



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

Voto N°122-2018

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES DEL MAGISTERIO NACIONAL San José a las diez horas treinta y cinco minutos del veinte de marzo del dos mil dieciocho

Recurso de apelación interpuesto por **XXXX** cédula de identidad N° **XXXX** contra la resolución DNP-REA-M-2898-2017 de las 11:00 horas del 06 de setiembre de 2017 de la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Redacta la Jueza Hazel Córdoba Soto; y,

RESULTANDO:

I.- Mediante resolución 5260 de la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, adoptada en Sesión Ordinaria 089-2017 de las 13:00 horas del 10 de agosto de 2017 se recomendó otorgar la revisión de pensión conforme a los términos de la Ley 2248 artículo 2 inciso ch, acreditando un tiempo de servicio de 24 años, 7 meses, 23 días hasta el día 31 de diciembre de 2016. Determina un total de 3 años 9 meses de postergación, equivalente a un porcentaje de 21.03%, el mejor salario en la suma de ¢815.274,94 que corresponde a mayo del 2016 que incluye el porcentaje de salario escolar. La mensualidad jubilaria en la suma de **¢986.727,00** incluida la postergación. Con rige a partir del 01 de enero de 2017.

II.- De conformidad con el artículo 89 de la Ley 7531 por resolución número DNP-REA-M-2898-2017 de las 11:00 horas del 06 de setiembre de 2017 de la Dirección Nacional de Pensiones aprobación de la revisión de la pensión conforme a la Ley número 2248 del 05 de setiembre de 1958. Acredita el tiempo de servicio en 22 años y 25 días al 31 de diciembre del 2016, con un porcentaje de postergación al disponerlo en 10.77%, equivalente a 1 año y 11 meses laborados en exceso. El mejor salario en la suma de ¢815.274.94, y en la mensualidad jubilaria que la establece en la suma de **¢903.080,00** monto que incluye la postergación. Con rige a partir del 01 de enero de 2017

III. El petente cumplió los 60 años de edad el 29 de marzo del 2013 según se desprende de certificación del Registro Civil visible en documento N°51 del expediente administrativo.

IV.- Que en los autos se han acatado las prescripciones de Ley y no se observan vicios que puedan causar la nulidad de lo actuado.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

CONSIDERANDO:

I.- De conformidad con lo dispuesto en la Ley número 8777 del siete de octubre del dos mil nueve y Decreto Ejecutivo 35843-MTSS del 28 de enero de 2010 este Tribunal procede al conocimiento del presente asunto.

II.- Se conoce la disconformidad, con lo dispuesto por la Junta de Pensiones y la Dirección de Pensiones, por cuanto la primera contabiliza 24 años 7 meses 23 días al 31 de diciembre del 2016 y la segunda a esa misma fecha el total de labores de 22 años y 25 días. A pesar de que la Dirección coincide con la Junta de Pensiones en otorgar la revisión de pensión conforme a los términos de la Ley 2248, mejor salario y fecha de rige, difieren en el tiempo de servicio, afectando con ello la postergación y consecuentemente el monto jubilatorio.

III.- Respecto a la postergación la diferencia se genera por cuanto la Junta de Pensiones determina la postergación en 3 años y 9 meses que corresponde a 21.03%, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, (29 de marzo del 2013).

La Dirección de Pensiones por su parte le contabiliza 1 año y 11 meses (10.77%). En este caso la Dirección determina la postergación, según el cálculo visible en documento 20, en el cual se observa que para la presente revisión dicha instancia inicia con el cómputo de tiempo de servicio de **(21 años 4 meses y 25 días) al 31 de mayo del 2016**, el cual sirvió de base para el otorgamiento de la jubilación mediante resolución número DNP-OA-M-2952-2016 del 20 de octubre del 2016 sea, tiempo al que le adiciona 7 meses (de junio a diciembre del 2016). Es a partir de ahí que considera como tiempo postergado: 1 año y 4 meses del cálculo anterior y 7 meses que se acredita con la presente revisión, y por ello arriba al total de postergación de 1 año y 11 meses.

