
DAJ-AE-041-11
02 de febrero de 2011

Señor
Gustavo Fernández Paoli
Auditor Legal
Banco Nacional de Costa Rica
Presente

Estimado señor:

Nos referimos a su correo electrónico recibido en esta Dirección el 07 de abril del 2010, en el cual nos consulta cómo se debe calcular el auxilio de cesantía de los funcionarios que pertenecen a la Alta Administración del Banco y que se encuentran bajo un esquema de salario único mensual, estos funcionarios son el Gerente, Subgerentes, Auditor, Subauditor y Director Jurídico. Manifiesta que el Banco tiene una Convención Colectiva, sin embargo, por un acuerdo de la Junta Directiva General estos funcionarios no se rigen por lo estipulado en dicha convención, sino que se encuentran *sujetos a las regulaciones propias del Código de Trabajo* y que se les paga semanalmente.

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL BANCO NACIONAL DE COSTA RICA

Con el fin de darle respuesta determinaremos primeramente la naturaleza jurídica del Banco Nacional de Costa Rica, en adelante, Banco Nacional, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, No. 1644 establece en lo que interesa lo siguiente:

*“Artículo 1º: El Sistema Bancario Nacional estará integrado por:
(...)
2) El Banco Nacional de Costa Rica; (...)”*

“Artículo 2: Los bancos del Estado enumerados en el artículo anterior son instituciones autónomas de derecho público, con personería jurídica propia e independencia en materia de administración. Están sujetos a la ley en materia de gobierno y deben actuar en estrecha colaboración con el Poder Ejecutivo, coordinando sus esfuerzos y actividades. (...)”

Analizando los dos artículos anteriores, se llega a la misma conclusión a la que llegó la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución número 2008-000940 (Exp. 03-

000246-0166-LA) dictada a las nueve horas treinta y cinco minutos del seis de noviembre del dos mil ocho:

“...De lo anterior se infiere que el Banco Nacional de Costa Rica es una institución autónoma de Derecho Público, con personería jurídica propia y plena autonomía administrativa, aunque en materia de gobierno está sujeto a la ley, tal y como se analizará más detenidamente ...”

Con fundamento en lo anterior, es claro que la naturaleza jurídica del Banco Nacional es de *orden público*, por tal motivo, es menester recordarle que de conformidad con los artículos 3 de la Ley Orgánica y 20 inciso c) del Reglamento de Reorganización y Racionalización, ambos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el 11 de la Ley General de la Administración Pública, esta Dirección sólo es competente para atender y resolver consultas que se refieran a la aplicación de la legislación social o sobre la interpretación de las leyes de trabajo, seguridad y bienestar social y demás disposiciones conexas, que formulen las autoridades nacionales, las organizaciones de empresarios y trabajadores y las personas particulares.

Sin embargo pese a la anterior limitación, los criterios jurídicos son elaborados después de una profunda valoración y análisis, pero con la advertencia sobre la no vinculación del mismo para la Administración Pública, por cuanto no existe una norma legal que así lo autorice, razón por la cual, lo esbozado por este Ministerio en sus pronunciamientos es una manifestación de la forma correcta y legal en que deben ser interpretadas, a nuestro juicio, las normas y situaciones dadas en las relaciones laborales, de conformidad con el derecho laboral, y no de las normas que rigen para la Administración Pública. Asimismo, se le recuerda que el Órgano Consultivo por excelencia para la Administración Pública es la Procuraduría General de la República.

Más adelante, haremos una exposición referente a cómo se realiza el cálculo de la cesantía de acuerdo con las reglas del derecho común, dejándole a la institución consultante la responsabilidad de determinar a qué funcionario le asiste el derecho a la cesantía y a cuál no, pues lo anterior no es el tópico de la consulta.

Hecha la anterior salvedad, procedemos a externarle el criterio de esta asesoría sobre el cálculo de la cesantía a la luz del Código de Trabajo.

DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DEL BANCO NACIONAL

Llegados a este punto, conviene determinar qué exactamente se entiende como “alta administración”, lo anterior es de particular importancia por cuanto la citada Convención Colectiva del Banco Nacional de Costa Rica, en su artículo primero señala lo siguiente:

“Ámbito de Aplicación: *La presente Convención, conforme al artículo No. 62 de la Constitución Política, tiene carácter de Ley Profesional y rige las condiciones de trabajo en el Banco Nacional de Costa Rica, sean éstas cuales fueren y comprende y ampara a todos los trabajadores presentes y futuros de la institución, con la siguiente salvedad: Los funcionarios que integren las Escalas de Administración Superior y Fiscalización Superior, según lo definido por la Junta Directiva General, quedan excluidos totalmente de la aplicación de la presente Convención Colectiva.*” (el resaltado es del original)

Según el artículo anterior, los funcionarios pertenecientes a las Escalas de Administración Superior y Fiscalización Superior no están regidos por la Convención Colectiva y son definidos por la Junta Directiva

El oficio FOE-FEC-219, emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República el 16 de abril de 2004 y dirigido al Lic. William Hayden Quintero, entonces Gerente General del citado Banco, expresa, en lo que nos interesa, lo siguiente:

“... mediante el cual aclara las razones que motivaron a esta Contraloría General a improbar la creación de una nueva escala salarial, que abarca los puestos del Gerente General, Sub-Gerentes Generales, Auditor y Subauditor Generales, quienes a su vez conforman la Escala de Administración Superior y Escala de Fiscalización Superior en esa entidad bancaria...”

