

DAJ-AE-035-13
12 de marzo de 2013

Señora
Andrea Rojas Barrantes.
Administradora
ASTA

Estimada señora:

Nos referimos a su oficio recibido por esta Asesoría, el día 02 de noviembre del 2012, en la cual se nos solicita criterio, sobre el adelanto de cesantía que se ha pagado durante 10 años, sobre si existe la posibilidad de eliminar tal beneficio; o bien puede la Institución reservar tal derecho, para pagarla conforme lo establece el Código de trabajo.

Para abordar la presente consulta es necesario hacer referencia a varios temas que se abordaran para poder llegar a una conclusión que nos servir de ase ara darle una guía para su consulta en especifico.

1. SOBRE EL AUXILIO DE CESANTÍA Y EL PAGO PARCIAL DE LA MISMA:

El AUXILIO DE CESANTÍA tiene fundamento en el artículo 29 del Código de Trabajo¹. Este artículo fue modificado por la Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador.

¹ **“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 d 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 paro 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) AÑO 1: 19.5 días por año laborado
 - b) AÑO 2: 20 días por año laborado o fracción superior a seis meses.
 - c) AÑO 3: 20.5 días por año laborado o fracción superior a seis meses.
 - d) AÑO 4: 21 días por año laborado o fracción superior a seis meses.
 - e) AÑO 5: 21.24 días por año laborado o fracción superior a seis meses.
 - f) AÑO 6: 21.5 24 días por año laborado o fracción superior a seis meses.
 - g) AÑO 7: 22 días por año laborado o fracción superior a seis meses.
 - h) AÑO 8: 22 días por año laborado o fracción superior a seis meses.
 - i) AÑO 9: 22 días por año laborado o fracción superior a seis meses.
 - j) AÑO 10: 21.5 días por año laborado o fracción superior a seis meses.

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 artículo 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 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

"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,

k) AÑO 11: 21 días por año laborado o fracción superior a seis meses.

l) AÑO 12: 20.5 días por año laborado o fracción superior a seis meses.

m) AÑO 13 y siguientes: 20 días por año laborado o fracción superior a seis meses

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."

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

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;...³

Desde ese punto de vista, el pago de 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.

Debe quedar claro que según lo dicho, 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, la práctica de liquidar anualmente al empleado, es legalmente procedente, en el tanto no se haga la liquidación de los otros extremos laborales (vacaciones, aguinaldo y preaviso), por cuanto esto sería considerado como terminación de la relación laboral.

2. 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”⁴. 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 la que han llegado los

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

⁴ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Departamento Jurídico. “Las Teorías Generales del Derecho del Trabajo”. San José, Costa Rica. 1996. Pág.53.

contratantes, de tal suerte que el uso en cuestión se convierte en regla de derecho de aplicación obligatoria para las partes.”⁵

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 la costumbre en dos de sus artículos. En primer lugar tenemos el artículo 15, el cual la cita como fuente supletoria del derecho laboral y en 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.

En el ámbito jurisprudencial, según el voto 2004-0007 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las nueve horas cuarenta minutos del once de febrero del dos mil cuatro, ha establecido sobre la costumbre lo siguiente:

" III.- LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO DE TRABAJO: El artículo 15 del Código de Trabajo señala: "Los casos no previstos en este Código, en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales de Derecho de Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales; y en defecto de éstos se aplicarán, por su orden, las disposiciones contenidas en los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internación de Trabajo en cuanto no se opongan a las leyes del país, y los principios y leyes de derecho común." Por su parte, el artículo 19 del citado código establece: "El contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley." En el caso que se analiza, la demandante sostiene que en la empresa para la cual laboraba existía la costumbre de pagar al personal gerencial todos los derechos derivados de la finalización de la relación de trabajo, como si se tratase de un despido injustificado, cuando mediaba renuncia; y, con base en ello, reclama el pago del preaviso y de la cesantía. El origen de la costumbre se encuentra en la práctica, en la reiteración de los hechos en forma natural y espontánea. Puede distinguirse entre costumbre según la ley, costumbre contra la ley, en cuyo caso esta

⁵ Ibid.

