

DAJ-AE-141-06
03 de marzo de 2006

Señor
Minor Santana Cabezas
COOPERECOPE
PRESENTE

Estimado señor:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 1 de agosto del 2005, mediante la cual nos consulta sobre la legalidad de liquidar anualmente a las personas trabajadoras.

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.

En primer término, es importante considerar que los derechos que se encuentran asociados a la liquidación son: aguinaldo, vacaciones, preaviso y cesantía. Sin embargo, el derecho que resulta más afectado por la liquidación anticipada es el auxilio de cesantía, ya que el pago de vacaciones se debe dar en el momento que por ley corresponde todos los años, y el aguinaldo se debe pagar anualmente en el mes de diciembre. Es por ello, que haremos referencia únicamente al preaviso y la cesantía.

Preaviso:

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 hiciere 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.

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 preaviso¹.

AUXILIO DE CESANTIA:

De conformidad con el voto **2002-00373**, de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las quince horas diez minutos del veintiséis de julio de dos mil dos, establece sobre el concepto del auxilio de cesantía que:

" Conforme al artículo 29 ídem, el auxilio de cesantía es un derecho que surge a favor de los trabajadores contratados, por plazo indefinido, cuando existe un despido injustificado, o cuando finaliza la relación laboral, debido a alguna de las causales establecidas en el ordinal 83 ídem, o en los supuestos del artículo 85 del mismo o por alguna otra razón ajena a la voluntad del trabajador. Se trata de un derecho que no puede ser vendido, cedido, embargado -excepto por pensión alimentaria- ni puede ser objeto de compensación (artículo 30 ibídem). El auxilio de cesantía, desde la concepción de la Sala Constitucional (Voto N° 8232, de las 15:04 horas, del 19 de setiembre del año 2000) es una expectativa de derecho, en el sentido de que sólo tiene acceso al mismo, quien ha sido despedido sin justa causa, el que se vea obligado a romper su contrato de trabajo por causas imputables al empleador, aquél que se pensione o que se jubile, el que fallezca o, en caso de quiebra o insolvencia del empleador; no reconociéndose suma alguna en caso de renuncia o de despido justificado; siempre salvo norma interna o pacto en contrario. Ahora bien, esta Sala (integrada en esa oportunidad únicamente por magistrados suplentes y por decisión dividida), en el Voto N° 117, de las 11 horas, del 24 de mayo de 1994, hizo un estudio de la transformación que se ha estado operando en el auxilio de cesantía, para irse convirtiendo, básicamente, en una indemnización o en una

¹ Artículo 32 del Código de Trabajo.

prima de antigüedad, fundamentándose esa conclusión en el análisis de diversos mecanismos que se venían utilizando, para su pago; tales como la cancelación anual de la cesantía y los aportes patronales a las asociaciones solidaristas, y la manera en que, dicho instituto, venía siendo desarrollado, tanto en los laudos arbitrales como en diversos otros instrumentos colectivos. La más reciente transformación que ha producido –normativamente- respecto del auxilio de cesantía, se dio con la nueva Ley de Protección al Trabajador (N° 7983, de 16 de febrero del 2000), que introdujo importantes cambios en esa concreta materia. En la exposición de motivos del Proyecto de Ley, se explicó que el auxilio de cesantía había sido concebido como un mecanismo que le permitiera, al trabajador, contar rápidamente con un ingreso al concluir la relación laboral, de manera que éste tuviera los medios para atender sus necesidades, durante el período de búsqueda de un nuevo empleo. Sin embargo, se recalcó que dicho auxilio no había pasado de ser una mera expectativa de derecho, cuya realización requería de largas disputas en los tribunales; lo cual, desde el punto de vista del trabajador, desvirtuaba completamente el propósito de ese beneficio laboral."

