

DAJ-AE-116-12  
21 de junio de 2012

Señora (ita)  
**Nataly Guzman**  
PRESENTE

Estimada señora (ita):

Nos referimos a su consulta de junio de 2011 recibida en esta Dirección, en la cual solicita nuestro criterio jurídico sobre el artículo 28 del Código de Trabajo en lo relacionado con el día de asueto que debe otorgar el patrono al trabajador durante el preaviso. Describimos sus interrogantes seguidamente; debe el trabajador mostrar al patrono algún comprobante de haber estado en búsqueda de trabajo durante el día de asueto, de no proceder esto, es posible que Ministerio de trabajo y Seguridad Social valide esta forma de entrega de comprobante y que sea permitida en su empresa; en caso de que el trabajador haya encontrado empleo se debe seguir otorgando el día de asueto; de no otorgarse los días de asueto porque el trabajador no los solicitó, se le deben pagar con la liquidación; es posible cambiar la forma de pago de semanal a mensual y cual es el proceso a seguir.

Con el fin de evacuar sus consultas de manera clara y precisa, es importante primero definir lo que en doctrina se entiende por preaviso. Conforme lo expresa el autor Eugenio Vargas, *“el preaviso consiste en aquella obligación que tienen las partes en una relación de trabajo, de notificar a la otra su decisión de dar por concluida la relación laboral que los une...”*<sup>1</sup>

De acuerdo a esta definición, el artículo 28 del Código de Trabajo establece las siguientes reglas de aplicación para este instituto:

*“En el contrato por tiempo indefinido cada una de las partes puede ponerle término, sin justa causa, dando aviso previo a la otra, de acuerdo con las siguientes reglas:*

- a) Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, con un mínimo de una semana de anticipación;*

---

<sup>1</sup> VARGAS CHAVARRÍA, Eugenio. “Preaviso y auxilio de Cesantía”. 4ta edición, Investigaciones Jurídicas S.A., p. 11.

- b) *Después de un trabajo continuo que exceda de seis meses y no sea mayor de un año, con un mínimo de quince días de anticipación.*
- c) *Después de un año de trabajo continuo con un mínimo de un mes de anticipación.*

*Dichos avisos se darán siempre por escrito, pero si el contrato fuere verbal, el trabajador podrá darlo en igual forma en caso de que lo hiciera ante dos testigos; y pueden omitirse, sin perjuicio del auxilio de cesantía, por cualquiera de las partes, pagando a la otra una cantidad igual al salario correspondiente a los plazos anteriores.*

*Durante el término del aviso el patrono estará obligado a conceder un día de asueto al trabajador, cada semana, para que busque colocación.” (lo resaltado no es del original).*

De conformidad con lo anterior, afirmamos que nuestro Código de Trabajo regula la materia del preaviso y establece, en forma escalonada, los mínimos de tiempo que se deben otorgar en tal carácter en caso de rompimiento, sin justa causa, del Contrato de Trabajo por tiempo indefinido, dependiendo de la antigüedad del trabajador. Asimismo, establece la posibilidad de no otorgar el tiempo que corresponde al preaviso, en cuyo caso subsiste la obligación de pagar su importe en dinero a la parte que, por tal omisión se vea afectada.<sup>2</sup>

En el artículo supra transcrito se establece el derecho que tiene el trabajador a un día de asueto por semana, el cual, se traduce en un beneficio a favor de este, cuando se acerca la fecha de la ruptura de la relación laboral dentro del periodo del preaviso, el cual, debe ser remunerado y no puede eximirse al patrono de otorgarlo.

De acuerdo a la doctrina que informa la materia, el preaviso tiene un tratamiento similar en las distintas legislaciones, así por ejemplo Guillermo Cabanellas, en lo que respecta a la legislación argentina ha dicho:

*“Como obligación derivada del preaviso, el artículo citado del Código Argentino establece que “durante el término del preaviso, y sin*

---

<sup>2</sup> La sentencia No. 2001-00124 de las 9:50 horas del 16 de febrero del 2001 en el considerando **VI se refiere a ello de la siguiente forma:** *“Del artículo 28 del Código de Trabajo se desprende que, tratándose de una relación por tiempo indefinido, cualquiera de las partes puede ponerle fin, sin justa causa, siempre que dé aviso a la otra, con la anticipación ahí prevista, según haya sido la duración del contrato; pues, el preaviso, tiene como finalidad, hacer saber, una de las partes contratantes, a la otra, con un tiempo prudencial, su propósito de disolver el contrato; de ahí que, el preaviso, se caracteriza porque debe ser satisfecho en tiempo y, sólo, subsidiariamente, en dinero. De esa manera, se le garantiza al trabajador, la posibilidad de obtener un nuevo empleo, para cuando cese en aquel de donde es despedido y para que, el empleador, si es del caso, pueda conseguir, durante el respectivo lapso, una persona que llegue a reemplazar al trabajador que va a cesar en sus tareas, en poco tiempo. Por esos motivos, se trata de una obligación recíproca, para las partes...”*