última prevalece sobre la primera y costumbre fuera de la ley, supuesto en el cual cumple la función de completar cualquier vacío legal y subsiste de manera independiente. Cabanellas señala que “...en lo laboral, en todos los ordenamientos jurídicos, la costumbre presenta vitalidad vigorosa y logra eficacia incluso contra la ley. La costumbre derogatoria de ésta debe estimarse en relación con la norma a la que se opone; si esta norma está dictada por razones de orden público, la costumbre no puede invalidarla; pero si la norma no ofrece esa valoración y concede derechos por encima de los otorgados por las leyes o disminuye algunos concedidos con exceso, puede y debe ser observada y aceptada.” (Cabanellas de Torres, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., cuarta edición, 2.001, p. 166). En nuestro medio, Brenes Córdoba explicaba que “... la costumbre ... es la práctica repetida de una determinada conducta –uso- unida al convencimiento, por parte de los interesados, de que tienen la obligación de conducirse como lo vienen haciendo (opinio necessitatis). Este convencimiento del carácter obligatorio distingue a la costumbre de los simples usos que se siguen en la vida social sin que se les llegue a atribuir ese carácter de obligatoriedad.” (Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las Personas, Volumen I, San José, Editorial Juricentro, quinta edición, 1.998, p. 65). Por su parte, Alonso Olea y Casas Baamonde entienden la costumbre como una “norma creada e impuesta por el uso social..., entendiendo que la expresión ‘norma’ implica el sentir comunitario de que el uso debe valer como Derecho y como tal ser impuesto: una norma válida no en virtud de una ley estatuida, sino de un consenso ... o convicción de validez, que no es sólo la psicológica subjetiva del que se somete a su imperio, sino la difusa colectiva que deriva del hecho del sometimiento. Este mismo revela la existencia de una pauta general en los acaecimientos que sólo así se explican y a través de los cuales la costumbre se explyaya.” (Alonso Olea, Mauel y Casas Baamonde, María Emilia. Derecho del Trabajo, Madrid, Editorial Civitas, vigésima edición, 2.002, p. 795). De lo anterior se infiere que la costumbre también constituye una fuente del Derecho del Trabajo, que puede aplicarse cuando se superan los derechos previstos en la normativa de orden público”.

“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 sólido⁶.”(el destacado es nuestro)

Así mismo la misma Sala Segunda ha sido clara al definir y caracterizar la costumbre como fuente de derecho 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.

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 corelato 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

⁶ Sala Segunda, Voto 930-2000 de las 9:40 horas del 03 de noviembre del 2000.

alguna razón, uno de los sujetos cuyo quehacer viene a normar, la desconozca.”⁷

Igualmente la jurisprudencia manifiesta lo siguiente:

“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.”⁸ (el subrayado es nuestro)

Como podemos apreciar, 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.

⁷ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Res 125-91 de las 9:05 horas del 9 de agosto de 1991.

⁸ 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.

Así las cosas, si la empresa realiza una práctica reiterada en el tiempo, y esta práctica adquiere todas las características de una costumbre laboral, se convierte en un derecho adquirido para el trabajador, imposibilitando el que el patrono pueda retirar ese beneficio por su propia voluntad, siendo entonces absolutamente necesario el consentimiento de todos los trabajadores para lograr esa modificación.

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 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”⁹.

De esta manera y como ya lo indicamos líneas atrás, si la empresa tiene una conducta reiterada en el tiempo y aplicada a todos los trabajadores, estamos en presencia de una costumbre, la cual generalmente otorga beneficios mayores que los estipulados en la propia ley, por lo que no sería posible su modificación unilateral pues con ello se violenta el principio general del Derecho del Trabajo, a menos que mediara el consentimiento de todos los trabajadores.

En conclusión, si la práctica de adelantar el pago de la cesantía a todas las personas trabajadoras, conservando con ello la antigüedad, ya ésta práctica tiene las características de una costumbre laboral, y por lo tanto se convirtió en un derecho incorporado a los contratos de trabajo, de tal manera que para su eliminación requerirá del consentimiento de todos los trabajadores de la empresa.

De usted con toda consideración,

Licda. Geohanna Castro Hernández.

Asesora

GCH/lsr
Ampo 20-A.

⁹ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Departamento Jurídico. “Las Teorías Generales del Derecho del Trabajo”. San José, Costa Rica. 1996. Pág.59