

DAJ-AE-169-12.
30 de octubre del 2012

Señora.
Felicia Bermúdez Fernández.
Presente.

Estimada Señora:

Damos respuesta a su consulta recibida en ésta Dirección el día 23 de agosto del año 2011, mediante la cual solicita nuestro criterio respecto de la situación que a continuación se detalla:

“Por medio de la página web del MTSS, realicé la consulta 5530, relacionada al tratamiento de bonificaciones en el pago del preaviso y cesantía, dado que la respuesta es corta y no me queda claro si el término devengado se aplica a los salarios pagados en los últimos seis meses, muy atentamente solicito revisen si mi liquidación laboral fue correctamente calculada por el patrono, y en caso negativo cuál sería el procedimiento que debo seguir para realizar el reclamo.

El patrono acostumbra a dar una bonificación anual que en mi caso ha sido de 1.5 salarios, esta fue pagada en marzo 2011, sin embargo para la liquidación el patrono la dividió entre 12 y me incluyó en los meses de octubre, noviembre y diciembre para calcular los salarios promedios para la liquidación. Por otro lado, estaba asignada a un proyecto por el cual teníamos una bonificación trimestral, la cual pagaron en octubre, 2010, enero 2011 y en abril 2011, (la incluyeron en la liquidación), las que igualmente prorratearon entre tres meses y las consideraron no en el mes pagado sino en los meses que aplicó la bonificación.”

En primer lugar, se considera procedente brindar las disculpas del caso por el atraso ocurrido en la evacuación de su consulta, la misma se debe a la enorme cantidad de consultas que se encuentra atendiendo esta Asesoría Legal, en materia de derechos laborales.

Para dar un adecuado tratamiento a su consulta, se considera menester hacer de su conocimiento los temas que encuentran injerencia con la misma, como lo son: “La Naturaleza Jurídica de las Bonificaciones o Gratificaciones”; “El preaviso”; “La Cesantía”; y “La Diferencia entre Salario Devengado y Percibido para efectos del cálculo de prestaciones laborales”.

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS BONIFICACIONES O GRATIFICACIONES.

Se considera pertinente para un adecuado desarrollo del tema referente a la naturaleza jurídica de las bonificaciones o gratificaciones, traer a colación lo referido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su Resolución 2005-694, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del doce de agosto del dos mil cinco; en la cual indicó respecto del tema que nos ocupa lo siguiente:

“VI.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS BONIFICACIONES O GRATIFICACIONES:

El tema de la naturaleza jurídica de otros dineros cancelados a los trabajadores, aparte del salario convenido, ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina, normalmente bajo el nombre de gratificaciones. Esta Sala ha tenido la oportunidad de analizar, en forma reiterada, el tema de la naturaleza jurídica de las sumas canceladas bajo esas denominaciones. Han sido varios los parámetros que se han tomado en cuenta para determinar la naturaleza salarial. Así, se ha indicado que las características de habitualidad, generalidad y periodicidad hacen que la gratificación pierda la naturaleza gratuita o voluntaria. Sin embargo, como se indicó en la sentencia 225, de las 10:10 horas del 14 de mayo del 2002, ese no es el único parámetro que pueda determinar el carácter retributivo o no de una determinada prestación económica. Para Cabanellas, “las gratificaciones son los beneficios económicos, más en concreto, ciertas sumas de dinero, que el empresario concede en forma excepcional y también habitualmente a sus subordinados, en razón de servicios prestados por éstos y por las ventajas que en forma directa o indirecta le hayan reportado a la empresa”. (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., 1992, p. 769).

