

**C-108-2007**

**10 de abril de 2007**

**Señor**

**Francisco Morales Hernández**

**Ministro de Trabajo**

**Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**

**S. O.**

**Estimado señor:**

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento DMT-0337-2007 del 5 de marzo del 2007, en el cual solicita el criterio de este órgano Asesor sobre los alcances del artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo. Específicamente se requiere de nuestro criterio en relación con lo siguiente:

*"1. -¿Cuál es la correcta interpretación que debe darse al artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, que permite el reingreso a la Administración Pública de los servidores públicos a cambio de la devolución de las prestaciones legales pagadas?"*

*2.-*

*De conformidad con el artículo 586 del Código de Trabajo ¿cuánto tiempo puede permanecer cesante un servidor público para que se opere la ruptura de la relación laboral?*

*3- ¿Qué naturaleza jurídica tienen los salarios a que hace referencia el artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, que corresponden a la suma que se reserva el funcionario de las prestaciones legales por el tiempo que permaneció cesante?*

*4.-*

*En el caso de un servidor público que es cesado y reingresa a la Administración, ¿Debe considerarse dentro del cómputo final del tiempo de servicio el lapso que permaneció cesante y que recibió sumas por concepto de “salario”?*

*5.-*

*¿Las sumas recibidas por concepto de “salario” que se reserva el funcionario, se rebajarán o afectarán de alguna manera el monto por concepto de auxilio de cesantía, que recibiría el trabajador en caso de ser cesado temporalmente?”*

Junto con dicho oficio se adjunta el criterio de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, emitido mediante oficio DAJ-D-024 del 01 de marzo del 2007, en el que se concluye lo siguiente:

*“Considera esta Asesoría jurídica, que las sumas de “salario” que refiere el artículo en estudio, no corresponden a la figura que tradicionalmente se considera como salario, pues en ese lapso no hubo prestación de servicios. En este caso lo que opera es el pago de una indemnización por despido de que fue objeto, que necesariamente se debe reducir al tiempo que el trabajador permaneció cesante, pues de lo contrario habría duplicidad de pago a cargo del Tesoro Público. Es decir, que estamos hablando de un pago de cesantía interrumpido, tal como lo concibe el artículo 29 del Código de Trabajo...*

*Ahora bien, la indemnización citada debe considerarse como un adelanto de cesantía, pues la norma hace una relación directa entre la suma que el trabajador se reserva contra el tiempo que permaneció cesante, lo cual nos evidencia, que operó un adelanto de cesantía, que al finalizarse definitivamente la relación laboral, debe deducirse del monto total de cesantía a cancelar...*

*Debe tenerse presente que los pagos anticipados de cesantía no conllevan la conclusión del contrato de trabajo o relación laboral, por cuanto deben permanecer incólumes los derechos adquiridos durante la relación laboral que ofrezcan un mayor beneficio para los trabajadores, con relación a aquellos que simplemente se apeguen a regulaciones legales o reglamentarias, sea*

*preaviso, vacaciones, aguinaldo, anualidades, etc. Por otro lado, el trabajador que recibe la cesantía en forma parcial, no puede ser sometido a un nuevo periodo de prueba, pues la relación laboral continúa...*

*Finalmente, concluimos indicando que la figura de la continuidad laboral en el sector público y la determinación de la ruptura del contrato de trabajo de los servidores públicos, está estrechamente relacionada con la interpretación que debe darse del artículo 586 del Código de Trabajo. De tal manera, podemos afirmar que un servidor público puede permanecer cesante hasta por un lapso de 8 meses, que es, por principio, el monto máximo que se otorga por concepto de cesantía, y transcurrido ese lapso, la relación laboral se entenderá definitivamente concluida, pues aquella obligación de devolución de prestaciones queda fenecida”*

De previo a referirnos a las preguntas formuladas, debemos advertir que hemos agrupado y modificado el orden en que las interrogantes nos fueron remitidas, en un afán de lograr una mayor claridad expositiva.

