derecho de auxilio de cesantía, lo retirará en su totalidad. Si el aporte patronal fuere inferior a lo que le corresponde, el patrono tendrá la obligación de cubrir la diferencia.

d) En caso de retiro de un trabajador por invalidez o vejez, el pago total de lo que le corresponda se le hará en forma directa e inmediata.

Si fuere por muerte, se hará le devolución de sus fondos conforme con los trámites establecidos en el artículo 85 del Código de Trabajo.

Como puede observarse, la norma transcrita establece todos los supuestos en los que hay finalización de relación laboral o cuando el trabajador se desafilia de una asociación solidarista. Queremos destacar el inciso a) que presupone la renuncia del trabajador a la Asociación Solidarista y su continuación en la empresa donde aquella tiene asiento. No hay disposición en la Ley que prevea un caso de prestación específica para el Estado como patrono. Los supuestos anteriores, parecen referirse a la empresa privada. En consecuencia, debe acudir a otros criterios para solucionar el problema planteado.

Como expresamente lo señala el encabezado del artículo 21 y los artículos 18 inciso b) y 19 de la Ley de Asociaciones Solidaristas, las cuotas patronales deben destinarse a constituir un fondo para el pago del auxilio de cesantía; es decir, para hacerle frente al pago de dicho derecho, que corresponde hacer al patrono respectivo, en los casos señalados por la Ley (artículos 28, 29, 30, 83, 85 del Código de Trabajo e incisos B9, c), ch) y d) del artículo 21 de la citada Ley de Asociaciones Solidaristas). El pago de dicho auxilio de cesantía, en términos

normales y generales, procede siempre que haya terminación del contrato de trabajo.

En el Estado las Asociaciones Solidaristas se constituyen tomando en cuenta las Instituciones Públicas específicas o los Ministerios, Consejos, Direcciones, según la independencia presupuestaria que tenga, es decir una para cada uno de dichos entes u órganos. No se hacen Asociaciones Solidaristas que cobijen a todos los trabajadores del Estado y a éste como patrono único; de ahí que al trasladarse un trabajador de una Institución a otra, de una Institución a un Ministerio o bien de un Ministerio a otro, o de una dependencia de un Ministerio a otra, que tengan presupuestos independientes aunque no se da una terminación del contrato de servicios con el Estado, si hay una desvinculación con la Asociación Solidarista de donde procede. Véase pues, que no hay una terminación contractual de servicios en sentido estricto, pues se sigue laborando para el mismo patrono; pero, en términos prácticos, resulta imposible continuar la relación trabajador- Asociación Solidarista al perderse la condición de funcionario de la empresa o Institución donde tiene asiento la organización social.

El artículo 18 de la ley 6970 dice en lo que nos interesa:

“Artículo 18: Las asociaciones solidaristas contarán con los siguientes recursos económicos:

- a. ...
- b. *El aporte mensual del patrono a favor de sus trabajadores afiliados, que será fijado de común acuerdo entre ambos de conformidad con los principios solidaristas. Este fondo quedará en custodia y administración de la asociación como reserva para prestaciones.*
- c. *Lo recaudado por este concepto, se considerará como parte del fondo económico del auxilio de cesantía en beneficio del trabajador, sin que ello lo exonere de la responsabilidad por el monto de la diferencia entre lo que le corresponda al trabajador como auxilio de cesantía y lo que el patrono hubiere aportado....”* (los subrayados son nuestros)

De conformidad con esta disposición, podemos afirmar que los dineros que ingresan a la Asociación en concepto de aporte patronal, si bien constituyen un fondo para el pago del auxilio de cesantía, una vez hecho ese traslado de fondos, las sumas pasan a formar parte del patrimonio del funcionario y se rigen por los postulados de la Ley 6970 por lo tanto también dejan de ser dineros del patrono; en razón de ello, al fijar el procedimiento a seguir cuando se da el retiro de un trabajador de la Institución donde estaba la Asociación de la cual era miembro, debemos manejar conceptos delicados que conlleven a una alternativa lógica jurídica.