Conforme lo señala esta normativa, el pago del auxilio de cesantía tiene su origen al darse el rompimiento de la relación laboral, sin embargo, actualmente debe de considerar que el auxilio de cesantía, se transformó de la siguiente manera: una parte de las obligaciones patronales, equivalente al 5.33% del salario, sigue rigiéndose por las disposiciones del artículo 29 del Código de Trabajo (el cual fue reformado), pero el restante 3% debe ser depositado en una cuenta de capitalización laboral, que es de propiedad indiscutible de los trabajadores, durante todo el tiempo que dure la relación laboral y sin límite de años. De ese aporte, las entidades autorizadas deben trasladar anualmente -o antes, en caso de extinción de la relación laboral- un 50% para financiar el Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias. El restante 50% del aporte, es administrado por las entidades autorizadas, como un ahorro laboral. El trabajador, o sus causahabientes, tiene pleno derecho a retirar los ahorros laborales, acumulados a su favor en el fondo de capitalización laboral, al extinguirse la relación laboral, por cualquier causa. Por otro lado, durante la relación laboral, el trabajador tiene derecho a retirar el ahorro laboral, cada cinco años (artículos 3 y 6 de la Ley de Protección al Trabajador). Como se ve, el patrono debe depositar, mensualmente, en una cuenta individual del trabajador, el 3% del salario, durante todo el tiempo que dure la relación, como un anticipo del 8.33% del auxilio de cesantía, que regía antes de la reforma. En consecuencia, se redujo el auxilio de cesantía del 8.33% (un mes por cada año laborado) al 5.33% (aproximadamente, veinte días por año laborado). En conclusión, del total del 8.33% de la cesantía, se convirtió en un derecho adquirido, en forma general solo el 3%, lo que significa que un 5.33% sigue teniendo un tope de ocho años y sólo se paga si la

relación termina por causas ajenas a la voluntad del trabajador; salvo, como se indicó, la existencia de un régimen diferente.

Según el voto número 2005-00654 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas del tres de agosto de dos mil cinco, sobre la legitimidad y procedencia del pago anticipado de cesantía, y en relación con la no interrupción de la continuidad, esta Sala ha señalado:

“II.- El artículo 63 de la Constitución Política, contempla la denominada estabilidad relativa en materia de empleo privado, el cual literalmente expresa: “Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación.” El titular del derecho constitucional y legal a despedir es el patrono (despido-liberalidad por oposición al despido disciplinario). Es decir, la norma constituye el basamento constitucional de la libertad de despido por parte del empleador privado, pudiendo cesarse al trabajador sin que éste haya quebrantado gravemente los deberes nacidos del contrato, eso sí, con la correlativa obligación del empleador de indemnizarlo. La disposición constitucional condiciona el pago de esa indemnización a la existencia del despido sin justa causa, pues, de presentarse una violación grave el contrato de trabajo por parte del empleado, estaríamos en el supuesto del despido disciplinario, al cual no se le puede ligar aquel efecto. Los artículos 29 y 30 del Código de Trabajo, tal y como estaban redactados para la época del rompimiento de la relación de trabajo, armonizan con aquel precepto constitucional, estableciendo la indemnización tarifada ante el supuesto del despido incausado, cuya fijación tiene como base el tiempo servido y el promedio salarial devengado durante los últimos seis meses del contrato. No obstante, en algunos centros de trabajo se ha dado una variación de esa tradicional y primigenia naturaleza de la prestación de comentario, estableciendo, entre otros, mediante los instrumentos colectivos, acuerdo de partes o simples decisiones patronales, el pago anual de la cesantía, sin que se considere por ello interrumpida la continuidad de los servicios. Para resolver la cuestión planteada en el recurso, debemos partir de que las normas protectoras de los trabajadores establecen mínimos que pueden ser superados, en tanto benefician a éstos. Mientras no se extinga la relación, los empleados tienen tan solo una expectativa de derecho a la cesantía; de ahí que, a la Sala no le cabe la menor duda de que las cláusulas contractuales o incluso la simple práctica patronal, de pagarla anualmente, de ninguna manera puede tildarse como ilegal. Tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia, de esa manera se convierte aquella simple expectativa de derecho en un derecho real, pagadero con independencia del motivo del cese de la relación e