***“1. Cuál es la correcta interpretación que debe darse al artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, que permite el reingreso a la Administración Pública de los servidores públicos a cambio de la devolución de las prestaciones legales pagadas? “***

Nos consulta el Ministerio de Trabajo sobre la correcta interpretación que debe darse al artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, por lo que procederemos a transcribir el artículo para facilitar su análisis. Señala la norma, en lo que interesa, lo siguiente:

*“b. Los servidores que se acojan a los beneficios de este artículo no podrán ocupar cargos remunerados en ninguna dependencia del Estado, durante un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía. Si dentro de ese lapso llegaren a aceptarlo, quedarán obligados a reintegrar al Tesoro Público las sumas percibidas por ese concepto, deduciendo aquellas que representen los salarios que habrían devengado durante el término que permanecieron cesantes. “*

Este inciso fue incorporado al texto original del artículo 579 (que corresponde al actual 586), con la finalidad de proteger a los trabajadores

estatales a fin de que pudiera serles reconocido el auxilio de cesantía cuando el contrato de trabajo finalizara con responsabilidad patronal. Al respecto, en la nota de remisión del proyecto de ley se señaló:

*“Como el próximo ocho de mayo vencerá el plazo que se señala a la vigencia de la Ley No. 2206 de 30 de abril de 1958, para que los militares y otros servidores públicos se acojan a los beneficios del auxilio de cesantía por ella estipulados, el Poder Ejecutivo, con el deseo de normalizar definitivamente la situación legal de los mismos, en lo que se refiere al pago de las prestaciones previstas por los artículos 28, 29 y 37 del Código de Trabajo, ha creído conveniente enviar a consideración de la Cámara Legislativa el proyecto de ley que luego incluye.*

*Se ha preferido incorporar el texto que el proyecto de ley contempla en el propio Código de Trabajo, por la vía de reforma al artículo 579, con el propósito de que las garantías otorgadas en beneficio de los servidores a que el mismo se refiere, queden incluidas en forma permanente dentro del citado cuerpo de leyes...”* (Expediente Legislativo número 2344, pag. 2)

Adicionalmente, tanto la jurisprudencia de esta Procuraduría como de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, han señalado que la devolución de la indemnización recibida como auxilio de cesantía tiene por finalidad evitar un enriquecimiento sin causa del funcionario que ha sido recontratado por el Estado.

*“ Aplicando el marco conceptual que emplea la Sala a este asunto, tenemos que ciertamente lo pretendido por la norma es legítimo, porque ordena al ex servidor empleado nuevamente por el Estado, la devolución de parte de lo percibido por el mismo Estado en su calidad de patrono, por concepto de auxilio de cesantía, en la parte que corresponde al tiempo en que el servidor ya no está cesante, por haber recuperado su condición de asalariado público. De forma que, contrario a lo que afirma el accionante, el mecanismo cuestionado no está prohibido por el artículo 63 constitucional, que lo que prevé es el auxilio de cesantía o indemnización a favor del trabajador despedido, para el período de desocupación. También resulta legítima la norma cuestionada porque es una disposición que integra el Código de Trabajo, que tiene rango legal. En cuanto al examen de idoneidad, la medida dispuesta en el artículo cuestionado resulta apta para alcanzar el objetivo fijado, pues al convertirse el servidor despedido nuevamente en asalariado del Estado, desaparece la justificación de la indemnización por auxilio de cesantía. Véase que el fin de la indemnización es proteger al trabajador cesante como consecuencia del despido injustificado, situación que desaparece cuando se hace acreedor del salario, a cargo del mismo Estado patrono. A lo anterior se agrega que resulta incompatible percibir a cargo del mismo patrono, el monto por salario y a la*