“...En este nuevo documento, se comunica además, la inclusión del Director Jurídico de esa Institución a los puestos que conforman la citada escala de Administración Superior...”

El anterior texto nos aclara cuáles son los funcionarios que están excluidos de lo estipulado en la Convención Colectiva, a saber: Gerente General, Sub-Gerentes Generales, Auditor, Subauditor y Director Jurídico.

DEL AUXILIO DE CESANTÍA

El auxilio de cesantía, tiene fundamento en el artículo 29 del Código de Trabajo. Este artículo fue modificado por la Ley N° 7983 de 16 de febrero del 2000, Ley de Protección al Trabajador¹, que además de cambios en la legislación laboral, crea un sistema de protección social paralelo al sistema de pensiones actual.

¹ Antes del 1° de marzo de 2001, el texto del Artículo 29 era el siguiente: “ Si el contrato por tiempo indefinido concluye por razón de despido injustificado, por alguna de las causales previstas en el artículo 83, u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle a este un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, un importe igual a diez días de salario;
- b) Después de un trabajo continuo mayor de seis meses pero menor de un año, con un importe igual a veinte días de salario.

El auxilio de cesantía se pagará de acuerdo con la nueva redacción del artículo 29 del Código de Trabajo, el cual dice:

“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) *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 5: 21.24 días por año laborado o fracción superior a seis meses.*
 - e) *AÑO 4: 21 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.*
 - 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*
5. *El auxilio de cesantía deberá pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro patrono.”*

Es importante aclararle que de conformidad con el inciso 4 de este artículo, el tope para el pago de la cesantía sigue siendo de ocho años, que serán pagados de acuerdo a la antigüedad del trabajador y conforme a la tabla que se estipula en el inciso 3 del mismo artículo.

c) *Después de un trabajo continuo mayor de un año, con un importe igual a un mes de salario por cada año de trabajo o fracción no menor de seis meses.*

d) *En ningún caso podrá exceder dicho auxilio del salario de ocho meses.*

e) *El auxilio de cesantía deberá pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro patrono.”*

La Directriz del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, N°006-2001 del 18 de julio del 2001, modificada por la Directriz N°001-2003 del 10 de enero de 2003, indicó de forma clara la forma de proceder en los casos en que la antigüedad laboral arrojen en el cómputo fracciones superiores a seis meses y se instruyó:

“CUARTO: Cuando el trabajador haya laborado uno o más años antes de la reforma del artículo 29, se le reconocerá el “derecho adquirido” a razón de un mes por año laborado. El “período de transición” (tiempo laborado antes y después de la reforma), sólo se tomará en cuenta siempre que sumado sea igual o superior a seis meses. En tal caso, el “auxilio de cesantía compuesto” para ese período se determinará con aplicación de “regla de tres”.

La fracción superior a seis meses después de un año de labores y en los años sucesivos, dará derecho al reconocimiento adicional del auxilio de cesantía que corresponda por cada año completo laborado contemplado en el inciso de que se trate.”

El fundamento de esa directriz es la interpretación de la Ley de Protección al Trabajador, con fundamento en los principios que rigen la materia laboral y que sirven de inspiración e interpretación de las normas de esta rama del derecho. En esa directriz se aplicaron el principio protector, el principio de continuidad laboral, el principio de buena fe y el principio de razonabilidad.

Este Ministerio al emitir esas directrices, tenía muy claro que en esta rama del derecho son primordiales los principios que la inspiran, y como operador del derecho ajusta la interpretación de las leyes y de las situaciones jurídicas a esos principios. Al respecto la doctrina ha analizado dichos principios de la siguiente manera:

“...existen al menos seis Principios Generales del Derecho del Trabajo; a saber: 1) El Principio Protector, 2) El Principio de Irrenunciabilidad, 3) El Principio de Continuidad, 4) El Principio de Primacía de la Realidad, 5) El Principio de Razonabilidad y 6) El principio de Buena Fe.