incluso con rompimiento del tope de ocho años dispuesto legalmente: aspectos todos que evidentemente favorecen los intereses de los empleados”... Ahora bien, el Instituto demandado, instauró la práctica de cancelar anticipadamente la cesantía, a través de liquidaciones anuales, pero sin ponerle solución de continuidad al contrato de trabajo, por lo que, en esas circunstancias, el patrono descargó anualmente su responsabilidad respecto del pago de ese extremo, transformándolo, de paso, en un derecho cierto en favor de sus empleados. Así las cosas, lo que procede es, en estricta aplicación del ordinal 30, inciso b), calcular la cesantía conforme al salario promedio de los últimos seis meses, contemplando para tales efectos, a tenor del artículo 29.” (Voto número 18, de las 9:20 horas, del 13 de enero de 1995).

La jurisprudencia en el sentido de que el pago anticipado de la cesantía libera al patrono de esa responsabilidad en el tanto en cada periodo de pago cancele totalmente lo correspondiente se debe mantener, en el tanto favorezca al trabajador y no se altere el carácter de auxilio económico que –por principio– tiene frente al infortunio del cese laboral, en virtud del principio protector. Siendo como lo es, una práctica que si bien no es ilegal, tampoco está establecida expresamente en las leyes de trabajo, a lo que da lugar no es más que a la transformación de una expectativa en un derecho adquirido sobre el monto cancelado. Por consiguiente, si bien el reconocimiento y liquidación anticipados y en tractos de la cesantía libera al empleador respecto de ese pasivo laboral pagado, la obligación legal siempre se mantiene, en caso de continuidad de la relación laboral; en el sentido de que no significa que cada año se inicia un nuevo contrato, sino que debe contarse la totalidad de años laborados para efectos de pagar año con año, de manera que la referencia legal será la del año en que se encuentre la relación laboral y no siempre en el primer año.

En el caso consultado, no podemos considerar que exista una ruptura de la relación laboral, simplemente se pretende dar una cancelación anticipada del auxilio de cesantía, pero no se presenta una terminación del contrato de trabajo, puesto que no se pretende prescindir de los servicios del trabajador, ni éste tiene la convicción de que deberá buscar nueva colocación, así como también por el hecho de que después del pago de la cesantía el contrato continúa vigente; la relación laboral en realidad permanece igual, se mantiene la antigüedad a pesar de la cancelación de dicho rubro.

La práctica operada en el caso de estudio, es lo que conocemos como pagos parciales o adelantos de cesantía durante la vigencia de la relación laboral, a lo cual los Tribunales de Trabajo se han mostrado anuentes implicando para ello algunas condiciones:

- 1) En virtud de que el reconocimiento descrito rompe con los topes o límites impuestos por la ley, se ha aceptado que los patronos tengan libertad en la

forma y procedimiento utilizado para su cancelación, lo que significa que se puede optar por un pago parcial o total, o bien, aplicarlo a una parte del personal de la empresa únicamente.

- 2) No obstante, el pago parcial de la cesantía no conlleva la conclusión del contrato de trabajo o relación laboral, por cuanto deben permanecer incólumes los derechos adquiridos durante la relación laboral que ofrezcan un mayor beneficio para los trabajadores, en relación con aquellos que simplemente se apeguen a regulaciones legales o reglamentarias, preaviso, vacaciones, aguinaldo, anualidades, etc.
- 3) Como consecuencia inmediata de esto, el trabajador a quien se le cancela la cesantía en forma parcial, no puede ser sometido a un nuevo período de prueba, pues la relación laboral continúa.

Una de las principales determinaciones que han tomado los Tribunales de Trabajo quizá sea que el patrono que opta por los pagos parciales de cesantía, hace buen pago y por lo tanto no debe repetir lo pagado, es decir, no tiene que volver a pagar ni puede exigir devolución. Si un trabajador es despedido con responsabilidad patronal, o bien dentro de los supuestos de los artículos 29, 33 y 85 del Código de Trabajo, y después de que se le ha pagado parcialmente el auxilio de cesantía, se le reconocerá únicamente aquella suma que corresponda al tiempo laborado después de efectuado el pago, pero ubicándose en la tabla del artículo 29 en el inciso correspondiente al año de antigüedad de la relación laboral y no tendrá que reconocer diferencia alguna por incrementos de salario durante el último período cancelado.

