

Gestión N° DAJ-DAE-01292-13

Pronunciamiento N° DAJ-AE-309 -13  
2 de diciembre del 2013

Señor  
Jaime Villegas Castro  
COOPEOROTINA  
Presente

Estimado señor:

Atendemos su nota recibida en esta Dirección el 24 de setiembre del año en curso, en ella informa que Coopeorotina R. L. se está sometiendo a un proceso de fusión por absorción con Coocique R. L., en el cual va a prevalecer Coocique R. L.

Manifiesta que acordaron la liquidación del personal actual de Coopeorotina R. L. y la recontractación, por parte de Coocique R.L. del mismo, respetando el tiempo de antigüedad para efectos del disfrute de vacaciones.

Sin embargo, durante el proceso de aprobación de esta fusión, dos colaboradoras de Coopeorotina R. L. han indicado que se encuentran en estado de embarazo, de ahí que consultan cuál de las siguientes opciones deben aplicar:

- a) *Que la empresa Coocique, R. L., mantenga en planilla a ambas colaboradoras. En este caso, se requiere conocer si Coopeorotina R. L. está obligada a cancelar los extremos laborales, tal y como indica el “proyecto de acuerdo”.*
- b) *Que la empresa Coocique, R. L. no quiere recontractar de manera inmediata los servicios de ambas colaboradoras.*

**Protección especial de la trabajadora embarazada:**

La trabajadora embarazada y en período de lactancia tiene una protección especial establecida en los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo, misma que es clara y general y fue dispuesta en cumplimiento del artículo 51 de la Constitución Política.

*“Artículo 94.- Queda prohibido a los patronos **despedir** a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los*

---

*deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión del despido.*

*Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social.” (la negrita no es del original).*

*“Artículo 94 bis.- La trabajadora embarazada o en período de lactancia, que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá gestionar ante el juez de Trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos...”*

La intención del legislador con estas disposiciones legales es precisamente la de proteger a la mujer trabajadora en el momento en que está cumpliendo una de las más importantes misiones encargadas al ser humano: la maternidad. Para ello necesariamente **se ha prohibido el despido** durante el embarazo o durante el período de lactancia materna; el cual solo puede darse si la trabajadora ha incurrido en alguna de las faltas establecidas en el numeral 81 del Código de Trabajo. Para poder ejecutarlo, el patrono, previamente, tendrá que recurrir a la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a efecto de solicitar la autorización para el despido, demostrando que la destitución se fundamenta en alguna falta grave y no en la gravedad de la trabajadora o en la lactancia<sup>1</sup>.

#### **Alcance de la participación de la Inspección de Trabajo cuando se trata de despido de trabajadora embarazada:**

A este respecto, la Directriz N° 23-2008 emitida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social y el Director Nacional e Inspector General de Trabajo llamada “Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo”, señala lo siguiente:

*“...1.4. Procedimiento en el caso de despido ilegal de una trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia...”*

*1.4.3. Visita al centro de trabajo para constar la veracidad de la denuncia:*

---

<sup>1</sup> El período de lactancia, de conformidad con el artículo 95 del Código de Trabajo, podrá ser prorrogado por prescripción médica y así también la prohibición para despedirla.

*Dentro de los dos días hábiles siguientes, una vez cumplidos los requisitos de la denuncia en los términos arriba apuntados, el inspector de trabajo se apersona al centro de trabajo y una vez constatados los hechos, le previene al patrono o a su representante, por medio del acta de inspección y prevención, sobre la violación de lo estipulado en el artículo 94 del Código de Trabajo y le concede un plazo máximo de dos días hábiles para que se refiera al asunto. De conformidad con tal normativa, el patrono puede incurrir en dos tipos de infracciones: i) Despedir a la trabajadora en estado de embarazo teniendo conocimiento del mismo, **sin que alegue causa justificada** o ii) Despedir a la trabajadora en estado de embarazo teniendo conocimiento del mismo, **alegando causa justificada sin que realice la gestión de autorización de despido ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo.**”*

Tal como se puede ver, el supuesto de la norma incluye que la intervención de la Inspección de Trabajo se da cuando la trabajadora ya ha sido despedida sin que se alegue causa justificada o alegando la misma pero sin autorización de la instancia mencionada.

Además, de conformidad con lo que estipula en el artículo 94 citado, la autorización de la Inspección se daría solo en el supuesto de que opere el despido con justificación en las causales del artículo 81 del Código de Trabajo, supuesto que no se ajusta al caso por usted planteado, de ahí que no haya obtenido la autorización de la Inspección de Trabajo que menciona en su nota.