IV.- Del cómputo de tiempo de servicio

Revisados los autos se observa que para la presente revisión la Dirección de Pensiones inicia con el cálculo confeccionado por la Junta de Pensiones de 21 años 4 meses y 25 días al 31 de mayo del 2016 (ver documento 23), cálculo que sirvió de base para el dictado de la resolución DNP-OA-M-2952-2016 del 20 de octubre del 2016 (ver documento 30). Tiempo al cual le adiciona 7 meses (de junio a diciembre del 2016) arribando al total de tiempo de servicio de 22 años y 25 días al 31 de diciembre del 2016 (ver documento 60, página 2)

Por su parte la Junta de Pensiones en atención a la certificación número URH-PSA-CERT-584-2017 del 30 de mayo del 2017 emitida por el Encargado de Procesos Soporte Administrativo de la Unidad de Recursos Humanos del INA visible a documento 54, realiza el cálculo de tiempo de servicio; incrementando el cómputo de los años 1978, 1980, 1989, incluye los años 1995 y 1996, y además incorpora más bonificaciones por artículo 32. Asimismo, se observa que la Junta de Pensiones se equivoca en el cómputo del año 1981.

a. En cuanto a las labores de los años 1978, 1980, 1981 y 1989



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

Del **año 1978** la Junta de Pensiones para la presente revisión incorpora 15 días de agosto, y por ello contabiliza 4 meses y 15 días (del 16 de agosto al 31 de diciembre), siendo lo correcto computar para ese año únicamente los meses de (setiembre, octubre y noviembre). Los 15 días de agosto no corresponde contabilizarlos al no encontrarse cotización alguna en el Reporte de Salarios Acumulados con Cotizaciones IVM de la Caja Costarricense del Seguro Social. Y aunado a ello en la certificación del INA no se emite información certera pues se aclara que los rollos de microfilm están dañados, razón por la cual al no poderse corroborar dicha información la misma no se puede agregar. Debe tenerse presente que en este caso en particular, existen dudas en razón de que el INA certifica que el funcionario ingresa a laborar desde el 16 de agosto de 1978 hasta 30 de abril de 1989 de manera continua, sin embargo corroborando esta información con la Certificación de Cuenta individual de la CCSS, existen varios meses en los que no aparece reportado salario, y debido a que el INA no está aportando certificación que aclare esta situación, no es posible tener claridad si en aquellos meses en los que no aparece el reporte se debió por alguna incapacidad, permiso sin goce salarial o suspensión disciplinaria; así que no es posible tener por acreditada la prestación de servicios por esos meses, hasta tanto no se aporte la certificación correspondiente y así deberá aplicarse en todos los años en los que se presente dicha situación.

Por otro lado, no corresponde el mes de diciembre, pues si bien es cierto ese período está consignado en la certificación del I.N.A, ello no implica que debe incluirse en el cómputo de tiempo de servicio, pues se trata de un periodo vacacional que se otorga únicamente cuando se haber laborado el ciclo lectivo completo, lo cual no sucedió en este caso. Por tanto, no procede contabilizar ese mes de diciembre dentro del cálculo. De manera que debe computarse para ese año **3 meses**.

En el **año 1980** se presenta la misma situación anterior, pues la Junta contabiliza 1 año para la presente revisión de acuerdo a la certificación URH-PSA-CERT-584-2017. Tal y como se detalló en el párrafo anterior, los meses de junio, agosto a noviembre no podrán ser incorporados dentro del cálculo, al no haber documento idóneo que respalde esas labores, y tampoco cotización alguna para esos meses.

Se hace la observación que en el tiempo de servicio que realizó la junta a documento 23, se habían consignado para ese año 6 meses, pero ese tiempo tampoco es correcto, pues incluye los meses de enero y febrero que son bonificaciones por artículo 32 que solo proceden si se labora el año completo.

Siendo lo correcto computar para ese año 4 meses (marzo, abril, mayo y junio), pues son los únicos cotizados según Reporte de Salarios Acumulados con Cotizaciones IVM de la Caja Costarricense del Seguro Social (ver documento11).

