

DAJ-AE- 143-11
04 de mayo de 2011

Señora (ita)
Denisse Monge Alpízar
PRESENTE

Estimada señora (ita):

Damos respuesta a su nota de consulta recibida en esta Dirección el día 7 de setiembre de 2010, mediante la cual nos indica que necesita ayuda para aclarar una situación con respecto al preaviso. Dice que a varios colaboradores de la empresa se les pago la liquidación laboral pero continuaron trabajando para la empresa, cuando se les hizo el cálculo de las prestaciones se incluyo el preaviso y así se les canceló, dice que hicieron la consulta a este Ministerio y se le indicó que cuando continua la relación laboral no hay que cancelar preaviso. Pregunta que se puede hacer en este caso, además uno de los empleados se pensiona en diciembre.

Para que usted pueda tener una mayor comprensión sobre el tema, consideramos importante traer a colación lo que la doctrina ha definido al respecto, 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 28¹, el cual respecto al pago del mismo 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.

El principal aspecto que debemos analizar en relación con su consulta, es si la intención del patrono no es la de dar por terminada la relación laboral, dado que como menciona en su oficio se dio la cancelación de prestaciones, correspondiente a los cuatro extremos laborales aguinaldo, vacaciones, preaviso y cesantía. En este sentido hay una presunción para el trabajador que su relación laboral se está dando por terminada, situación que le abre la posibilidad de buscar otra alternativa de trabajo o seguir trabajando para la misma empresa si ésta desea que continúe laborando ya sea en las mismas o con otras condiciones laborales.

Si decide continuar laborando, para la empresa, podría estar aceptando condiciones diferentes en el nuevo contrato —por ejemplo, otro salario (aunque siempre igual al mínimo o superior a éste) otra categoría, otro puesto, sin sobresueldos disminución en su régimen de vacaciones al mínimo legal de dos semanas, etc.— razón por la cual, no podría alegar más adelante continuidad laboral², para los efectos de reclamar el reconocimiento de esos derechos.

Sin embargo cabe mencionar, aunque pareciera no ser el caso de consulta, que existe la costumbre o práctica en muchas empresas, de realizar pagos parciales de cesantía

¹ 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.”

² Existe una relación directa entre la continuidad de la relación laboral y la antigüedad que se genera a partir de la misma y, en virtud de la cual se reconocen los beneficios, especialmente de carácter pecuniario, que corresponden al trabajador durante la vigencia del contrato y su finalización.

o adelantos de cesantía, los cuales por sí solos no producen la terminación de la relación laboral, de manera que se mantiene la continuidad laboral.

Este principio pretende otorgarle el máximo de vigencia posible al contrato de trabajo, a fin de que la persona trabajadora tenga segura para ella y para quienes dependen económicamente de ella, la fuente de su sustento. Así tenemos que este principio de CONTINUIDAD LABORAL presume la existencia de una sola relación laboral cuando no se infiere la intención de las partes de ponerle término en forma definitiva.

Para mayor abundamiento sobre continuidad laboral y pago parcial de cesantía en sentencia de la Sala Segunda N° 00654 de las 2: 00 p.m. del 03 de agosto del año 2005 dice:

“SOBRE LA CONTINUIDAD DE LA RELACION LABORAL: El accionado se muestra inconforme por el carácter de continuidad que establecieron los juzgadores de instancia respecto de la relación laboral; pues, según alega, al haberse cancelado cada año el auxilio de cesantía, hace que cada vez nazca una nueva relación de trabajo. 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 beneficien 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 ha partir de cada periodo de pago completo de la cesantía, el trabajador comienza de nuevo a acumular antigüedad para este propósito, por lo que al mediar despido injustificado, deben acreditarse los adeudos laborales pendientes, de cualquier período posterior no

cubierto, calculado conforme al salario devengado en los seis últimos meses. En el caso presente, no hay discusión de que al demandante se le liquidaba y pagaba, cada cierto tiempo, un abono, no cancelación correspondiente a la cesantía. Tampoco hay duda que, pese a esos pagos - por todo lo explicado-, lo que existió fue una sola relación laboral, sin solución de continuidad, desde su inicio en setiembre de mil novecientos noventa y seis hasta el tres de julio del dos mil uno, en que fue despedido; razón por la cual, evidentemente, los derechos del trabajador no prescribieron mientras se mantuvo vigente la relación laboral; situación que fue la que ocurrió en este caso”.