Dentro de ellos, los cuatro primeros son los básicos, aunque los seis son de aplicación general. De ellos, el Principio Protector se considera el más importante, el que verdaderamente identifica al Derecho del Trabajo; es el “principio” del Derecho Laboral. ¿Por qué?, porque actúa como criterio fundamental en la medida que quiebra el denominado “principio de igualdad” del Derecho Civil; es decir, no se inspira en el denominado principio de igualdad, Expresa don Américo Pla que: “Mientras que en el Derecho Común una preocupación constante parece ser la paridad jurídica entre contratantes, en el Derecho Laboral la preocupación

*central parece ser la de proteger a una de las partes, para lograr a través de esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes”. Es decir el Principio Protector parte más bien de una desigualdad, para la lograr la igualdad que supone el Derecho Civil...Se manifiesta o contiene “tres reglas”, que son las siguientes: **Regla de la Norma Más Favorable:** determina que en caso de que exista más de una norma aplicable al asunto en concreto (conurrencia de normas), debe optarse por aquella que sea más favorable al trabajador, aún si se rompe el principio de jerarquía de las normas...**Regla de la Condición Más Beneficiosa:** es un criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más ventajosas en que se encuentra el trabajador. La nueva norma que se promulga no puede disminuir las condiciones más ventajosas de los trabajadores...**Regla de In Dubio Pro Operario:** es un criterio que debe utilizar el juez o el interprete de la norma, con el fin de escoger entre varios sentidos que tenga la norma, aquél que más favorezca a los trabajadores”².*

En cumplimiento de los principios expuestos, se interpreta que debido a que el artículo 29 del Código de Trabajo anterior a la reforma introducida por la Ley de Protección al Trabajador, contenía la regla que a partir del año de labores por cada fracción superior a los seis meses el trabajador adquiriría derecho a la cesantía correspondiente a un año completo de labores y que la Ley de Protección al Trabajador debe tener como consigna no desmejorar la situación de los trabajadores, ni limitar aquellos beneficios que ya disfrutaban, es el criterio de este Ministerio que cada fracción superior a los seis meses otorga al trabajador el derecho a disfrutar de la suma correspondiente a cesantía del período que se trate.

En consecuencia, aunque por omisión legislativa en el texto del artículo 29 reformado por la citada Ley de Protección al Trabajador, en el aparte correspondiente al primer año de la tabla, no se consignó claramente las fracciones superiores a los seis meses, no existe razón alguna para denegar la posibilidad de que el trabajador por cada fracción superior a los seis meses obtenga la indemnización de otro año de labores, pues de lo contrario se estaría eliminando un derecho que concedía la norma anterior, agravado por el hecho que los incisos siguientes contienen ese beneficio.

Forma en que se realiza el cálculo:

Aclarado lo anterior, y para responder concretamente a su pregunta, según el artículo 30, inciso b) del Código de Trabajo, la indemnización por concepto de cesantía se debe hacer con el promedio de los salarios ordinarios y extraordinarios devengados por el trabajador

² MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Departamento Jurídico, *Las Teorías Generales del Derecho del Trabajo*, San José Costa Rica, 1996 pp 58, 59.

durante los últimos *seis meses* de vigencia del contrato, o sea, deben sumarse los salarios de esos seis meses, el resultado se divide entre seis, lo cual nos da el promedio de salario mensual, ese monto se divide entre treinta (días) si el pago es mensual, sea este en tractos quincenales o , semanales -caso de la institución que usted representa- la operación anterior nos da como resultado el salario diario del trabajador, el cual se multiplica por el número de días que corresponde según el artículo 29 del mencionado Código.

Así por ejemplo, en el caso de un trabajador que ha laborado un año y ocho meses, le corresponde por concepto de cesantía **39 días de salario**, que corresponde a 19,5 días por un año completo de labores, más otros 19.5 días por la fracción de los ocho meses laborados, pues aquella fracción de ocho meses le dio el derecho al reconocimiento de un año de antigüedad más, que corresponde al primer año de la tabla del artículo 29 citado.

En este mismo orden de ideas es importante hacerle la acotación de que cuando un trabajador ha sido incapacitado dentro del período que comprende los últimos seis de la relación laboral, esta situación incide directamente en el cálculo de la cesantía, pues de los seis meses de salarios que se deben considerar para el cálculo, debe entenderse que se *excluyen* los subsidios percibidos por el trabajador en ese tiempo, de manera que si se presentaron incapacidades, debe “correrse” hacia atrás el cómputo de los seis meses hasta obtener seis meses de *salarios* para no afectar el promedio salarial mensual. Sin embargo, el cálculo de la cesantía debe sumar los períodos de incapacidad a la antigüedad del trabajador, pues aunque no trabajó, la incapacidad es una causa de suspensión que no afecta la antigüedad y cuenta para estos efectos.

De usted, con toda consideración,

Licda. Shirley Bonilla Guzmán
Asesora

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Jefe a.i.

SBG/lsr
Ampo 20 A