En el **año 1981** la Junta de Pensiones contabiliza 8 meses (marzo y abril y julio a diciembre), tiempo que se arrastra para la presente revisión, sin observar que se debe excluir el mes de diciembre, pues se trata de un periodo vacacional, que se otorga únicamente cuando el servidor acredita haber laborado el curso lectivo completo, lo cual no sucedió en este caso. De manera que el cómputo correcto para ese año es de **7 meses**.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

En cuanto el **año 1989** la Junta contabiliza 3 meses (febrero, marzo y abril), y lo correcto es computar 1 mes (marzo), pues se trata del único mes que se encuentra cotizado para ese año, según se refleja en Reporte de Salarios Acumulados con Cotizaciones IVM de la Caja Costarricense del Seguro Social. Asimismo, se debe excluir el mes de febrero por cuanto se trata de un año que no fue laborado completo requisito que se requiere para incluir los periodos vacacionales en el cómputo. De manera que el cálculo correcto es de 1 mes (marzo).

b.-En cuanto a las bonificaciones por artículo 32

La Junta de Pensiones para la presente revisión arriba a un tiempo de **2 años 4 meses y 22 días**, anteriormente solo había otorgado una bonificación **2 años 2 meses y 1 día** y ese fue el tiempo que arrastró la Dirección Nacional de Pensiones.

Lo que sucede es que la Junta para la presente revisión al contabilizar el año 1980 completo le incorpora, como bonificación por artículo 32, (21 días de enero y 2 meses como administrativo, con la cual se arriba al total de 2 años 4 meses y 22 días, cuyo desglose se compone de la siguiente manera:

2 años por administrativo de (1979, 1980 y de 1982 a 1988).

4 meses y 22 días por los eneros laborados de (1979, 1980, y de 1982 a 1986 y 1988)

Al respecto cabe señalar que no corresponde el reconocimiento de esa bonificación de los 21 días de enero de 1980, ni tampoco los 2 meses de administrativo de ese año, pues el cálculo correcto para ese año ese de 4 meses según se desarrolló en el apartado correspondiente, lo cual conlleva a que no pueda incorporarse bonificaciones por artículo 32.

c.-Del cómputo de los años 1995 y 1996

Para la presente revisión la Junta de Pensiones incorporó los años 1995 y 1996 dentro del cálculo. Por su parte la Dirección de Pensiones no lo contabiliza argumentando que no procede computar esos periodos por tratarse del ejercicio de labores realizadas bajo la modalidad de “Servicios Profesionales”.

En lo particular la Junta de Pensiones en la resolución 4360 la cual fue aprobada por la Dirección de Pensiones mediante resolución DNP-OA-M-2952-2016 del 20 de octubre del 2016(Docs.27 y 30), en lo referente indicó que: *“Aun cuando el documento de cuenta individual emitido por la Caja Costarricense del Seguro Social, se evidencia que existen cotizaciones realizadas por el Instituto Nacional de Aprendizaje para los años 1995 y 1996, no se incluyen dentro del tiempo por cuanto el patrono, en todas sus certificaciones indica que se laboró hasta abril de 1989 y reingresó en mayo del 2007...”*.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

Para la solicitud de revisión el petente aporta la certificación supra URH-PSA-CERT-584-2017 visible en documento número 54, páginas 3 y 4 de la cual se desprende que: *“El señor XXX (...) laboró para los períodos del 13 de abril del 1994 al 16 de diciembre de 1994 y en el año 1995 del (06 de febrero al 24 de julio y del 26 de julio al 12 de diciembre) y en 1996 del (15 de enero al 28 de junio y del 01 de julio al 20 de diciembre)*. Siendo este el fundamento con el cual la Junta de Pensiones incorporó en el cálculo de la revisión los años (1995 y 1996) dentro del cómputo, criterio que revierte la Dirección de Pensiones al indicar que *no se ésta ante una relación laboral*, sino que es meramente una prestación de servicios profesionales, por lo cual no se deben considerar esos períodos.

