

DAJ-AE-246-08  
17 de setiembre de 2008

Señora (ita)  
Andrea Jiménez  
andreaajmeneses@gmail.com

Estimada señora (ita):

Procedemos a dar respuesta a solicitud que usted envió por correo electrónico de 15 de abril del presente año y que dada la complejidad de su consulta se le indicó que se le daría respuesta por escrito. La misma versa en relación con la costumbre que usted indica se ha tenido en la empresa en la que trabajaba, de pagar auxilio de cesantía a las personas que renunciaban e indica que tiene prueba documental de ello, pero que por una decisión administrativa a una compañera que renunció le indicaron que no se la darían y ahora usted renunció y solo le pagaron “lo de ley” y desea saber si puede reclamar sobre la costumbre del pago de cesantía. Antes del análisis del fondo le solicitamos disculpas por el atraso presentado, el cual obedece a una gran cantidad de solicitudes de criterio y otros asuntos que hay en esta asesoría, que son igual de importantes a su caso y con los cuales se debe respetar el orden de ingreso.

**La costumbre como fuente de derecho y la regla de la condición más beneficiosa.**

Para que una costumbre sea considerada como fuente de derecho, deben darse, según la doctrina, dos elementos. El primero de ellos es el elemento material que “Consiste en la existencia de “un hábito, nacido en el lugar de trabajo y seguido de manera regular y continua en la localidad y en la profesión”<sup>1</sup>. Así las cosas en la formación de la costumbre participan patrono y trabajador de manera regular y continua hasta que dicha costumbre se convierte en una norma consuetudinaria. En segundo lugar tenemos el elemento intelectual, sea “la convicción sobre la necesidad de aplicar una norma consuetudinaria, convicción a

---

<sup>1</sup> Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Departamento Jurídico. “Las Teorías Generales del Derecho del Trabajo”. San José, Costa Rica. 1996. Pág.53.

la que han llegado los contratantes, de tal suerte que el uso en cuestión se convierte en regla de derecho de aplicación obligatoria para las partes.”<sup>2</sup>

La importancia de la costumbre, por un lado, es que llena los vacíos que tengan las leyes y la reglamentación, pero sobre todo por su adaptabilidad puede individualizar las condiciones propias de un trabajo.

La costumbre se caracteriza por no estar codificada, siendo hasta cierto punto imprecisa por ser una regla no escrita, lo que dificulta al juez determinar su contenido.

Nuestro Código de Trabajo habla de las costumbre en dos de sus artículos. En primer lugar tenemos el artículo 15, el cual la cita como fuente supletoria del derecho laboral y segundo término el artículo 19, el cual la menciona como fuente principal cuando de establecer el contenido de las obligaciones del contrato de trabajo se trata.

Jurisprudencialmente se ha dicho que:

*“De acuerdo con el sistema aplicable, respecto de la valoración probatoria, que aquí se rige por las reglas de la sana crítica y los principios de razonabilidad, la parte que invoca la existencia de una obligación derivada de la costumbre, debe demostrarla de manera fehaciente, y no solamente respecto de su existencia, sino también en cuanto a su extensión. No puede quedar duda, en el ánimo de quien impondrá la norma, de que la obligación existe en los términos planteados. Ello es así, porque se trata de una obligación, no de orden legal ordinario, sino derivada de la concesión graciosa, que requiere en consecuencia, un asidero probatorio suficientemente sólido.”* (el subrayado es nuestro)

Igualmente la Sala Segunda ha hecho un análisis respecto a la definición y características que debe contener una costumbre al indicar:

*“De tal manera, la cuestión a determinar es si existe, en el sub lite, una costumbre empresarial que imponga una obligación a la demandada de pagar al actor lo que pretende, o si, por el contrario, los hechos acreditados no permiten tenerla por establecida.*

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Sala Segunda, Voto 930-2000 de las 9:40 horas del 03 de noviembre del 2000.

*La costumbre debe ser entendida como el producto de un “hacer”, y no de un “omitir el hacer”; consiste en la reiteración constante y uniforme de una forma de conducta consciente y deliberadamente procurada, admitida, por quienes componen el entorno dentro del que se sucede, al grado de que la observen y toleren con notoriedad por estimarla obligatoria para ellos.*

*Para que esa conducta “acostumbrada” sea fuente formal de producción de Derecho, que genere obligatoriedad para quienes converjan en ese entorno social en que tiene lugar, debe reunir ciertos rasgos, y ser demostrada, fehacientemente, por la parte que la alegue como correlato de su derecho.*

*Todos los sujetos, respecto de los que tenga vigencia, deben conocer en forma diáfana la costumbre, de tal manera de que se considere una conducta a realizar siempre en determinadas circunstancias, y ante un contexto general de individuos, objetivamente determinado, o determinable.*

*Esto nos lleva acordar que, la costumbre, debe ser una conducta reiterada por una generalidad o núcleo social, más o menos amplio, según sea el ámbito de la empresa en que se pretenda que tiene vigencia la costumbre.*