*Respecto de la naturaleza salarial de la gratificación, apunta que “la costumbre y la habitualidad tienen influencia poderosa para fijar su exacta naturaleza jurídica; se produce así una promesa tácita por parte del empresario hacia el trabajador, por darle a entender que, en tanto se mantengan las condiciones originales pactadas, y el trabajador las cumpla, será acreedor a un beneficio de carácter extraordinario, al igual que la prestación consecuencia de aquél.” (Op.cit., p. 770). Manifiesta que la periodicidad o la continuidad surge cuando la repetición provoca una fijeza que hace surgir, en el trabajador, la expectativa de percibirla y, al persistir su otorgamiento, se transforma en una costumbre; la que, a su vez, tiende a ser ley entre las partes. De esa manera, demostradas las características de habitualidad, generalidad y periodicidad de la gratificación, se pierde el matiz voluntarioso, para convertirse en obligatoria; deja entonces de ser una simple liberalidad, para transformarse en un verdadero derecho exigible por el trabajador. Según el citado autor, “hay periodicidad o continuidad en la gratificación cuando deja de estar determinada por el libre arbitrio de la empresa y su repetición provoca una fijeza, donde germina la expectativa natural del trabajador de percibirla en la oportunidad que corresponda” (Op.cit., p. 770). Entonces, “las llamadas gratificaciones normales, establecidas expresa o tácitamente, por acuerdo de partes o por costumbres de la empresa, que se abonan habitualmente junto al salario, se incorporan a éste a todos los efectos legales; constituyen gratificaciones remuneratorias, que participan de los mismos caracteres del salario.” (Op. cit., p.771). De esa manera, “...las únicas gratificaciones que no formarían parte del salario **serían las abonadas ocasionalmente** y por mera liberalidad por el patrono al trabajador. Las mismas lo son a título gracioso, y no por razón del contrato de trabajo. Cuando no existe acuerdo tácito entre las partes, y el empresario deja bien aclarados sus propósitos de que lo abonado responde a un acto de liberalidad susceptible de no ser repetido, no cabe sostener que se está en presencia de una gratificación que podría exigirse de manera compulsiva”. (Op.cit., pp. 769-771. El destacado no consta en el original... Como antes se apuntó, la Sala ha tomado en cuenta esas características, para otorgar o no la naturaleza salarial a una determinada gratificación (véanse, entre otros muchos, los fallos números 306, de las 10:00 horas del 16 de diciembre de 1998; 896, de las 10:10 horas del 20 de octubre; 1021, de las 14:20 horas del 21 de diciembre, ambos del 2000; y, 894, de las 10:15 horas del 27 de*

octubre del 2004), pero también ha considerado como onerosas todas aquella sumas concedidas en relación con la productividad (véase la sentencia número 408, de las 15:10 horas del 16 de agosto del 2002, entre otras).

De conformidad con la resolución anterior, se puede inferir que cuando las bonificaciones o gratificaciones, establecidas de forma expresa o tácita, por acuerdo de partes o por costumbre de la empresa, presentan características como la habitualidad, la generalidad y la periodicidad, estas pierden su naturaleza gratuita o voluntaria, provocando con ello que éstas se tengan por incorporadas para todos los efectos legales como salario. Asimismo, de conformidad con la resolución número 225-2002, de las diez horas con diez minutos, del día catorce de mayo del año dos mil dos, emitida por dicha Sala Segunda, otros elementos que otorgan la característica de Salario a la Bonificación, se expresan a través del desempeño o la productividad del trabajador. De esa manera las únicas bonificaciones o gratificaciones que no formarían parte del salario serían aquellas que fuesen abonadas de forma ocasional y por mera liberalidad del patrono; siendo estas otorgadas a título gracioso y no por razón del contrato de trabajo.

SOBRE EL PREAVISO.

Para un adecuado tratamiento del tema referente al preaviso, se considera pertinente en primer término analizar la naturaleza que comprende ésta figura jurídica.

Al respecto, el tratadista Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico de Derecho Usual, define que:

“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.”

De lo anterior, se puede inferir entonces, que el preaviso es la garantía de tiempo efectivo de trabajo con la 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 28, al ser que en éste se indica que:

“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:

- 1. Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, con un mínimo de una semana de anticipación.*
- 2. 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*
- 3. 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 hiciera 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.”

Respecto al pago del preaviso, el artículo 28 del Código de Trabajo 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.