En lo referente considera este Tribunal que es improcedente la actuación de la Dirección de Pensiones al NO incluir el tiempo de servicio prestado por el petente en el INA para los años **(1995 y 1996)**, pues a pesar de que se certifique que si se laboraron bajo la figura de servicios profesionales lo cierto es que claramente se evidencia que esos períodos aparecen debidamente *laborados y cotizados*, según Reporte de planillas de la Caja Costarricense del Seguro Social (ver documento 11 del expediente administrativo) cual si se tratara de un funcionario regular del INA. Es decir que tanto la certificación del INA como el reporte de planillas de la CCSS guardan coincidencia, confirmándose así que el señor XXXX formaba parte de la planilla de los funcionarios de dicha institución. En todo caso, cabe indicar que, si al recurrente se le dedujo una cotización, implica que efectivamente recibió remuneración salarial, siendo este uno de los elementos primordiales de la relación laboral. De manera que, lo correcto es incluir esas labores dentro del cómputo de tiempo de servicio.

Diferente situación sucede con el **año 1994**, que pese a que la citada certificación URH-PSA-CERT-584-2017 acredita que el recurrente prestó servicios durante ese año, no se observa en el Reporte de planillas de la Caja Costarricense del Seguro Social visible en documento 11, que este período haya sido oportunamente cotizado. Asimismo, no se acredita en el expediente documentación alguna que justifique la ausencia de esas cotizaciones, y al no contarse con información suficiente para confrontar las labores descritas en la certificación emitida por el INA, no se puede dar por acreditada la relación laboral para ese periodo; será en una futura revisión que el peticionario aclare dicha situación, aportando la información pertinente, o resolviendo la situación de las cuotas obrero patronales que omitió el INA.

Con relación a este asunto, de la prestación de servicios en el Instituto Nacional de Aprendizaje es menester citar la normativa y criterios aplicables al caso, que en lo interesa se indica lo siguiente:

El artículo 8 de la Ley 7531 actualmente vigente, dispone:

“Profesionalidad. Por desempeño en el Magisterio Nacional debe entenderse específicamente: (...) c) Los funcionarios del Instituto Nacional de Aprendizaje. (...)”

Asimismo, el artículo 41 del mismo cuerpo Legal establece:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL RÉGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

“Requisitos: Tendrán derecho a las prestaciones por vejez, los funcionarios cubiertos por este Régimen que cumplan con los siguientes requisitos: Un mínimo de cuatrocientas cotizaciones mensuales...”.

La Ley General de Pensiones N° 7302, en su artículo 29 dispone lo siguiente:

"...Para poder acogerse a cualesquiera de los regímenes de pensiones regulados en el Capítulo I o al régimen establecido en el Capítulo IV de esta Ley, el interesado deberá haber cancelado todas las cuotas que esté obligado a cubrir de conformidad con el artículo 4 y con el artículo 19, respectivamente. Sin embargo, el interesado podrá solicitar que las cuotas que haya cubierto para cualquier régimen de pensiones del Estado diferente de aquel con el que se pensione, le sean computadas para estos efectos. No obstante, siempre quedará obligado a cubrir cualquier diferencia resultante...En relación con las cuotas que no hayan sido cubiertas y las diferencias a que se refiere el párrafo anterior, al menos el cincuenta por ciento (50%) del monto total adeudado deberá cancelarse inmediatamente y el porcentaje restante se cancelará por medio de una deducción mensual a la pensión, cuyo monto se fijará en forma tal que la deuda sea cancelada en su totalidad en un plazo máximo de cinco años. Las sumas que se perciban en virtud de lo dispuesto en este artículo, ingresarán a la caja única del Estado."

