

DAJ-AE- 128-06  
9 de febrero del 2006

Señora  
Anabelle Kruse Recio  
PRESENTE

Estimada señora:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 13 de mayo del 2005, mediante la cual nos consulta sobre los temas de preaviso y cesantía.

Antes de entrar al análisis de la consulta, debemos presentar nuestras disculpas por el atraso en la presente, lo cual obedece al exceso de trabajo y al trabajo extraordinario que generó un plan de emergencia instaurado en esta Dirección para atender asuntos de pensiones durante todo el año 2004, que generó un atraso importante para todo el trabajo ingresado en ese año que no se tratara de pensiones.

Sobre el tema del preaviso debemos indicar que el tratadista Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico de Derecho Usual, establece:

“El preaviso es el espacio de tiempo fijado por ley que antecede a la rescisión unilateral del contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Es el período de tiempo que precede a la disolución del vínculo; constituye la notificación anticipada de un propósito, una manifestación de voluntad de carácter potestativo que tiene por efecto poner en conocimiento de la otra parte la decisión tomada, para que surta sus efectos en un momento dado. La relación laboral entre los contratantes subsiste en tanto que el preaviso corre; pero, durante dicho lapso, ambas partes pueden adoptar las medidas necesarias para salvaguarda de sus respectivos intereses.”

Es decir, que el Preaviso es la garantía de tiempo efectivo de trabajo con que cuenta la parte afectada, sea patrono o trabajador, cuando se le extingue unilateralmente la relación contractual de trabajo, con el fin de que durante ese lapso se tomen las medidas pertinentes para aminorar o eliminar los efectos del rompimiento laboral.

La determinación de ese lapso lo regula el Código de Trabajo, en su artículo 28, que indica:

*“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.*
- 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; y*
- 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 puede 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.” (El subrayado es nuestro)*

Respecto al pago del preaviso, el artículo 28 del Código de Trabajo es claro al indicar que de no otorgarse el periodo correspondiente al mismo, ya fuere por parte del patrono o del trabajador según sea el caso, debe cancelarse en dinero equivalente al salario percibido. En otras palabras y respecto a su primer duda, si la persona es despedida y se le otorga el periodo que por concepto de preaviso le corresponde, este lapso no debe ser cancelado en dinero en efectivo dentro de la liquidación. Se cancelará con el salario ordinario conforme corresponde por el tiempo laborado.

La figura del preaviso surge a la vida jurídica cuando se da el rompimiento de la relación laboral sin existir una justa causa, de tal manera que existiendo una causal suficiente que de por terminado el contrato laboral, no procede otorgar el preaviso. Nótese que de acuerdo con nuestra legislación laboral, cuando el patrono despide sin responsabilidad laboral, lo único que corresponde al trabajador es el pago de vacaciones y aguinaldo proporcionales al tiempo laborado.

En los casos en que el patrono decide dar por terminada la relación laboral, sin otorgar el periodo correspondiente al preaviso, según lo indica el artículo 28 del Código de Trabajo supra citado, debe cancelar lo equivalente al salario que le correspondería recibir en el lapso del preaviso.

Cuando es el trabajador el obligado a dar el preaviso, ello tiene como finalidad el asegurarle al patrono un tiempo prudencial para que busque a un trabajador que sustituya al que ha renunciado y evitarse perjuicios como consecuencia de una

abrupta ruptura de la relación laboral. Sin embargo, el hecho de que el trabajador haga efectiva su renuncia sin cumplir con el tiempo del preaviso, no faculta al patrono para deducir del importe que le corresponde por liquidación, la suma correspondiente a éste, toda vez que nuestro Código de Trabajo prevé como única posibilidad para que el patrono cobre el preaviso a un trabajador, el reclamo ante los Tribunales de Trabajo, dentro del mes siguiente a la fecha en que éste presentó su renuncia o le puso término al contrato<sup>1</sup>.

El AUXILIO DE CESANTIA, se fundamenta en el artículo 29 del Código de Trabajo. Este artículo fue modificado por la Ley N° 7983 del 16 de febrero del 2000, Ley de Protección al Trabajador, que además de cambios en la legislación laboral, crea un sistema de protección social paralelo al sistema de pensiones actual.