Para mayor ilustración y comprensión de lo expuesto, veamos algunos criterios de los Tribunales de Trabajo respecto al pago parcial de cesantía y sus efectos:

"Es costumbre observada por algunas empresas, pagar anualmente el auxilio de cesantía continuando los trabajadores ligados al patrono sin solución de continuidad, lo cual no implica la ruptura del contrato de trabajo cada vez que se paga ese derecho, en consecuencia, al ser una práctica no establecida en las leyes de trabajo, su ejercicio no debe redundar en beneficio del empleador y en daño del obrero, por lo que al ser despedido éste injustificadamente deben acreditarse los adeudos laborales conforme al salario devengado en los últimos seis meses, tomándose en cuenta además su antigüedad y no a partir del último pago de cesantía, ello porque el pago de cesantía en tractos por sí solo no tiene la virtud de fraccionar o convertir un mismo contrato en varios."²

² Tribunal Superior de Trabajo, núm. 1651 de las 9;25 hrs. del 07 de diciembre de 1983.

"Este Tribunal —por mayoría— considera que el patrono puede pagar año con año auxilio de cesantía, porque ese procedimiento favorece al trabajador; pues en efecto, de acuerdo con la legislación laboral vigente, el pago de auxilio de cesantía no constituye un derecho real, sino que es una expectativa de derecho, que el trabajador puede percibir si el patrono lo paga voluntariamente o si los tribunales le conceden el derecho, pero puede quedarse sin cobrarlo si renuncia al empleo, si es despedido con justa causa, si la empresa desaparece o por otros motivos; pero con el pago de abonos, esa expectativa se convierte en un derecho real que favorece al empleado; otra razón de peso para admitir el pago en anualidades es la de que de acuerdo con el Código vigente, el máximo a cobrar por dicho concepto se reduce a ocho años, en cambio, con el pago en abonos, se rompe el tope porque el trabajador puede cobrar tantas anualidades como las que haya servido en la empresa; además, nada se opone a dicho pago porque el referido auxilio no tiene un carácter alimentario como en otras legislaciones, ya que se paga aunque el trabajador pase a servir a las órdenes de otro patrono, quien puede invertir las sumas recibidas en obras de servicios reproductivos; y el patrono también se favorece porque con el pago de anualidades a cada trabajador, no tiene que sustraer grandes sumas de dinero en un momento dado."³

Es importante hacer notar que aunque se ha permitido la implementación de este sistema de pago, el mismo es producto de la jurisprudencia judicial, la cual es una fuente de derecho muy endeble para lo que aquí nos interesa. No existe disposición legal alguna que ampare dicho procedimiento y por ello, los Tribunales pueden, posteriormente, variar los criterios sustentados hoy día.

En conclusión, desde ese punto de vista, el hecho de que un patrono haya optado por pagar la cesantía en forma adelantada, constituye una prerrogativa patronal, considerada como liberalidad, ya que el patrono está obligado a pagar auxilio de cesantía hasta el momento en que se presente alguna de las causas legales por las cuales se impone su pago, pero por práctica se puede hacer, sin que ello implique la interrupción de la relación laboral y los derechos que se encuentran aparejados a ello.

El pago anual de las prestaciones como usted lo denomina en su consulta no existe, pues ello implicaría una liquidación total del contrato al tener que pagar también el preaviso. Lo correcto es hablar de pago anual de cesantía o adelanto

³ Casación, número 24 de las 16:00 hrs. del 28 de marzo de 1980.

de cesantía el cual, como bien quedó expuesto en la presente, puede ser aplicado perfectamente en cualquier centro de trabajo.

De Usted, con nuestra mayor consideración,

Dra. Priscilla Solano Castillo
ASESORA

Licda. Ivannia Barrantes Venegas
JEFE a.i.

PSC/ihb
Ampo 20 a