El Tribunal de Trabajo, Sección Segunda resolución 198, del 24 de marzo de 2009, dispone:

“(...) Examinados los reparos del recurrente, es criterio de este Tribunal que lleva razón en sus reproches. De la documentación de folios 5 a 16, 89 a 96, se desprende que el peticionario laboró en el Instituto Nacional de Aprendizaje, veinte años, cuatro meses y tres días, al treinta y uno de diciembre de dos mil siete. Ciertamente, durante todo este tiempo el promovente ha estado cotizando para el Régimen General de la Caja Costarricense de Seguro Social, como se extrae de los documentos de folios 52 a 55. Sin embargo, esa situación no es imputable al promovente, porque desde que inició su trabajo en junio del año mil novecientos ochenta y ocho, tenía derecho a cotizar para el Régimen Especial de Pensiones del Magisterio Nacional. Así se desprende de las siguientes normas: a) el artículo 1 de la Ley 2248, cuya vigencia se extendió hasta el dieciocho de abril de mil novecientos noventa y tres, que disponía “artículo 1. Estarán protegidos por la presente ley las personas que (...) sirvan cargos docentes o administrativos en (...) las instituciones docentes oficiales (...) reconocidas por el Estado, que hayan cotizado durante ese tiempo para el fondo de pensiones y jubilaciones que esta ley establece (...)”; b) el artículo 1 inciso c) de la Ley 7268, vigente hasta enero de mil novecientos noventa y siete, que ordenaba: “artículo 1. Estará protegidos por los alcances y beneficios de esta Ley las personas que se desempeñe en el Magisterio Nacional, específicamente: c) Los funcionarios del Instituto Nacional de aprendizaje” ; c) el artículo 8, de la ley en vigencia, ordena “Por desempeño en el Magisterio Nacional debe entenderse



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

específicamente c) Los funcionarios del Instituto Nacional de Aprendizaje” En ese estado de cosas, fue el patrono quien incumplió con el deber de hacer las cotizaciones correspondientes al Fondo de Pensiones del Magisterio Nacional, porque era el empleador el agente recaudador de dichas contribuciones. Así se desprende los numerales de la Ley 7268: 1 párrafo in fine, 11, 13, 14, el 24 inciso f) particularmente y el artículo 38. A lo anterior, agréguese que por los principios: Pro fondo, de Justicia Social y el derecho a la pensión única, el traslado de cuotas de un Régimen de Pensiones a otro está legalmente autorizado. (...)

En este caso considera este Tribunal que existe un contrasentido en la fundamentación de la Dirección de Pensiones al indicar en la resolución impugnada que en lo referente a los años 1995 y 1996 dichas labores fueron ejercidas bajo la modalidad de “Servicios Profesionales”, argumento que no lleva lógica, puesto que no se podría deducir la cotización a un servidor(a), sin encontrarse éste previamente recibiendo remuneración salarial, pues entiéndase que el sentido de la cotización es ser incorporado bajo algún régimen de pensión, y en el caso en cuestión el recurrente cuenta con la membresía al Régimen de Magisterio Nacional, pese a que sus cotizaciones se encuentran deducidas al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte.

En lo concerniente a la relación laboral el artículo 18 del Código de Trabajo, indica que la existencia de la misma se da cuando concurren los siguientes elementos, la obligación de quien es contratado de prestar sus servicios personalmente y no a través de otra persona, la subordinación entendiéndose como la dependencia del trabajador respecto al patrono, lo que supone la posibilidad de este último, de imponer reglamentos, girar órdenes y velar por su cumplimiento, siendo este elemento el más importante, y el salario el cual constituye la contraprestación a cargo del patrono con concepto de remuneración por los servicios prestados. De esa manera el elemento determinante y diferenciador es el de la subordinación, por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas donde los elementos de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el del pago también están presentes. Al respecto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el voto número 2006-00008 de las nueve horas treinta minutos del veinte de enero del dos mil seis indica lo siguiente:

“IV.- DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO: Esta Sala, en forma reiterada, ha señalado que la naturaleza de una relación jurídica puede establecerse mediante la identificación de sus elementos característicos. Para establecer si una determinada relación tiene naturaleza laboral debe atenderse, primero, a las regulaciones establecidas en el numeral 18 del Código de Trabajo que establece, con claridad, las particularidades que definen la relación laboral. Así, de conformidad con dicha norma, con independencia del nombre que se le dé, media un contrato de trabajo cuando una persona se obliga a prestar a otra u otras sus servicios o a ejecutarle(s) una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada, a cambio de una remuneración, de cualquier clase o forma. Dicho numeral también establece una presunción legal -la cual, desde luego, admite prueba en contrario, pues es solo iuris tantum-, respecto de la existencia de un vínculo laboral, entre el individuo que presta sus servicios y quien los recibe. La remuneración, de conformidad con el numeral 164 ídem, puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

tarea o a destajo y en dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador. Tres elementos son, entonces, los que definen jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo: a) la prestación personal de un servicio; b) la remuneración; y, c) la subordinación jurídica. Jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que, por lo general, **tal subordinación o dependencia es el elemento fundamental para poder determinar si se está o no en presencia de una relación laboral.** Esto por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas, donde los elementos de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el de la remuneración también están presentes, configurando lo que se ha dado en llamar como “zonas grises” o “casos frontera”. De esa manera, generalmente, el elemento determinante y diferenciador es el de la subordinación; y, en ese sentido, Rivas señala: “La distinción en abstracto y en concreto del contrato de trabajo con otras figuras contractuales en las que una parte se obliga a realizar una prestación de trabajo, continúa fundándose en el criterio de la subordinación.” (RIVAS, Daniel. “La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo.” Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 185). Luego, la subordinación ha sido definida 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 quién presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario.” (CABANELLAS, Guillermo. “Contrato de Trabajo”, Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239, 243). Por otra parte, debe apuntarse que al realizar el análisis de asuntos como el que se conoce, debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de la realidad, cuya aplicación está implícita en el citado artículo 18. Como se sabe, el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. 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”. (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990, 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. (En ese claro sentido pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias números 151, de las 9:10 horas del 28 de marzo; 428, de las 10:10 horas; 439, de las 15:30



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL RÉGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

horas, ambas del 13 de agosto, todas del 2003; y, la número 279, de las 9:35 horas del 28 de abril del 2004).”

Cuando estamos en presencia de relaciones por servicios profesionales, debe indicarse que no se dan los elementos típicos de una relación laboral, pues si bien se contrata un determinado servicio condicionado a una contraprestación económica, lo cierto es que contrario de la relación laboral descrita en el acápite anterior no existe la subordinación, pues el contratado no directrices continuas ni permanentes del contratante, sino que realiza las labores para las que fue contratado de acuerdo con su grado de profesionalidad y bajo su entera responsabilidad, no recibe beneficios laborales y proporciona los materiales y el equipo para desempeñar su trabajo. Al respecto en el voto supracitado la Sala Segunda estableció:

“VI.- 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. En ese sentido, se indica que “... con el advenimiento de las nuevas formas de organización del trabajo y en especial con la tercerización, esta figura contractual tomó un auge sorprendente. 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 BRIGNONI, 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, 2000, p. 71). Mangarelli, por su parte, también expone sobre el auge de los contratos por servicios profesionales y es concluyente en el sentido de que el contrato de trabajo no absorbió al de prestación de servicios, al tiempo que indica que la diferencia entre ambos radica en el elemento subordinación. En ese sentido, señala: “Hoy ya no es posible sostener que el arrendamiento de servicios sea una categoría jurídica sin importancia. En la actualidad se ha producido un aumento considerable de los contratos de arrendamiento de servicios. Ello es debido a que –entre otras razones- esta modalidad de contratación es uno de los instrumentos para llevar a cabo la descentralización empresarial... El arrendamiento de servicios no fue absorbido por el contrato de trabajo, sino que se mantuvo como figura jurídica distinta, y reguló en los hechos, un sector del trabajo por cuenta ajena. El criterio acertado de distinción del contrato de arrendamiento y el contrato de trabajo es la subordinación...” (MANGARELLI, Cristina. “Arrendamiento de servicios”, en: “Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2000, p. 267, 273, 280). El fenómeno de la contratación de servicios, aunque no exclusivo, es frecuente tratándose de profesionales liberales. Esta Sala ya ha indicado que los profesionales liberales pueden prestar sus servicios no solo a través de una relación laboral, sino también mediante un contrato por servicios profesionales (Ver sentencias números 311, de las 14:40 horas del 7 de octubre de 1999; y, 365, de las 10:10 horas del 24 de julio del 2002). Por otra parte, en esta materia, también se ha señalado que el elemento de la subordinación aparece en forma diferente, más aún si se trata de servicios especializados; por cuanto, el*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