Cuando un funcionario deja de laborar en la Institución donde existía Asociación Solidarista, en el caso que se tratara de una empresa privada lo que corresponde es cancelar totalmente el monto depositado a su favor por concepto de aportes patronales ya que esos montos constituyen el fondo de cesantía que servirán de base al patrono para pagar la diferencia por ese concepto según lo establece el artículo 18 inciso b) de la Ley de cita. Sin embargo, cuando estamos ante Instituciones del Estado, al darse la finalización de la relación laboral con una Institución e iniciar una nueva relación con otra del mismo Estado o incluso del mismo Ministerio, no estamos ante una finalización absoluta del contrato de trabajo, ya que el funcionario mantiene los derechos generados por la antigüedad acumulada en la Institución y no existe obligación para pagar en ese momento cesantía, más bien nos encontramos con la existencia de prohibiciones legales para obtener el pago de cesantía cuando se ingresa a otra Institución hasta por un tiempo que represente la suma que recibe en calidad de auxilio de cesantía¹.

La situación descrita nos pone ante una toma de decisión muy difícil de manejar dadas las incongruencias legales con las que podemos encontrarnos al fijar el procedimiento correcto para el manejo de los aportes patronales en el Estado, es por ello, que esta Dirección en anteriores ocasiones ha mantenido el criterio y así lo confirmamos en la presente, que los casos en que no existe Asociación Solidarista en la Institución destino, debe pagarse al funcionario los aportes patronales depositados a su favor en la Solidarista de origen, ya que no es posible que aquélla mantenga esos dineros en virtud de romperse el vínculo de pertenencia que justificaba su administración, tampoco será posible devolverle los dineros a la Institución de origen porque como dijimos líneas atrás, esos dineros ya no son suyos sino del trabajador. Consideramos que el problema de legalidad que representa la prohibición expresa del pago de prestaciones en fecha anterior a una nueva contratación con el Estado, debe ceder ante la imposibilidad jurídica de devolver los dineros y al encontrarnos ante una Ley especial como lo es la Ley 6970 que permite el pago en estas circunstancias. Para un mejor control del pago, la Asociación que cancela directamente los aportes patronales en estas circunstancias, deberá enviar constancia a la Institución destino, para que conste en el expediente personal del servidor el pago realizado por concepto de cesantía, y así en un futuro pago por ese concepto, la Institución deduzca el monto cancelado del total a pagar por cesantía.

Para el caso en que el funcionario se traslade a una Institución donde si funciona Asociación Solidarista, el problema sobre el procedimiento a seguir con los aportes patronales permite una mejor solución y en ese sentido es criterio de esta Asesoría, que debe permitirse la posibilidad que la organización de la Institución destino, administre el dinero previo traslado de los fondos por parte de la asociación de origen. En estos casos no procede la devolución del dinero al

¹ Art. 586 inciso b) Código de Trabajo.

trabajador, en virtud de existir una solución alterna que permite mantener los aportes patronales en administración hasta que el funcionario deje de laborar definitivamente para el Estado. No será necesario que el funcionario se afilie a la nueva organización social pues debe privar el derecho constitucional a libre afiliación, pero esta organización estará en todo su derecho de cobrarle al funcionario los gastos en que incurra por la administración del dinero, al igual que lo hace con los aportes en custodia de aquellos funcionarios que renunciaron y se mantienen en la Institución donde se asienta la misma.

Por lo tanto, es criterio de esta Dirección² que al darse un traslado como el descrito, y suponiendo que en la Institución a la que se traslada el funcionario no existe ninguna Asociación Solidarista, el procedimiento que debe seguir la organización, es incluir dentro de la liquidación del afiliado, también las cuotas patronales; e informar en conjunto con el Departamento de Personal o de Recursos Humanos de esa Institución, a la nueva dependencia, del monto que por tal concepto se ha realizado.

Todo lo expuesto es aplicable en el tanto no exista Asociación Solidarista en la Institución a la que se traslada el afiliado, pues de lo contrario, lo procedente es que la Asociación Solidarista traslade las cuotas patronales depositadas a favor del afiliado, a la Solidarista de esa otra Institución, para que dicha organización continúe administrando esos fondos y los devuelva cuando ese funcionario deje de laborar según los términos expuestos en la presente.