vez por auxilio de cesantía correspondientes ambos rubros al mismo período.  
\_Tal práctica no sólo resultaría desmedida sino que desnaturalizaría el sentido de la indemnización por cesantía, que como se dijo extiende la protección durante el tiempo que efectivamente estuvo cesante el servidor. Debe quedar claro que la norma cuestionada impone únicamente la obligación de reintegrar al Tesoro Público las sumas percibidas por concepto de cesantía, las que no incluyen los salarios que habría devengado durante el término por ese concepto en que sí permaneció cesante, lo que elimina toda amenaza al derecho constitucional a la indemnización por despido sin justa causa. Ahora bien, en el mismo sentido que expresan los informantes, la Sala estima que la norma se ajusta al criterio de necesidad explicado, pues la adopción del mecanismo de devolución de parte de lo percibido por concepto de indemnización evita el enriquecimiento sin causa de una de las partes de la relación, en este caso del servidor público, que al ser contratado nuevamente por el Estado, pierde la condición de cesante y se convierte en asalariado."  
(Sala Constitucional, resolución 7180-2005 de las quince horas con cuatro minutos del ocho de junio del dos mil cinco, el subrayado no es del original)

De la extensa cita es posible concluir que el trabajador estatal tendrá derecho al auxilio de cesantía cuando sea despedido sin justa causa por el Estado, siendo que si es recontratado por el mismo patrono, por mandato legal se encuentra obligado a devolver las sumas recibidas por concepto de auxilio de cesantía, descontando de esas sumas el equivalente a los salarios que hubiera devengado durante el tiempo que estuvo cesante.

Como lo señaló la Sala Constitucional, si bien el artículo 63 de la Constitución Política establece un derecho al auxilio de cesantía, también es cierto que ese derecho no es irrestricto, sino que debe ejercerse "*bajo las condiciones y limitaciones que establece la ley*". Para el caso de los trabajadores públicos, las condiciones y limitaciones para el ejercicio del derecho al auxilio de cesantía se encuentran establecidas en el artículo 586 del Código de Trabajo y, por lo tanto, solo se permitirá el pago de las llamadas prestaciones legales cuando el trabajador se encuentre efectivamente desempleado por parte del Estado, por lo que si esa condición no se da o desaparece, debe entenderse que desaparece el supuesto de hecho que permitía el pago del auxilio de cesantía.

Bajo esta misma línea de pensamiento, debe señalarse que al finalizar la segunda relación de empleo, sólo se podría generar el derecho a percibir el auxilio de cesantía en aquellos casos en que dicho pago fuese posible, según la normativa que regula esta segunda relación.

Ahora bien, la obligación de devolución de los dineros recibidos por concepto de auxilio de cesantía resulta de aplicación tanto si la nueva relación es a plazo fijo como a plazo indefinido, por cuanto la norma no hace diferencia en atención al tipo de relación laboral que ostenta el trabajador que reingresa al servicio del Estado.

Por otra parte, en lo que respecta a los funcionarios a quienes se les aplica esta prohibición de reingreso, la Procuraduría ha sido de la tesis de que el artículo 586 inciso b) resulta de aplicación a todos los trabajadores del Estado y sus instituciones. En efecto, el artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo contiene una norma general que debe ser aplicada dentro del ámbito definido por el Capítulo Único del Título VIII de aquel cuerpo normativo, y que está referido a las *“Disposiciones especiales para los servidores del Estado y de sus Instituciones”*, por lo que el ámbito de aplicación de la norma será el trabajador del Estado y sus Instituciones, entendido como el servidor que *“preste a aquél (Estado) o a éstas (sus Instituciones) un servicio material; intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento que le fuere expedido por autoridad o funcionario competente, o por el hecho de figurar en las listas de presupuestos o en los pagos por planillas. Cualquiera de estas últimas circunstancias sustituye, para todos los efectos legales, al contrato escrito de trabajo.”* (artículo 585 del Código de Trabajo, lo escrito entre paréntesis no es del original).