Asimismo, debemos de indicar que para los efectos del cálculo del preaviso lo aplicable es lo indicado en el artículo 30 del Código de Trabajo, el cual dispone que:

“Artículo 30.- El preaviso y la cesantía se regirán por las siguientes reglas comunes:

- a) (...).*
- b) La indemnización que corresponda se calculará tomando como base el promedio de salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato, o fracción de tiempo menor si no hubiere ajustado dicho término.”*

Así las cosas, para calcular el preaviso se requiere aplicar la regla común de tomar como base el promedio de los salarios devengados en los últimos seis meses o fracción de tiempo menor que haya tenido de vigencia el contrato de trabajo.

SOBRE LA 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 Trabajador, la cual además de generar cambios en la legislación laboral, creó un sistema de protección social paralelo al sistema de pensiones actual.

El pago del auxilio de cesantía se hará de acuerdo con la redacción del artículo 29 del Código de Trabajo, siendo de importancia aclarar 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.

La forma de calcular el pago del auxilio de cesantía, se realiza de la siguiente manera:

1. Sumatoria de los últimos salarios recibidos por el trabajador durante los últimos seis meses de la relación laboral (incluyendo extras, comisiones, bonificaciones, etc.).
2. El resultado anterior se divide entre 6 para obtener un promedio de salario mensual.
3. Para saber el valor del día se divide el resultado anterior entre 30 si el pago es mensual o quincenal, y entre 26 si el pago es semanal.
4. El resultado se multiplica por el número de días de salario a pagar según el inciso que le corresponda del artículo 29 del Código de Trabajo, el total será el monto por concepto de cesantía.

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 computo 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.

Por último y no por ello menos importante, resulta menester traer a colación dentro del tema del cesantía, que las incapacidades por enfermedad constituyen una causa de suspensión de los contratos de trabajo; por lo cual para los efectos del cálculo de la cesantía, si al contar seis meses hacia atrás desde la fecha de terminación de la relación laboral se encuentra algún período de incapacidad por enfermedad, este tiempo debe excluirse pues no se deben tomar en cuenta para el cálculo los subsidios recibidos durante las incapacidades; debiendo tomarse en consideración los días anteriores al inicio de la incapacidad.

SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE SALARIO DEVENGADO Y PERCIBIDO PARA EFECTOS DE CALCULO DE PRESTACIONES LABORALES.

El cálculo del preaviso y auxilio de cesantía se debe realizar con base en los “salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato; de conformidad con lo estipulado en el inciso b) del artículo 30 del Código de Trabajo.

Para efectos de tomar en cuenta los salarios que cita la norma, debemos de distinguir primeramente entre lo que se entiende por salario *“devengado”* y salario *“percibido”*; para ello nos remitiremos a las definiciones doctrinarias que ha expuesto el Maestro Guillermo Cabanellas:

“DEVENGAR: Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios prestados u otros títulos...”¹

“PERCIBIR: Recibir algo.”²

“PERCIBO: Acción o efecto de percibir materialmente una cosa y enterarse de ella.”³

¹ Cabanellas, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual”. Tomo I. Ediciones Arayú. Argentina. Pág. 704

² Op. cit, Tomo I, pág. 133.

³ Op. cit. Tomo I, pág. 133.

Con base en las definiciones anteriores podemos observar con claridad que existe diferencia entre lo devengado y lo percibido, el primero no significa recibir materialmente una cosa, sino que depende de la adquisición de un derecho independientemente de la fecha en la que lo recibe realmente; por su parte el percibir es equivalente a recibir materialmente, efectivamente, realmente, aún aquellos derechos devengados en fechas anteriores a la que se recibe.