~~Precisamente eso fue lo que sucedió e~~~~En el caso suyo~~~~n su caso~~, cuando el Departamento de Peajes dejó de formar parte del Consejo de Seguridad Vial y pasó a ser una dependencia del Consejo Nacional de Vialidad, no obstante siendo que usted seguía siendo funcionaria del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, resultaba contradictorio^{qa} que le fuera entregado el aporte patronal por concepto de auxilio de cesantía, ya que usted seguía trabajando para el mismo patrono y no había quedado cesante. Es importante indicarle que durante todo el tiempo que el aporte patronal a nombre suyo siguió siendo administrado por la Asociación Solidarista, usted tenía derecho a percibir intereses en su estado de cuenta sobre tal ahorro, pues la Asociación y los demás afiliados se beneficiaron entonces con los intereses que generó su dinero. Claro, igualmente la asociación podría cobrarle un monto por administración del mismo, al no estar usted afiliada a tal asociación. Así lo ha establecido en sentencia la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en la resolución 2002-00373 de las 15:10 de 26 de julio de 2002 que señaló acerca de la naturaleza jurídica del aporte patronal:

“La ventaja que, para el trabajador, representa el solidarismo consiste en que el empleador paga por anticipado, parcial o

² En este mismo sentido ver DAJ-sd-055 del 11 de enero de 1994, DAJ 091-99 del 09 de abril de 1999.

totalmente, la cesantía, la cual se transforma, así, en un derecho. El aporte patronal se le entrega, mensualmente, a la Asociación Solidarista, que es una persona jurídica independiente del empleador (artículo 4 de la Ley de Asociaciones Solidaristas), saliendo de esa forma definitivamente de la esfera de la empresa, lo que constituye una protección contra el riesgo económico de ésta, puesto que pasa a formar parte de otro patrimonio. Esos aportes se acreditan a la cuenta individual del trabajador, durante todo el tiempo que dure la relación laboral (y se mantenga la afiliación a la Asociación Solidarista). Se va creando así un fondo al cual, el trabajador, tiene acceso, independientemente de la causa de terminación del contrato, pero a partir de ésta. En este sistema, la proporción de la cesantía aportada, constituye un derecho adquirido (indiscutible, cierto, no litigioso) y no ya una mera expectativa de derecho; aparte de que, eventualmente, se rompe el tope de ocho años, fijado en el Código de Trabajo. Cabe recalcar que ese fondo, constituido por los aportes patronales, pasa a ser propiedad del trabajador. Esas sumas salen del patrimonio de la empresa (la cual, por ese porcentaje y monto, se descarga de ese pasivo), teniendo la Asociación sobre dichos montos meras facultades de administración y de custodia, no incorporando, dentro de su propio patrimonio, esos aportes... Esto se fundamenta, también, en lo dispuesto por el ordinal 17 de la ley mencionada, que establece que el afiliado que se separe de la Asociación, pierde sus derechos en ella, salvo los aportes personales más los rendimientos correspondientes, los créditos personales del asociado, a favor de la entidad, y los derechos de cesantía y demás beneficios que, por ley, le correspondan. En caso de renuncia a la Asociación, si bien los aportes patronales no seguirán incrementándose, puesto que el empleador no tiene el deber de seguir pagando las obligadas cuotas, continuarán generando rendimientos para el exafiliado, hasta que éste deje de laborar en la empresa; los que también han de serle entregados." (el subrayado es nuestro)

En razón de lo anterior, es válido que usted le reclame a ASECONSEVI el pago de los intereses o rendimientos que debió haber generado el aporte patronal durante todo el tiempo que usted no estuvo afiliada a ellos, pero que sí tenían en administración sus dinero. En ese sentido, la misma sentencia de la Sala Segunda establece en otro acápite, que el plazo de prescripción es de un año a partir de la finalización de la relación laboral, y como usted continúa laborando para el Estado su derecho no está prescrito, así que está en tiempo para reclamar su dinero.

En relación con el tratamiento que ASEMINA le ha dado a su dinero debemos indicarle que también debe presentar el reclamo correspondiente, ya que la forma en que están administrando su aporte patronal es erróneo y ello puede generar consecuencias negativas para su haber.

Ello por cuanto, le están cambiando la naturaleza jurídica del aporte patronal. No puede un monto que fue creado y otorgado por concepto de auxilio de cesantía pasar a formar parte de un ahorro permanente, pues usted se puede ver gravemente afectada.