Se desprende de lo anterior que cuando se da un pago anticipado de cesantía se mantiene la continuidad laboral del trabajador para efectos de la antigüedad y el resto de derechos laborales, si bien no se analiza en la anterior sentencia se deduce de ella que cuando se da una cancelación total se inicia una nueva relación, con una nueva antigüedad y demás derechos.

Entonces, ampliando lo mencionado y haciendo la distinción con el pago parcial; decimos que **la liquidación total de cesantía** se produce cuando finaliza la relación laboral con responsabilidad patronal, y en este caso el patrono debe liquidar totalmente al trabajador y para ello debe cancelar las prestaciones laborales, punto al que ya nos referimos.

De acuerdo entonces con lo expuesto y la información que usted nos brinda, en este caso concreto hay una **liquidación total de cesantía**, lo cual establece un rompimiento de la relación laboral y por ende de la continuidad laboral, aunque la liquidación total (incluido el pago del preaviso), se haya dado por error.

En este sentido pese a la intención de la empresa de querer seguir contando con los servicios de ese trabajador, lo cierto es que éste se le abre la posibilidad de aceptarlo o buscar otra opción de trabajo.

Pero si decide continuar con la empresa, debe quedar claro que se trata de una nueva contratación cuya antigüedad empieza a contar desde la nueva fecha. Por tanto el momento de adquirir el derecho para la jubilación, de conformidad con el artículo 85 del Código de Trabajo, y el trabajador así lo comunique a la empresa, se dará por terminado el contrato.

“Artículo 85.- Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e

indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales:

a) ...

e) Cuando el trabajador se acoja a los beneficios de jubilación, pensión de vejez, muerte o retiro, concedidas por la Caja Costarricense de Seguro Social, o por los diversos sistemas de pensiones de los Poderes del Estado, por el Tribunal Supremo de Elecciones, por las instituciones autónomas, semiautónomas y las municipalidades.” (El subrayado y destacado es nuestro).

De la norma transcrita se desprende claramente que, al tratarse de una terminación del contrato de trabajo, porque el trabajador se acoge a un régimen determinado de pensión, éste tendrá derecho a las prestaciones legales correspondientes, que incluyen aguinaldo, vacaciones y auxilio de cesantía, no debiendo el patrono ni el trabajador otorgar ni pagar el preaviso³.

En resumen para contestar a su consulta, si a esos colaboradores se les canceló toda la liquidación de prestaciones, incluido el preaviso, pese a la intención de seguir contando con los servicios de ellos, aunque se haya tratado de un error, el mismo se tiene como buen pago y no se puede exigir su devolución. Asimismo se tiene como una terminación de la relación laboral, de manera que si continúan laborando para la empresa, se tomará como un contrato nuevo y su antigüedad empieza a contar con esa nueva fecha.

En el caso del trabajador que adquiere su derecho a la jubilación en junio, se le tendrían que liquidar igualmente sus prestaciones, pero solo sobre el último período laborado en este nuevo contrato, incluyendo vacaciones, aguinaldo y cesantía, salvo el preaviso que en estos casos no procede.

De usted, con toda consideración,

Lic. Francisco Obando Díaz
Asesor

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Jefe a.i

FOD/lsr
Ampo: 20)

³ Ver sentencia N° 00207 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 14 hrs. y 40 minutos del 30 de abril de 2003