ejercicio de tales funciones implica, necesariamente, una independencia técnica, que no obsta a la existencia de la contratación laboral. (En tal sentido pueden consultarse, entre otros, los fallos N°s. 60, de las 10:00 horas del 20 de febrero; 365, de las 10:10 horas del 24 de julio; y, 540, de las 9:50 horas del 6 de noviembre, todas del 2002). Reiteradamente se ha dicho que la subordinación sigue siendo el criterio de distinción entre el contrato de trabajo y otras figuras afines. No obstante, dadas las dificultades que pueden presentarse al momento de determinar si en una relación concreta media o no subordinación, precisamente en los denominados “casos frontera”, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se han venido estableciendo distintos criterios que se consideran como indiciarios de la existencia de subordinación. Así, la autora citada, enumera los siguientes: 1) No deben confundirse las condiciones del servicio con la existencia de subordinación; pues, a todo profesional, debe indicársele por qué y para qué se necesitan sus servicios. 2) Inexistencia del carácter personal de la prestación. 3) Constituye un indicio de laboralidad del contrato, el hecho de que la remuneración se pacte según las fijaciones y aumentos que se dispongan por ley. 4) La prestación de servicios en otros lugares – no exclusividad- ha sido considerado como indicio de que no media contrato de trabajo. 5) La inexistencia de un horario. 6) El no pago de los beneficios laborales durante la relación de trabajo. (MANGARELLI, op.cit., pp. 273-275). Esta Sala, en su construcción jurisprudencial, también ha establecido distintos criterios que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y un trabajador autónomo. Entre ellos, pueden enumerarse los siguientes: 1) Existencia o no de la 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) El trabajo debe prestarse en las instalaciones del empresario (sentencias 240-99, 319-99, 275-01, 761-01, 365-02, 540-02, 564-02, 338-03, 583-03). 4) La retribución es fija y periódica (sentencias 319-99, 275-01, 448-01, 761-01). 5) 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) Imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado (votos 319-99, 564-02). 7) Afiliación a la seguridad social (fallos 319-99, 512-02, 564-02). 8) Se proveen herramientas y materiales de trabajo (sentencias 294-97, 240-99, 364-01, 576-01, 761-01, 512-02, 373-03). 9) Debe vestir uniforme o los atuendos deben llevar el logotipo de la empresa (sentencia 390-02). 10) Las actividades se realizan por cuenta y riesgo del empresario (sentencias 319-99 y 294-01). 11) No se pagan vacaciones ni aguinaldo (votos 294-97, 576-01, 715-01, 512-02). 12) La remuneración excede el pago 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).”

En el caso en estudio considera este Tribunal que no estamos ante una típica contratación por servicios profesionales, caracterizada por la ausencia de los elementos esenciales de la relación laboral, aunque el patrono INA indica que los mismos fueron laborados bajo esa figura (ver documento 54, páginas 3 y 4); lo cierto es que se dedujo una cotización de parte del Régimen de la Caja Costarricense del Seguro Social y como se indicó en acápites anteriores para que surgiera el rebajo de la cotización debió el servidor contar con remuneración salarial; a contrario sensu a una persona que desempeña funciones en carácter de servicio profesionales cuya cotización es voluntaria si la realiza o no para ello su labor es por cuenta propia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL RÉGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

Por lo expuesto, lleva razón la Junta de Pensiones al incluir esas labores de los **años 1995 (9 meses y 4 días) y el año 1996 (10 meses y 18 días)**, dentro del cálculo de tiempo servido, pues como se indicó el petente laboró para una institución cubierta por el Régimen del Magisterio Nacional, según el numeral 8 de la Ley 7531, cuyas labores se encuentran respaldadas con la respectiva cotización, razón suficiente para dar por acreditada esa prestación de servicios.