Para mayor abundamiento sobre el tema que nos ocupa, resulta importante la distinción que han hecho nuestros Tribunales de Justicia, en la cual se cita también al tratadista Cabanellas, veamos:

“Ahora bien, examinado el material probatorio en autos, el suscrito considera que en efecto no existía razón alguna para tomar en cuenta los rubros concernientes a la bonificación del año mil novecientos noventa y uno, y el parqueo, para calcular las prestaciones. En cuanto al primer aspecto, debe decirse que aún cuando la citada bonificación se le pagó al actor en el mes de marzo de mil novecientos noventa y dos, este hecho no es suficiente para tenerse que tomar como un salario devengado durante los últimos seis meses de la relación laboral. Esto es así pues tal bonificación la “devengó” el actor no en marzo de aquel año, sino más bien en el año mil novecientos noventa y uno. Debe tenerse en cuenta que el término “devengar” que contempla el artículo 30 de nuestro Código Laboral, no es sinónimo de percibir. Devengar, según el autorizado criterio del jurista Guillermo Cabanellas, significa: “Hacer una alguna cosa suya mereciéndola, adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos...”. De allí se deduce que en realidad se devenga cuando se adquiere el derecho, no cuando se recibe el pago. Este criterio queda aún más claro luego de reparar en el concepto “Devengo”, el cual según el tratadista citado significa: “Cantidad o suma devengada, la que ha sido ganada o corresponde, aún cuando no se haya cobrado o recibido” (Véase así Diccionario Jurídico de Cabanellas, Tomo III, p. 233). Por eso entonces, la realidad es que el aquí actor no devengó la suma correspondiente a la bonificación del año mil novecientos noventa y uno en el mes de marzo citado. Por eso no

correspondía serle tomado para el cálculo de sus prestaciones.”⁴

SOBRE EL CASO CONCRETO.

Respecto del tratamiento de las bonificaciones en el pago del preaviso y la cesantía, debemos de indicarle que así como le fue referido en su oportunidad vía correo electrónico, las bonificaciones constituyen un salario que es percibido en conjunto con el principal, el cual puede ser percibido de forma excepcional o habitual, constituyendo un rubro salarial que el trabajador adquiere de forma concomitante con su salario ordinario, por lo cual y al tomarse en consideración para el cálculo de la liquidación tanto los salarios ordinarios como los extraordinarios que haya devengado el trabajador durante los seis meses anteriores a la terminación de la relación laboral, es que las bonificaciones que se hayan devengado dentro de dicho periodo, deben a su vez de tomarse en consideración; dado que sobre ellas se habría adquirido el derecho a percibir una retribución por el trabajo prestado.

Se debe agregar que si en el tanto su persona percibía dos tipos de bonificaciones, una otorgada de forma anual por parte del patrono, y otra de forma trimestral por concepto del proyecto que encontraba asignado; ambas bonificaciones deben de serle tomadas en consideración al momento de realizarse el cálculo de su liquidación, dado que como indicamos estos rubros constituyen un salario extraordinario que percibe el trabajador; pero la proporción que abarcarían será la correspondiente a lo devengado durante los últimos seis meses de labores, con lo cual podemos referir, sin entrar a analizar con lujo de detalle su liquidación, que por ejemplo las bonificaciones pagadas en el mes de octubre del 2010, no resultarían de aplicación en el cómputo de su liquidación, dado que estas se devengaron y fueron pagadas mucho antes de los últimos seis meses de labores.

Asimismo, debemos de indicar y aclarar con las disculpas del caso, que ésta Dirección de

⁴ Sentencia de Primera instancia N° 130 del Juzgado Primero de Trabajo de San José, de las once horas del 13 de febrero de 1995.

Asuntos Jurídicos, no es competente para revisar cálculos de liquidaciones, dado que para ello se encuentra el Departamento de Relaciones de Trabajo de éste Ministerio, o bien la Inspección de Trabajo, por lo cual se le insta para que acuda ante dichas dependencias, en donde con gusto podrán revisarle el cálculo de su liquidación o bien realizarle uno nuevo con base en la información que su persona aporte.

Cordialmente,

Lic. Roberto Pacheco Muñoz.

Asesor.

Licda. Ivania Barrantes Venegas

Subdirectora.

RPM./Isr
Ampo.20A