**2. De conformidad con el artículo 586 del Código de Trabajo ¿cuánto tiempo puede permanecer cesante un servidor público para que se opere la ruptura de la relación laboral? 4.-**

***En el caso de un servidor público que es cesado y reingresa a la Administración, ¿Debe considerarse dentro del cómputo final del tiempo de servicio el lapso que permaneció cesante y que recibió sumas por concepto de “salario”? 5.-***

***¿Las sumas recibidas por concepto de “salario” que se reserva el funcionario, se rebajarán o afectarán de alguna manera el monto por concepto de auxilio de cesantía, que recibiría el trabajador en caso de ser cesado temporalmente?”***

Entendemos de la pregunta realizada que se está consultando sobre el tiempo que debe permanecer cesante el trabajador para considerar que la relación de empleo público terminó, toda vez que de conformidad con la interpretación realizada por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en aquellos casos en que se da un despido con responsabilidad patronal y la persona reingrese a laborar para el Estado, no se da en realidad un término en la relación laboral salvo que hayan transcurrido 8 meses -tiempo máximo que podría cancelarse al trabajador como auxilio de cesantía- entre el término de la primera relación de empleo y la segunda.

Tal y como se señaló en el apartado anterior, el artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo establece la posibilidad de pagar a los trabajadores del Estado el auxilio de cesantía cuando exista un despido sin causa. Debemos recordar que el artículo 63 de la Constitución Política señala que *“los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización, cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación”*, por lo que la cesantía constituye una indemnización que se otorga al trabajador por los inconvenientes generados al quedar sin empleo por una causa que no le resulta imputable. Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización por cesantía, la Sala Constitucional ha señalado que:

*“En cuanto a su naturaleza jurídica, la indemnización por cesantía, es compleja. Se trata de un resarcimiento de los daños causados al trabajador por la decisión patronal mediante la cual se decidió la terminación del contrato, así como la creación de un obstáculo que disuada al patrono de utilizar el despido injustificado, tratándose de mitigar el desempleo. Desde esa doble percepción, se entiende la razón por la que el Constituyente estableció como requisito para el surgimiento del derecho, que el contrato laboral terminara de forma incausada”*. (Sala Constitucional, resolución N° 643-2000 de 14:30 hrs. de 20 de enero de 2000).

Bajo esta misma línea de pensamiento, recientemente el Tribunal Constitucional ha reiterado el anterior criterio jurisprudencial, resaltando la necesidad de que exista una causa injustificada para que pueda operar la indemnización por cesantía.

*“Por otro lado, tampoco se encuentra justificación alguna para lo dispuesto en el inciso c) del artículo 161, en el tanto se permite el pago del auxilio de cesantía aun en los casos de despido con justa causa. Tal como lo dispone el numeral 63 constitucional ya comentado, la indemnización está prevista para los casos de despido sin justa causa, pues es una consecuencia lógica del rompimiento del contrato de trabajo por decisión unilateral del patrono. Sin embargo, en aquellos casos donde el rompimiento del contrato de trabajo obedece a una causa imputable al trabajador, no se justifica el pago del auxilio de cesantía, pues no existe una causa que lo legitime.”* (Sala Constitucional, resolución número 2006-17437 de las diecinueve horas treinta y cinco minutos del veintinueve de noviembre del dos mil seis)

A partir de lo expuesto, es claro para este Órgano Asesor que el artículo 586 inciso b) bajo análisis, parte del supuesto de que se ha producido un rompimiento de la relación de empleo público con responsabilidad patronal, única hipótesis en la que es posible considerar que se ha generado el derecho

al pago del auxilio de cesantía, por lo que necesariamente debemos considerar que si el trabajador reingresa al servicio del Estado, estaríamos en presencia de una nueva relación de empleo. Ahora bien, como lo indicamos líneas atrás, al rompimiento de esta segunda relación de empleo, el servidor tendrá derecho a que se le pague el auxilio de cesantía únicamente si las normas que regulan esta segunda relación permiten dicho pago, por lo que necesariamente deberán revisarse estas normas para poder resolver cada caso concreto.