De conformidad con lo expuesto este Tribunal concluye que el tiempo de servicio correcto es de **23 años 2 meses y 17 días al 31 de diciembre del 2016** cuyo desglose es de:

11 años 8 meses y 1 día al 18 de mayo de 1993: que incluye 9 años 6 meses laborados en el INA y 2 años 2 meses y 1 día de bonificaciones por artículo 32

13 años 5 meses y 23 días al 31 de diciembre de 1996: al adicionar 1 año 8 meses y 22 días laborados en el INA

23 años 2 meses y 17 días al 31 de diciembre del 2016: al adicionar 9 años 7 meses y 24 días por la prestación de servicios en el INA

De acuerdo a lo anterior es evidente que el peticionario le asiste la revisión de la pensión al amparo del artículo 2) inciso ch), de la Ley 2248, pues cumplió los 60 años de edad el 29 de marzo del 2013 (documento N°51) y más de 10 años al 18 mayo de 1993, y un total de tiempo de servicio de 23 años, 2 meses y 17 días al 31 de diciembre del 2016.

V.- De la postergación aplicable

En cuanto al porcentaje de postergación revisada la prueba documental aportada al expediente, se logra verificar que el recurrente cumplió los 60 años de edad el 29 de marzo de 2013 (ver documento N°51), aunado a ello aporta el tiempo de servicio hasta el 31 de diciembre del 2016. Por lo que, de acuerdo a la normativa aplicable, una vez concurridos los requisitos sea 60 años de edad y 20 años de tiempo de servicio, el tiempo subsiguiente en la continuación de las labores se considerará tiempo de postergación.

De modo tal que, es a partir del cumplimiento de los sesenta años de edad y 10 años de servicio, a partir del cual podía optar por la declaratoria de su jubilación, y para efectos de computarizar la postergación, dicho incentivo contaría a partir del cumplimiento de los 20 años de servicio y los 60 años de edad.

Por lo anterior expuesto, cabe concluir que el peticionario logró postergar un total de labores de **3 años y 2 meses**, que es el tiempo posterior a los 20 años, lo cual implica un porcentaje de postergación de 17.74% conforme el numeral 9 de la ley 7268. Y visto que el mejor salario es la suma de ¢815.274,94 incluida el salario escolar, que corresponde al mes de mayo del 2016. Cuyo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

monto se le adiciona la postergación 17.74% de (¢144.629.77), generándose un quantum jubilatorio de **¢959.904.71**.

En consecuencia, se declara con lugar el recurso de apelación. Se revoca la resolución DNP-REA-M-2898-2017 de las 11:00 horas del 06 de setiembre de 2017 dictada por la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En su lugar este Tribunal concede la revisión de pensión por ley 2248 y establece el tiempo de servicio en **23 años 2 meses y 17 días al 31 de diciembre del 2016**, el porcentaje de postergación en **17.74% (3 años y 2 meses)**, y el quantum jubilatorio en la suma de **¢959.904.71** incluida la postergación. Para evitar dilaciones, se aclara que los actos de ejecución de esta resolución no requieren de aprobación por parte de la Dirección Nacional de Pensiones.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso de apelación Se revoca la resolución DNP-REA-M-2898-2017 de las 11:00 horas del 06 de setiembre de 2017 dictada por la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En su lugar este Tribunal concede la revisión de pensión por ley 2248 y establece el tiempo de servicio en **23 años 2 meses y 17 días al 31 de diciembre del 2016**, el porcentaje de postergación en **17.74% (3 años y 2 meses)**, y el quantum jubilatorio en la suma de **¢959.904.71** incluida la postergación. Con rige al 01 de enero del 2017. Se da por agotada la vía administrativa. Notifíquese.

Luis Alfaro González

Hazel Córdoba Soto

Carla Navarrete Brenes



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DEL REGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES
DEL MAGISTERIO NACIONAL

NOTIFICADO

A las _____ horas,
fecha _____

Firma del interesado

Cédula _____

Nombre del Notificador

Alejandra Arrieta O/MVA