---

---

*que disminuya su sueldo, jornal, comisión y otro medio de remuneración, el empleado gozará de una licencia diaria de dos horas dentro de su jornada normal de trabajo”, destinada a buscar nuevo empleo; y que sin duda no concluye por haberlo contratado, porque existe siempre la posibilidad de hallar mejor colocación.<sup>3</sup>.*

De tal forma que tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia en reiteradas ocasiones han indicado que para que tal beneficio cumpla con su finalidad, debe ser otorgado con goce de salario, el cual le corresponde al trabajador independientemente de que la relación laboral finalice con responsabilidad patronal o sin responsabilidad patronal, pues como se indicó, se considera que el trabajador siempre tendrá derecho a buscar una colocación que le depare mayores oportunidades o ventajas<sup>4</sup> y, además de ello, por el hecho simple de que la ley no hace distinción alguna en este sentido, no podría de conformidad con el PRINCIPIO PROTECTOR que rige el Derecho Laboral, hacerse excepciones donde la ley no las hace, menos aún en esta materia, máxime si con ello se llegara a afectar una serie de situaciones en las cuales a pesar de la renuncia del trabajador e incluso la aparente certeza de ya contar con otro trabajo, el trabajador necesitara de ese tiempo para buscar un nuevo empleo o agotar la posibilidad de encontrar uno mejor al que ya tiene asegurado en el futuro.

El otorgamiento de este día de asueto debe de ser programado bilateralmente entre las partes, buscando consenso en este sentido para que el trabajador disfrute de los días en la forma que lo determina la ley, pues el patrono no debe imponer su decisión perjudicando al trabajador, ni el trabajador debe desvirtuar el poder de dirección que tiene el patrono y el buen desarrollo del servicio que presta.

Por otra parte, el pago del día de asueto, se realizará dentro de la forma de pago que esté acordada para ese trabajador, se pagará exactamente como si este hubiera asistido a laborar, sin alterar su remuneración ya fuere semanal o mensual y como se indicó, sin importar si el trabajador ya tiene asegurado un nuevo empleo, toda vez que como bien lo dice Cabanellas, puede existir la posibilidad de hallar una mejor colocación; en aquellos casos cuando el patrono no le haya remunerado al trabajador estos días, él mismo tiene derecho a plantearle al patrono el reclamo correspondiente para que se le conceda el día y en caso que el patrono no acceda, el trabajador puede tomarlo por su cuenta avisando al patrono los días que ejercerá su derecho.

---

<sup>3</sup> Diccionario de Derecho Usual. Edic. Arayú, Buenos Aires, 1954, Tomo III, Pag. 201)

<sup>4</sup> Al respecto la Sentencia No. 2003-00526 de las 9:30 horas del 03 de octubre del 2003 establece: “La norma también establece la obligación del patrono de conceder, al trabajador, un día de asueto durante cada semana, a los efectos de que busque una nueva colocación. (Ver sentencia número 587, de las 9:30 horas del 22 de noviembre del 2.002)...”.

---

Si bien la finalidad del día de asueto durante el preaviso es que el trabajador lo ocupe de buscar un nuevo empleo, ni la legislación ni la doctrina, mencionan la obligación del trabajador de informar a su patrono sobre la actividad a realizar ese día, ahora bien sobre este punto es conveniente mencionar que de acuerdo a la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no es competencia de este Ministerio la validación de un documento que no tiene fundamento normativo, conforme a lo que estipula el Principio de Legalidad en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, entonces quedará a criterio del patrono dentro de sus potestades, la implementación de un mecanismo como el mencionado en la consulta, para constatar la actividad realizada el día de asueto por el trabajador, el cual reiteramos, no tendría ningún sustento legal para obligar al trabajador a informar al patrono en que utilizó su día de asueto en periodo de preaviso.

En cuanto a la última consulta sobre el cambio de la forma de pago, creemos conveniente hacer un breve análisis sobre las potestades que tiene el patrono para variar las condiciones de una relación laboral.

Sobre el particular le indicamos que, en principio, el patrono tiene la facultad de modificar la relación laboral, en función de las necesidades de la empresa, ejerciendo el Poder de Dirección que la ley le reconoce, y esto es lo que en doctrina se conoce como el "IUS VARIANDI".