*Unido a ello, la reiteración debe ser constante y uniforme, o lo que es lo mismo, no verse interrumpida por largos espacios temporales en que cobre suceso otra forma de actuar distinta a la costumbre, y en las mismas condiciones. Se ha dicho que la obligatoriedad de la costumbre trae consigo que el Estado intervenga haciéndola cumplir cuando, por alguna razón, uno de los sujetos cuyo quehacer viene a normar, la desconozca (...).*

*Que en armonía con lo anterior, el hecho de que, en el seno de la demandada, se pagara auxilio de cesantía a dos agentes que renunciaron a su puesto, no es suficiente para tener por configurada, de acuerdo con el artículo 15 del Código de Trabajo, por la vía consuetudinaria y con rango jurídico, la norma en virtud de la cual, en el caso de tales renunciaciones, dicha parte tenga la obligación de pagar a sus empleados y, en particular, a los gerentes, la prestación aludida, porque no se llenan los requisitos de generalidad, continuidad y reiteración.”<sup>4</sup> (el subrayado es nuestro)*

Así mismo ha dicho la jurisprudencia:

<sup>4</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Res 125-91 de las 9:05 horas del 9 de agosto de 1991.

*“Que de conformidad con la abundante prueba que pende de los autos, tanto documental como de testigos, se ha acreditado fehacientemente que, por medio de una costumbre en la empresa demandada, al liquidarse a sus trabajadores, por cualquier motivo, se le cancelaba a éstos el importe del auxilio de cesantía sin tope legal alguno.*

*Ahora bien, dispone el inciso d) del artículo 29 del Código de Trabajo, que “en ningún caso podrá exceder dicho auxilio de cesantía de ocho meses”, pero fue la propia demandada la que, en virtud de costumbre o práctica de empresa, como lo denomina la doctrina laboralista, instauró un nuevo sistema de reconocimiento del auxilio de la cesantía sin tope legal alguno, lo cual sucedió con varios de los trabajadores que han dejado de laborar para la demandada.*

*Esta conducta patronal, repetida en el transcurso del tiempo, se incorpora a los contratos de trabajo, máxime cuando benefician al trabajador, como en el sub-júdice, aceptado con suma complacencia por los trabajadores, sin que pueda entenderse como actos de liberalidad esporádicos, como lo pretende hacer ver el recurrente.*

*No desconoce esta Sala que este tipo de actuaciones no se repiten constantemente, ya que no son todos los días en que se despide o renuncia un trabajador con más de ocho años de servicio, situación por la cual, este hábito es requisito que se mantenga en cada rompimiento del contrato de trabajo y si la prueba testimonial, así como la documental, lo acreditan sin lugar a dudas, esta práctica de empresa ha de considerarse como una fuente formal que integra el ordenamiento jurídico laboral, al tenor del artículo 15 del Código de Trabajo.”<sup>5</sup>*

La jurisprudencia es clara respecto de considerar que el patrono cuya práctica reiterada, continua y general de pagar el auxilio de cesantía en condiciones diferentes y más favorables que las establecidas en el artículo 29 del Código de Trabajo, hace constituir a favor de los trabajadores un derecho adquirido incorporado a los contratos de trabajo, toda vez que se tiene como una costumbre jurídicamente relevante al tenor de lo establecido en el artículo 15 del Código de Trabajo.

<sup>5</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Res 300-94 de las 9:10 horas del 07 de octubre de 1994. Igualmente puede verse las siguientes resoluciones: 125-91; 243-92; 328-94; 102-95 y 58-94, todas de la Sala Segunda.

Además de lo dicho, dentro de las relaciones laborales impera el denominado Principio Protector el cual contiene tres reglas fundamentales: Regla de la norma más favorable, Regla de la condición más beneficiosa y la Regla del In Dubio Pro Operario.

Respecto a la Regla de la condición más beneficiosa, que es la que nos interesa en la presente, se dice que “es un criterio por el cual la aplicación de una norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más ventajosas en que se encuentra el trabajador”<sup>6</sup>.

De esta manera si la empresa aplica una costumbre cuyos beneficios son mayores que los estipulados en la propia ley, no sería posible su modificación unilateral pues con ello se violenta un principio general del Derecho del Trabajo.

Es importante agregar que, una vez que una empresa adquiere la costumbre de hacer pagos adelantados en forma reiterativa o como en el caso que se consulta; de pagar el auxilio de cesantía a quienes renuncian, no puede dejar de realizar el pago por decisión unilateral, pues tal costumbre ya forma parte de los contratos de trabajo.

Está en sus manos demostrarle a un juez de trabajo la reiteración de la costumbre y la permanencia en el tiempo.

Es importante mencionar, que de conformidad con el artículo 602 del Código de Trabajo, su derecho a presentar un reclamo en la vía judicial prescribe en el plazo de un año a partir de la fecha final de la relación laboral.

De Usted con toda consideración,

Priscilla Gutiérrez Campos  
Asesora

PGC/pcv  
Ampo 9 B y 20 A

---

<sup>6</sup> Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Departamento Jurídico. “Las Teorías Generales del Derecho del Trabajo”. San José, Costa Rica. 1996. Pág.59