

DAJ-AE- 195-09
8 de diciembre del 2009

Señora
Rosibel Corrales Harley
Presidenta
Sociedad del Socorro Mutuo de Empleados Activos y Pensionados
De Comunicaciones
PRESENTE

Estimada señora:

En atención a su consulta recibida en esta Dirección el día 22 de setiembre de 2009, mediante la cual nos comenta sobre el caso de una funcionaria a la cual se le ha venido liquidando todos los años sus prestaciones laborales y se le ha contratado nuevamente. Adicionalmente nos comenta que dicha funcionaria se encuentra incapacitada desde el 30 de junio y hasta el 29 de diciembre de este año, por lo que consulta sobre la posibilidad de despedirla al vencimiento de la misma, y en forma general sobre el tope de pago de la cesantía para futuras contrataciones.

De previo a dar respuesta sobre sus preguntas, nos permitimos realizar las siguientes consideraciones sobre algunos temas específicos para una mejor comprensión de los mismos, en los siguientes términos:

A) Sobre la estabilidad y antigüedad de los trabajadores (as):

El tema de la antigüedad es importante para el desempeño laboral del trabajador (ra), siendo el punto medular la continuidad de la prestación de los servicios para un mismo patrono. Al respecto la Sala Segunda ha manifestado:

"Como lo explica PLÁ: "El transcurso del tiempo durante el cual una persona trabaja no es indiferente para el derecho: genera una serie de beneficios para el trabajador tanto durante el desarrollo del contrato como a su término. Esa duración del trabajo es lo que se suele llamar antigüedad del trabajador. Ha sido definida por Deveali como la duración del servicio prestado ininterrumpidamente en una empresa determinada. Riva Sanseverino la describe como un estado de hecho del cual derivan para el trabajador derechos particulares..." (PLÁ

RODRÍGUEZ (Américo), Curso de Derecho Laboral , Tomo II, Volumen I, Editorial Idea S.R.L., Montevideo, 1987, p.p. 219 y 225.” 1

En atención a lo antes señalado, resulta obligatorio para el patrono respetar los años laborados por sus trabajadores (as), así como los derechos que de su antigüedad se derivan, independientemente de que se trate de un contrato por tiempo definido, o que se liquide todos los años a la persona trabajadora.

B) Sobre el pago del auxilio de cesantía:

El pago del auxilio de cesantía, conforme lo dispone el Código de Trabajo, procede en aquellos casos en que se rompe el contrato con responsabilidad patronal, de conformidad con el artículo 85 del Código de Trabajo, así como en los otros casos previstos por los artículos 33, 80 y 83 del mismo Código.

Según lo dispone el artículo 29, el pago del auxilio de cesantía tiene un tope de ocho años, o sea, que al darse el rompimiento de la relación laboral en los supuestos que indica el mismo, el patrono se verá en la obligación de hacer el pago de cesantía a razón de un mes de salario por cada año laborado.

Esta situación, sin embargo, constituye un mínimo para los trabajadores, de tal suerte que el patrono que considere ampliar dicho límite en favor de sus trabajadores, —como es el caso de la empresa que usted dirige en su condición de Presidenta— está en la posibilidad de hacerlo, toda vez que constituye un beneficio mayor que el que establece la legislación.

Este ha sido precisamente el razonamiento de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, considerando además que si bien el auxilio de cesantía es una expectativa de derechos, si el patrono aplica el pago anual, lo hace voluntariamente, convirtiendo así este concepto en un derecho real para los trabajadores. Al respecto, ha afirmado lo que el siguiente extracto ilustra.

"...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. Consecuentemente, si bien el reconocimiento y liquidación anticipados y en

¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 193 de las 10 horas del 28 de marzo de 2001.

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. " 2

De este modo, el criterio de la jurisprudencia es que, si el patrono otorga pagos parciales de cesantía, lo hace de buena fe y por tanto se tiene como buen pago, y, por otra parte, el trabajador lo recibe conforme y también de buena fe, considerando que no es un pago que le correspondía en esas circunstancias y momento. Por esta razón no se justificaría que una vez finalizado el contrato de trabajo, el patrono tuviera que repetir lo pagado, en el sentido de que tuviera que actualizar el cálculo conforme el último salario y pagar alguna diferencia. Más bien, consideran los Tribunales que se debe reconocer únicamente aquella suma que corresponda al tiempo laborado, después de efectuado el último pago parcial de cesantía, pero sin asumir que se perdió la antigüedad al momento de hacer los pagos. De esta manera lo ha analizado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, según se desprende del siguiente extracto:

"Mientras no se extinga la relación, los empleados tienen tan solo una expectativa de derecho a la cesantía; de ahí que, a la Sala no le cabe la menor duda de que las cláusulas contractuales o incluso la simple práctica patronal, de pagarla anualmente, de ninguna manera puede tildarse como ilegal. Tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia, de esa manera se convierte aquella simple expectativa de derecho en un derecho real, pagadero con independencia del motivo del cese de la relación e incluso con rompimiento del tope de ocho años dispuesto legalmente; aspectos todos que evidentemente favorecen los intereses de los empleados. "3

En este sentido, el hecho de que un patrono opte por pagar la 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.

Así las cosas, el adelanto del pago de cesantía no se considera de modo alguno un rompimiento de la relación laboral, salvo que se tenga la intención de hacerlo, en cuyo caso, deberán cancelarse los demás derechos que correspondan al tipo de despido, es decir que si se trata de un despido con responsabilidad patronal, se le tendría que

² Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 2003-00384, de las 10:40 del 30 de julio del 2003.

³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 2003-00006, de 09:30 del 22 de enero de 2003.

cancelar, preaviso, vacaciones y aguinaldo. Si el despido es sin responsabilidad patronal, lo ya pagado en años anteriores de cesantía, se tendría como buen pago y solo correspondería liquidarle además vacaciones y aguinaldo.