Sobre el punto bajo análisis, esta Procuraduría ha señalado que:

*“A partir del anterior criterio jurisprudencial y de lo señalado en el criterio C-97-2006 de esta Procuraduría, en aquellos casos en que se de el rompimiento de la relación laboral con el pago del auxilio de cesantía y que posteriormente el trabajador sea recontratado por otro banco estatal, subsistirá la obligación del trabajador de devolver el dinero recibido por auxilio de cesantía, reduciendo al monto recibido únicamente lo correspondiente al tiempo en que el empleado estuvo cesante.*

*Aunado a lo anterior, en el supuesto bajo análisis, la jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo han interpretado el artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en el sentido de que el reconocimiento de la antigüedad afecta también el eventual derecho a auxilio de cesantía del trabajador, en caso de que la nueva relación sea terminada con responsabilidad patronal....*

*Sobre el particular, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la anterior norma resulta de aplicación a todo el Sector Público, y los efectos del reconocimiento de los años de servicio deben ser asumidos por la institución que se aprovecha de la experiencia del trabajador. Al respecto, indicó:*

*“Tampoco lleva razón la recurrente, en su afirmación de que Ley de Salarios de la Administración Pública y la Ley Número 6835 aludidas sólo se aplican a los trabajadores sujetos al Régimen del Servicio Civil. Esta última ley, al reformar el artículo 4 y adicionar un inciso d), al numeral 12 de la Ley de Salarios mencionada y disponer que derogaba toda disposición que se le oponga, extendió su aplicación a todo el Sector Público, con independencia de que los trabajadores se encuentren o no regidos por un régimen de carácter estatutario, poniéndose de manifiesto en este campo específico, en todo ese sector, la teoría del Estado como patrono único. Se debe tomar en cuenta que, con el pago de anualidades al trabajador, lo que se pretende es retribuirle la experiencia obtenida al servicio del indicado Sector, independientemente de la entidad en la que haya laborado (administración central o descentralizada) y que, lógicamente, es la persona para quien en la actualidad presta sus servicios, la que se está aprovechando de esa experiencia, por lo que es ella, como parte del Sector Público, la que debe hacer frente a la obligación*



establecida por ley. [...] Según se ha entendido, estas disposiciones vienen a poner de manifiesto la vigencia, en toda la Administración Pública, la teoría “**del Estado como patrono único**”, cuya aplicación práctica busca un propósito bien claro, cual es el de corregir la injusticia que sufrían las personas que se trasladaban a trabajar de una institución a otra, dentro de ese mismo Sector, sin derecho, por la distinción formal que se hacía, a disfrutar de los beneficios que generalmente se obtienen de la antigüedad en la prestación del servicio con un patrono, con lo que se busca evitar discriminaciones chocantes. Como es sabido, la aplicación de esta tesis ha venido dándose en forma progresiva, primero para ciertos efectos como vacaciones, jubilaciones y pensiones, cesantía, aumentos anuales, ... “ (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2001-0241 de las diez horas diez minutos del dos de mayo del año dos mil uno., lo subrayado no es del original)

*Bajo la inteligencia anterior, en el caso en que la nueva relación laboral se rompa con el surgimiento del derecho a indemnización por parte del trabajador, el cálculo para el pago del auxilio de cesantía deberá cubrir, necesariamente, el periodo anterior servido para la otra institución estatal. En la especie opera, en los términos expuestos por la Asesoría Jurídica del Banco consultante, un traslado del “pasivo laboral” de un banco a otro, es decir, al reincorporarse a trabajar con el banco en la nueva relación laboral, el trabajador tiene derecho a que se le reconozca al término de ésta nueva relación-y si es despido es con responsabilidad patronal-, el monto por concepto de auxilio de cesantía incluyendo el tiempo laborado anteriormente para el otro banco.” (C-306-2006 del 1 de agosto del 2006)*