Aunque no es tema precisamente de consulta, es necesario referirnos a lo siguiente:

**Sobre el auxilio de cesantía y el pago parcial del mismo:**

*El AUXILIO DE CESANTÍA tiene fundamento en el artículo 29 del Código de Trabajo<sup>2</sup>, artículo que fue modificado por la Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador, y*

2

*“Artículo 29: Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por despido injustificado, o algunas de las causales previstas en el artículo 83 u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas:*

*1. Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, un importe igual a siete días de salario.*

*2. Después de un trabajo continuo mayor de seis meses pero menor de un año, un importe igual a catorce días de salario.*

*3. Después de un trabajo continuo mayor de un año, con el importe de días de salario indicado en la siguiente tabla:*

a)	19.5 días por año laborado	AÑO 1:
b)	año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 2: 20 días por
c)	por año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 3: 20.5 días
d)	21 días por año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 4:

3

*consiste en el pago de un rubro al trabajador que ha sido despedido sin causa justa, en concepto de indemnización.*

El pago parcial del auxilio de cesantía es una práctica que se ha venido efectuando en nuestro país durante los últimos años, el mismo *no implica un rompimiento de la relación laboral*, por lo tanto, el contrato de trabajo se mantiene incólume, y sus efectos, especialmente **la antigüedad del trabajador**, se mantienen hasta que las partes decidan, en conjunto o unilateralmente, darlo por terminado definitivamente; este pago se debe hacer de conformidad con el numeral 29 citado.

Una de las principales determinaciones que han tomado los Tribunales de Trabajo es 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, 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, 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*

e)	por año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 5:	21.24 días
f)	por año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 6:	21.5 24 días
g)	22 días por año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 7:	
h)	año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 8:	22 días por
i)	9: 22 días por año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO	
j)	21.5 días por año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 10:	
k)	21 días por año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 11:	
l)	20.5 días por año laborado o fracción superior a seis meses.	AÑO 12:	
m)	y siguientes: 20 días por año laborado o fracción superior a seis meses	AÑO 13	

4. En ningún caso podrá indemnizar dicho auxilio de cesantía más que los últimos ocho años de relación laboral. / El auxilio de cesantía deberá pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro patrono."

---

*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... ”<sup>3</sup>*

*“...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;...”<sup>4</sup>*

*“...La jurisprudencia en el sentido de que el pago anticipado de la cesantía libera al patrono de esa responsabilidad 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 y; por ende, al rompimiento del mínimo de ocho años establecido en la ley. Consiguientemente, si bien el reconocimiento y liquidación anticipados y en tractos de la cesantía libera al empleador respecto de cualesquiera períodos laborales cubiertos con anterioridad al trabajador; la obligación legal siempre se mantiene, en caso de continuidad de la relación laboral; por lo que al ser despedido éste injustificadamente deben acreditarse los adeudos laborales pendientes, de cualquier período posterior no cubierto, conforme al salario devengado en los seis últimos meses...”<sup>5</sup>*

---

<sup>3</sup> Tribunal Superior de Trabajo, núm. 1651 de las 9:25 hrs. del 07 de diciembre de 1983.

<sup>4</sup> Casación, número 24 de las 16:00 hrs. del 28 de marzo de 1980.

<sup>5</sup> Res: 2003-00384, SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cuarenta minutos del treinta de julio de dos mil tres. (Exp: 01-300284-0641-LA)

---

Desde ese punto de vista, el pago de cesantía en forma adelantada, constituye una *prerrogativa patronal*, considerada como liberalidad, ya que normalmente, 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, sin embargo, al otorgar esta liberalidad, se convierte en una condición más beneficiosa para el trabajador, razón por la cual, una vez instaurada la práctica, no puede ser eliminada por el patrono, pues su eliminación conllevaría un indudable perjuicio en las condiciones laborales del trabajador.

Debe quedar claro que el adelanto anual de cesantía es diferente a la finalización del contrato de trabajo, el primero no implica el pago de todas las prestaciones ni finaliza la relación laboral, mientras que el segundo sí termina el contrato con las consecuencias apuntadas de sobra.

**En conclusión:**

Las trabajadora en estado de embarazo no pueden ser despedidas por la razón de la fusión de las dos empresas, ya que esa no es una causal de terminación del contrato para ese tipo de trabajadoras; por lo tanto, lo recomendable es que la empresa que absorbe a Coopeorotina R. L., o sea, Coocique R. L., acepte a las dos colaboradoras sin hacer una terminación del contrato de trabajo, puede adelantárseles su cesantía si lo desea, con el fin de que esta carga no quede en manos de Coocique R. L., pero manteniendo la antigüedad laboral y todas las condiciones laborales que ellas han tenido durante la relación de trabajo anterior, es decir, jornada, salario, jerarquía, beneficios y funciones acordes con sus aptitudes, estado y condición, pues liquidarlas en su totalidad, aunque sean recontratadas, equivale a un despido con responsabilidad patronal, sin autorización de la Inspección de Trabajo lo que se constituiría en una infracción a las normas laborales.

Una vez terminado el período de licencia por maternidad y el período de lactancia, si pueden proceder a liquidar los demás extremos laborales en caso que las partes lo convengan.

De usted con toda consideración,

Licda. Shirley Bonilla Guzmán  
**Asesora**

Licda. Ivania Barrantes Venegas  
**Jefa**

Sbg  
9f  
Ampo 27 A)