El IUS VARIANDI es la facultad que tiene el patrono, como organizador y coordinador del trabajo y en ejercicio de su facultad de dirección y fiscalización, de decidir la forma de administrar su personal e incluso modificar, aún contra la voluntad del trabajador, algunas condiciones en que se ha venido prestando la relación laboral, siempre y cuando exista una justa necesidad de la empresa. Sin embargo ese poder dispositivo del patrono no es absoluto, pues tiene sus limitaciones, la más importante de ellas es que su ejercicio no puede recaer sobre las condiciones o elementos principales del contrato de trabajo como serían el salario, jornada, la jerarquía, etc.

Esa facultad de modificar las condiciones de trabajo es lícita en tanto no se cause al trabajador un daño o perjuicio de importancia, ni importe una alteración radical del régimen convenido. Es decir, dichos cambios pueden realizarse sobre las condiciones no esenciales del contrato de trabajo pues, las esenciales no podrían variarse salvo por disposición expresa de la Ley, o por mutuo acuerdo de partes.

Lo anterior, lo podemos completar agregando que uno de los Principios que rigen el Derecho Laboral es el Principio Protector ya mencionado líneas atrás, dentro del cual se encuentra la Regla de la Condición más Beneficiosa, la cual supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que le sea más favorable al trabajador; de tal suerte que la modificación que se

---

---

introduzca debe ser para ampliar, no para disminuir derechos de aquél, ya que resultaría inoperante.

En fin, el IUS VARIANDI es un poder del empleador que le permite modificar las bases de trabajo sin o contra la anuencia del empleado, cuando existe una justa necesidad de empresa y sin ocasionar grave peligro a este.<sup>5</sup>

Sobre este tema, la jurisprudencia emanada de nuestros Tribunales de Justicia ha sido prolija en reconocer esta facultad patronal, pero garantizando ciertos derechos a los empleados; verbigracia de lo anterior es lo expuesto por el Tribunal Superior de Trabajo, por medio de la sentencia N° 3135 de las 8:25 horas del 6 de diciembre de 1982, que con relación al IUS VARIANDI establece:

*“Es el derecho conocido en doctrina laboral como el que le asiste al empleador para reorganizar o acomodar mejor la fuerza del trabajo de que se sirve, pudiendo trasladar de trabajo o asignar distintas tareas a sus trabajadores pero con la limitación de causar perjuicios económicos, personales o de jerarquía a quienes se ven afectados por las nuevas disposiciones aplicadas; el trabajador queda facultado a calificar si sus intereses fueron o no afectados con la aplicación del IUS VARIANDI, y si así lo estimare puede poner fin al contrato de trabajo, en caso de que su patrono no acepte el reclamo; puede llevarlo a conocimiento de los Tribunales para que se resuelva definitivamente.”*

El extracto judicial anterior viene a evidenciar con claridad, la responsabilidad que debe asumir el patrono por los cambios que aplique al contrato original de trabajo, y que de alguna manera puedan afectar o causar perjuicio a los intereses y derechos de los trabajadores.

En el caso en consulta, la empresa aplica la forma de pago semanal, la cual se pretende cambiar a mensual; por lo tanto antes de concluir si es posible o no dicho cambio, se debe analizar estas modalidades de pago.

El pago semanal se caracteriza por la remuneración de los días efectivamente laborados, lo que excluye, por definición, los días de descanso semanal y feriados. A diferencia del pago mensual, el cual remunera los treinta días del mes, incluyendo los días

---

<sup>5</sup> Carro Zúñiga Carlos. Los Factores Condicionantes del IUS VARIANDI (Derecho Costarricense). San José, Costa Rica, Revista del Colegio de Abogados, 1964.

de descanso y feriados, sean de pago obligatorio o no. Situación idéntica ocurre con el pago quincenal, que se sitúa dentro de la modalidad de pago mensual, sólo que se paga un adelanto quincenal.

Por ello es que al analizar su consulta, concluimos que el cambio de pagar semanalmente a hacerlo en forma mensual, beneficiaría a los trabajadores, en razón que dicho cambio les va a remunerar más días de los que les son reconocidos en el pago semanal, siendo que éste paga solamente los días laborados durante la semana y ahora con ésta forma de pagarían 30 días en forma pareja, esto por cuanto reiteramos, remunera los días de descanso y feriados que no eran reconocidos anteriormente. Por lo tanto dicho cambio sería viable, en razón de que el mismo podría favorecer al trabajador, siempre y cuando éstos no aleguen un perjuicio por tener ya organizado su actividad financiera personal de acuerdo al pago semanal, y siempre que el cambio implique el pago del día de descanso semanal que antes no se pagaba.

De Usted, con nuestra mayor consideración,

Lic. Francisco Obando Díaz  
**Asesor**

Licda. Ivania Barrantes Venegas  
**Subdirectora**

FOD/lsr  
Ampo20F