

DAJ-AE-69 -10  
19 de marzo de 2010

Señor  
Miguel Ángel Coll Ugarte  
Primer Secretario  
Embajada de Chile  
Presente

Estimado señor:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 20 de mayo del año 2009, mediante la cual nos solicita se le brinde la estimación de derechos laborales que le corresponde a un empleado y además nos consulta si se le puede exigir preaviso a un empleado que se va a jubilar.

Sobre el particular debemos indicarle que nos referiremos únicamente al punto del preaviso, pues su consulta acerca del cálculo de derechos laborales puede ser evacuada, de manera personal, en el Departamento de Relaciones Laborales de este Ministerio.

### **El preaviso**

Al efecto, el tratadista Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico de Derecho Usual, establece:

*“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 salvaguardia de sus respectivos intereses”.*

Es decir, que *el preaviso* es la garantía de tiempo efectivo de trabajo con 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.

El Código de Trabajo en su artículo 28, respecto a la figura del preaviso dice:

*"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:*

- a) Después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, con un mínimo de una semana de anticipación;*
- b) 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*
- c) 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 hiciere ante dos testigos; y pueden 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." (El subrayado es nuestro)*

El Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela, de la Corte Suprema de Justicia, emitió la resolución N° 1083 de las 17:06 horas del 22 de julio de mil novecientos setenta y cuatro, que pese a su antigüedad, sigue estando vigente en cuanto al preaviso en caso de disolución del contrato de trabajo, al resolver:

*"Siempre que el contrato de trabajo se disuelva por voluntad unilateral de una de las partes, la otra tiene derecho a recibir el aviso previo de esa decisión, y éste se da no solo en beneficio del trabajador que quedará cesante, sino como medida supletoria destinada a proteger los intereses de la producción, evitando el desempleo y el atascamiento en las empresas, por lo que el*

*preaviso debe ser satisfecho en tiempo y sólo subsidiariamente en dinero, o dicho de otro modo, en salario y eventualmente indemnización". (El subrayado es nuestro)*

De la disposición y resolución legales supra transcritas se desprende en forma clara que la obligación de una de las partes del contrato de trabajo respecto de la otra, de otorgar el preaviso, se da en tanto la disolución del contrato responda a una decisión unilateral, sea, imputable sólo a una de las partes, sin mediar una causa justa, situación que evidentemente en la especie no opera, dado que *la ruptura del contrato por motivo de acogerse al beneficio de pensión o jubilación, no le es imputable a ninguna de ellas, y por consiguiente, no existirá obligación de ninguna de las partes de conceder el preaviso a la otra.*

Asimismo la duda de la incorporación del preaviso en las prestaciones legales que se le deben pagar al trabajador que se pensiona, surge cuando se lee el artículo 85 del Código de Trabajo, el cual establece:

*"Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales: (...)*

*e) Cuando el trabajador se acoja a los beneficios de jubilación, pensión de vejez, muerte o de retiro, concedidas por la Caja Costarricense de Seguro Social, o por los diversos sistemas de pensiones de los Poderes del Estado, por el Tribunal Supremo de Elecciones, por las instituciones autónomas, semiautónomas y de las municipalidades."*

No obstante, en la interpretación auténtica del artículo 29 del Código de Trabajo, en relación con lo establecido en el artículo 85 se establece:

*"...en el sentido de que los trabajadores que se acojan —aún voluntariamente— a jubilación, pensión de vejez, muerte o de retiro, concedidas por la Caja Costarricense de Seguro Social o por diversos sistemas de pensiones de los Poderes del Estado, por el Tribunal Supremo de Elecciones, por las instituciones autónomas, semiautónomas, y las municipalidades, tienen derecho a que el patrono les pague el auxilio de cesantía."*

Debe quedar claro, que el preaviso no está contemplado dentro del derecho de pago de prestaciones establecido en el artículo 85, inciso e) supra citado, dado el carácter indemnizatorio del mismo en circunstancias de despido sin justa causa como antes se mencionó.

A mayor abundancia, se transcribe parte de la Resolución No. 2003-00280, dictada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las diez horas veinte minutos del dieciocho de junio de dos mil tres (Exp: 99-001134-0166-LA):

*“... el numeral 85 del Código de Trabajo, ... establece que “son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales: / ... e) Cuando el trabajador se acoja a los beneficios de jubilación...” De conformidad con la norma, se exige de responsabilidad al trabajador, por las obligaciones que pudieran corresponderle, con ocasiones de la finalización de la relación de trabajo (de servicio, en este caso). **Esta norma, en relación con el numeral 28 citado, lleva a la conclusión de que cuando sea el trabajador (servidor) quien ponga término a la relación, por acogerse a su jubilación, está exento de conceder (o subsidiariamente de pagar) el preaviso.** Pues, como se vio, la obligación de conceder este plazo recae respecto de la parte que pretende ponerle fin a la relación jurídica laboral (o de servicio) que los vincula. En atención a la naturaleza misma de esa concreta figura jurídica y de conformidad con el texto expreso de la norma, en un caso como el que se conoce, el pago del preaviso, a favor de los servidores, resulta del todo improcedente. En cuanto a la naturaleza, porque como se indicó, la finalidad del preaviso, dispuesto a favor del trabajador, es que no sea desprovisto, de un momento a otro, de la que normalmente es la única fuente de ingreso, indispensable para enfrentar sus necesidades personales y / o familiares con dignidad. En el caso concreto no se está en presencia de un supuesto semejante; pues los accionantes comenzarían a percibir la prestación sustitutoria del salario, cual es, en este caso, la pensión. Luego, si la relación de servicio concluiría por sus iniciativas, para acogerse a la jubilación, la norma más bien, lo que hace es eximirlos de responsabilidad; y, entonces, ante esa iniciativa, aparentemente sin causa alguna, no los obliga a cumplir con la obligación que deriva del artículo 28 relacionado.” (el resaltado no es del original).*



MINISTERIO DE TRABAJO Y  
SEGURIDAD SOCIAL

**DAE**

**ASESORIA EXTERNA**  
**DIRECCIÓN ASUNTOS JURÍDICOS**

---

Así las cosas, con fundamento en las argumentaciones de hecho y de derecho esbozadas, hemos de señalar que si el trabajador se acoge al beneficio de jubilación de algún régimen, no le corresponde al trabajador conceder a su patrono el preaviso ni a este exigírselo, como tampoco corresponde a su patrono reconocerle al trabajador suma alguna por este concepto, sino solo el auxilio de cesantía y demás extremos que por ley le corresponden, como lo son: las vacaciones y el aguinaldo.

Atentamente,

Licda. Shirley Bonilla Guzmán  
**Asesora**

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez  
**Jefe a.i.**

SBG/lsr  
Ampo 20 F)