Así tenemos lo que indica el Código de Trabajo sobre el auxilio de cesantía

ARTÍCULO 30: “El preaviso y el auxilio de cesantía se regirán por las siguientes reglas comunes:

a) El importe de los mismos no podrá ser objeto de compensación, venta o cesión, no podrá ser embargado salvo en la mitad por concepto de pensiones alimenticias;...”

Así las cosas, si el dinero que fue trasladado de ASECONSEVI a ASEMINA ingresa como un ahorro permanente, ese dinero no estaría protegido contra posibles embargos, o no estaría sujeto a la prohibición de compensar deudas, pues se trataría de un simple ahorro suyo, o podría ser que el interés generado por concepto de ahorro sea inferior al generado por concepto de aporte patronal. Mientras que si se trata de un dinero por concepto de auxilio de cesantía, tal y como lo señala el artículo 30 del Código de Trabajo citado, tal monto no puede ser objeto de compensación con posibles deudas tuyas en la asociación, ni puede ser embargado por terceros.

Más importante que lo anterior, es que ese dinero constituye su cesantía, la cual será cancelada cuando se de la terminación definitiva de su relación laboral, con la actuación de esta Asociación se ve afectado el patrimonio del Estado, pues en buena técnica ya ha cancelado parte del monto por cesantía, y si no se ubica contablemente en la cuenta que corresponde, el Gobierno deberá repetir el pago si se diera una terminación del contrato en este momento pues ese monto pagado no aparecerá en ningún lado. Esta situación deberá ser de conocimiento de la Auditoría de la Institución destino, para que resguarde los intereses del Estado y verifique que los dineros públicos hayan cumplido su destino. Consideramos además que en este caso también asume responsabilidad la Asociación Solidarista del CONSEVI, pues debió dar aviso al Departamento de Recursos Humanos del INA, sobre el traslado del aporte patronal a la Solidarista de esta última para que en una eventual –cancelación de cesantía se rebaje el monto traslado a la Solidarista, del total a pagar por cesantía.

De esta forma~~Sobre este concepto~~ es importante indicarle que en caso que la ASEMINA no acceda a su solicitud usted podrá acudir a la Auditoría del INA

para que corrija la situación, o deberá resolver sus derechos a por la vía judicial ante los Tribunales de Trabajo.

Sobre su consulta de si procede que el dinero se devuelva a ASECONSEVI, debemos indicarle que ello tampoco es procedente, pues ya salió el mismo de su administración y siendo que ya usted no es afiliada no puede obligarlos a continuar administrando los dineros.

En relación con su duda sobre a quién le correspondería cancelarle sus prestaciones en caso que usted renuncie, o la despidan o se pensione, debo indicarle que tal y como lo señalan los artículos 18 y 21 de la Ley de Asociaciones Solidaristas, por cualquiera de estos supuestos que usted expone, un trabajador tiene derecho a recibir el aporte patronal por concepto de auxilio de cesantía, los cuales son suyos e incluso se rompe el tope de ocho años que establece el artículo 29 del Código de Trabajo, por cuanto si el monto a su favor es mayor a lo que le correspondería por ocho años se le debe otorgar todo, y si es menor se el Estado, por medio del INA le debe pagar la diferencia. Nunca bajo ninguna circunstancia el dinero deberá ser devuelto a la parte patronal. Es en este sentido que hemos mencionado el perjuicio que se le causa al Estado si se diera un rompimiento de la relación laboral descrita, ya que el INA deberá pagarle la cesantía con base en toda su antigüedad, hasta 8 años máximo, y si usted no tiene depositado en ASEMINA el dinero que el CONSEVI le había pagado por medio de la Solidarista durante el tiempo que estuvo afiliada a ésta, el monto a pagar será superior que el que verdaderamente le corresponde.

Es importante indicarle que usted como funcionaria pública arrastra la antigüedad en cualquier institución en que esté, sea del Gobierno Central o no, por lo cual su último patrono (dentro del Estado) es el que deberá cancelarle la liquidación correspondiente.

De usted con toda consideración,

Priscilla Gutiérrez Campos
Asesora

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Jefe

cc. Lic. José Joaquín Orozco Sánchez, Jefe, Departamento de Organizaciones Sociales
cc: Auditoría Instituto Nacional de Aprendizaje.

Departamento de Recursos Humanos INA
Asociación Solidarista del CONAVI. ASECONSEVI
Asociación Solidarista INA. ASEMINA.

PGC/ihb
Ampo 16 a)