En ese sentido, no existe disposición legal que obligue al patrono a realizar pagos parciales de auxilio de cesantía a sus empleados, por lo que tampoco hay regulación sobre el modo de pago. Es a partir de la aplicación reiterada de esta práctica, por parte de las empresas, que los Tribunales se dieron a la tarea de establecer algunos criterios que permiten identificar el procedimiento aplicable para el **pago parcial o adelanto del auxilio de cesantía**.

En un principio, los Tribunales aceptaban la práctica de que el patrono pagara parcialmente el auxilio de cesantía a sus empleados cada año, de manera tal, que al momento de la liquidación final del empleado, se le pagaba la diferencia, conforme al tiempo laborado, y tomando en cuenta los últimos incrementos salariales⁴.

En virtud del criterio jurisprudencial actual, se considera que si el patrono otorga pagos parciales de cesantía, debe considerarse que lo ha hecho de buena fe y por tanto se tiene como buen pago, al igual que el trabajador que lo recibe lo hace de buena fe. Por esta razón no se justificaría que una vez finalizado el contrato de trabajo, el patrono tuviera que repetir lo pagado, en el sentido de que tuviera que pagar la diferencia resultante de los últimos incrementos salariales en relación con los años laborados por el trabajador, es decir, actualizar el cálculo, mas bien, consideran los Tribunales que se deberá reconocer únicamente aquella suma que corresponda al tiempo laborado, después de efectuado el último pago parcial de cesantía⁵.

Es importante recalcar que no existe disposición legal alguna que ampare dicho procedimiento y por ello, los Tribunales pueden, posteriormente, variar los criterios sustentados hoy día, lo anterior en razón de que la jurisprudencia judicial, no constituye una fuente formal de derecho, sino una muy endeble para lo que aquí nos interesa.

C) Posibilidad de despedir a una funcionaria que se encuentra incapacitada:

Al respecto, cabe señalarse que no existe un impedimento legal para que el patrono pueda despedir a un trabajador (a) durante la vigencia de una incapacidad, siempre que exista una causa justa y objetiva que justifique dicho acto, según lo establecido por el artículo 81 del Código de Trabajo. En defecto de lo anterior, si es por voluntad del patrono, tiene la obligación de cancelar la totalidad de las prestaciones laborales, es decir, en el caso de un

⁴ Ver en este sentido la sentencia del Tribunal Superior de trabajo número 1651 de las 9:25 hrs. del 07 de diciembre de 1983.

⁵ Ver en este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Trabajo, número 772 de las 14:35 hrs. del 28 de junio de 1984.

despido con responsabilidad laboral, de conformidad con el inciso d) del artículo 85 del Código de Trabajo.

La jurisprudencia ha sido conteste en afirmar que la incapacidad no es una causa interruptora de la prescripción de la potestad disciplinaria, lo cual es acorde con los supuestos antes indicados.

Lo anterior con la salvedad de que se trate de una incapacidad por maternidad, situación frente a la cual el patrono se ve obligado a cumplir con el procedimiento establecido al efecto en el Código de Trabajo, concretamente en el artículo 94, y siguientes.

En ese sentido, y según se desprende de los artículos anteriores, queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 81 del Código. En ese caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y así comprobar la existencia de dicha falta.

D) Sobre sus consultas:

- i. Sobre si hay que cancelar algún monto por prestaciones, si se decidiera despedir a la trabajadora, o como usted lo plantea, no contar con los servicios de la trabajadora que se encuentra incapacitada, evidentemente es obligación del patrono cancelar los montos correspondientes a las prestaciones laborales: aguinaldo, vacaciones, cesantía y preaviso. En el caso concreto que usted plantea, en virtud del pago anual por concepto de cesantía que se le ha venido pagando a la trabajadora, se le debe cancelar el monto correspondiente al último año laborado, así como cualquier otra diferencia que se le adeude.
- ii. En caso de que se decida dar por terminado el contrato de trabajo con la trabajadora a partir del vencimiento de la incapacidad, a saber el próximo 29 de diciembre de 2009, es irrelevante que presente una nueva incapacidad, puesto que a ésta se antepone la facultad otorgada al patrono, por el artículo 85 del Código de Trabajo, de despedir sin que exista causal alguna, siempre y cuando, se le cancele lo correspondiente a las prestaciones laborales por motivo de despido con responsabilidad laboral. En caso de existir causa justa, procedería el despido sin responsabilidad laboral, de conformidad con el artículo 81 del Código de Trabajo, como se explicó supra, debiendo pagar únicamente vacaciones y aguinaldo
- iii. Para futuras contrataciones, en relación con el tope de cesantía deben estarse a lo dispuesto por la legislación vigente, concretamente a lo establecido por el artículo 29 del Código de Trabajo, el cual indica que en

ningún caso se debe indemnizar más de los últimos ocho años. Entendido esto en el supuesto de que se trata de una expectativa de derecho que el trabajador espera recibir en caso de terminación de su contrato de trabajo. Siendo diferente el caso de las empresas que deciden liquidar a sus trabajadores todos los años, puesto que la jurisprudencia lo ha entendido como que el patrono realiza buen pago y de buena fe, y que de igual forma el trabajador lo recibe en esta forma, como pareciera ser el caso que nos plantea de su empresa. Bajo este supuesto, el patrono realiza dichos pagos en forma voluntaria, creando un derecho para el trabajador de seguir percibiendo ese rubro, sin perder el derecho a la antigüedad adquirida.

De Usted, con toda consideración,

Licda. Marisol Bolaños Gudiño
ASESORA

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
JEFE a.i.

MBG/lsr