Para entender el cambio realizado por la nueva ley, debe partirse del presupuesto de que si se toma el salario del trabajador y se divide entre los doce meses del año; el resultado de la operación será un 8.33% mensual, porcentaje que mes a mes un patrono previsora debería guardar para contar con el dinero suficiente para pagar el auxilio de cesantía, cuando se presentara la obligación legal de hacerlo.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 7983, Ley de Protección al Trabajador, el patrono no se encontraba obligado a reservar dicho monto, en cambio ahora con esta Ley se establece el deber del empleador de depositar todos los meses una parte del porcentaje descrito.

Para una mejor comprensión del tema, consideramos oportuno transcribir lo que la Ley citada establece al respecto:

**“ARTICULO 3.- Creación de fondos de capitalización laboral.** Todo patrono, **público** o privado aportará, a un fondo de capitalización laboral, un tres por ciento (3%) calculado sobre el salario mensual del trabajador. Dicho aporte se hará durante el tiempo que se mantenga la relación laboral y sin límite de años...

...del aporte indicado en el párrafo primero, las entidades autorizadas indicadas en el artículo 30 deberán trasladar anualmente o antes, en el caso de extinción de la relación laboral, un cincuenta por ciento (50%) para crear el Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias, en las condiciones establecidas en esta ley...” (el resaltado es nuestro).

**ARTICULO 6: Retiro de los recursos.** El trabajador o sus causahabientes tendrán derecho a retirar los ahorros laborales acumulados a su favor en el fondo de capitalización laboral, de acuerdo con las siguientes reglas:

---

<sup>1</sup> Artículo 32 del Código de Trabajo.

- a) Al extinguirse la relación laboral, por cualquier causa, el trabajador lo demostrará a la entidad autorizada correspondiente para que ésta en un plazo máximo de quince días, proceda a girarle la totalidad del dinero acumulado a su favor.
- b) En el caso de fallecimiento, deberá procederse según el artículo 85 del Código de Trabajo.
- c) Durante la relación laboral, el trabajador tendrá derecho a retirar el ahorro laboral cada cinco años.

Según las normas citadas, del 8.33% antes descrito, a partir de la nueva Ley, el patrono deberá depositar mensualmente durante toda la relación laboral y sin límite de tiempo, el equivalente al 3% del salario del trabajador. El otro 5.33% se pagará de acuerdo con la nueva redacción del artículo 29 del Código de Trabajo.

La obligación patronal de depositar dicho aporte no comienza a correr sino a partir de la fecha de inicio del Sistema Centralizado de Recaudación (SICERE), el cual, de acuerdo con el Transitorio V de la Ley, comenzaba a funcionar en un plazo máximo de seis meses a partir de la vigencia de ésta, sea a partir del 1º de marzo del 2001.

De acuerdo a lo expuesto, se puede concluir que la reforma del artículo 29 del Código de Trabajo, no reduce el monto correspondiente al auxilio de cesantía, sino más bien, lo que se va a dar es una redistribución del dinero que el patrono reserva para un eventual rompimiento de la relación laboral y así poder cumplir con la obligación legal correspondiente. Es decir, como lo indicamos supra, para completar el 8.33%, el patrono deberá depositar mensualmente en una cuenta de capitalización laboral –durante el tiempo que se mantenga la relación laboral y sin límite de años- el equivalente al 3% del salario del trabajador. El otro 5.33% se pagará de acuerdo con la reforma del artículo 29 del Código de Trabajo.

En cuanto a la fórmula de calcular el auxilio de cesantía, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, emitió las directrices, N° 06-2001 la cual salió publicada en el diario la Gaceta N° 145 del 30 de julio del 2001, y la N° 01-2003 publicada en la Gaceta N° 14 del 21 de enero del 2003, las cuales adjuntamos a la presente para que usted pueda aclarar sus dudas sobre el procedimiento para realizar el cálculo.

De Usted, con nuestra mayor consideración,

Licda. Nancy F. Muñoz Valverde  
ASESORA

Licda. Ivannia Barrantes Venegas  
JEFE a.i.

NFMV/ihb  
Ampo 20 a/f