Así, por ejemplo, supongamos que un funcionario interino es cesado en su contrato a plazo indefinido sin justa causa e inmediatamente después de su cese es reincorporado al servicio del Estado en otra relación a plazo indefinido. En estos casos, si el trabajador es cesado nuevamente con justa causa de la segunda relación de empleo, le asiste el derecho de reclamar el auxilio de cesantía, incluyendo el tiempo de servicio prestado en la primera relación de empleo. En el caso de ejemplo, el presupuesto de hecho para el pago de las prestaciones legales luego del primer cese desaparece al ser reincorporado al servicio del Estado, y por lo tanto, desaparece también la posibilidad del trabajador de cobrar ese auxilio de cesantía en ese momento –artículo 586 del Código de Trabajo-. No obstante, en aplicación de la teoría del Estado como patrono único, en nuestro ejemplo ambas relaciones de empleo deben ser computadas como una sola relación, por lo que al término con responsabilidad patronal de la segunda relación es posible contabilizar el tiempo servido en el sector público como antigüedad a efectos del cálculo del auxilio de cesantía, incluyendo por supuesto, el tiempo servido en la primera relación.

Similar situación ocurre cuando el trabajador con una relación a plazo indefinido en propiedad es nombrado en otro puesto a plazo determinado por ley. En estos casos, el funcionario por lo general solicita un permiso sin goce

de salario en su relación a plazo indefinido para ocupar el cargo a plazo definido por ley, por lo que al finalizar el plazo legal del nombramiento, el trabajador se reincorpora a su relación a plazo indefinido. Si se diera un rompimiento de la relación de empleo a plazo indefinido imputable al Estado Patrono después de su reincorporación, sí asistiría al trabajador el derecho al pago del auxilio de cesantía, por la aplicación de la teoría del Estado como Patrono Único que permitiría computar la totalidad del tiempo acumulado al servicio del Sector Público –menos la que ocupó en el cargo de periodo- para el pago del auxilio de cesantía. Otra vez, la diferencia de tratamiento se da aquí, no en razón de la aplicación del artículo 586 del Código de Trabajo que debe interpretarse en el sentido que lo hemos indicado, sino en razón de las diferencias existentes entre la relación a plazo definido por ley y los contratos a plazo indefinido.

Por último, si un trabajador con un contrato a plazo indefinido es despedido con responsabilidad patronal, se mantiene fuera del Estado por tres meses, y posteriormente es recontratado por el mismo patrono en una relación a tiempo indefinido, el trabajador se encontrará obligado a devolver el dinero recibido por concepto de auxilio de cesantía excepto el equivalente a tres meses de salario. Si la nueva relación de empleo termina con responsabilidad patronal, en aplicación del principio del Estado como Patrono Único, se deberá computar el tiempo servido con anterioridad para el Estado, menos el tiempo correspondiente a los meses que ya había recibido el auxilio de cesantía.

En este punto nos interesa hacer una precisión en cuanto al tiempo máximo del auxilio de cesantía que deben devolver los funcionarios, por cuanto en el criterio remitido se nos indica que en principio serían ocho meses, criterio que corresponde con el máximo del auxilio de cesantía establecido por el Código de Trabajo.

No obstante, debemos señalar que diversas Convenciones Colectivas suscritas por entidades públicas, ha establecido derechos de cesantía superiores al tope legal y que han sido avaladas por la Sala Constitucional que ha establecido que el rompimiento del tope del auxilio de cesantía hasta 20 años resulta ajustado al Derecho de la Constitución.

En virtud de lo expuesto, debemos entender que la devolución de los dineros debe incluir el exceso que sobre los ocho años establezcan otras normas diferentes al Código de Trabajo.

*“Como primer argumento de interés, debe tenerse en consideración que el inciso b) del numeral 586 de repetida cita, contiene un principio general, el cual podría traducirse en que debe existir una necesaria correspondencia o proporcionalidad entre el monto de la indemnización recibida por concepto del auxilio de cesantía y el tiempo en que se debe permanecer cesante.”*

*Al respecto considera este Órgano Consultivo que no existe ninguna razón válida (las que tampoco suministra esa Institución) para que dicho principio deba aplicarse en forma distinta a situaciones como la de la cesantía prevista en la convención colectiva del INCOP, donde la única diferencia existente radica en que el tope se eleva a trece meses; o sea, en que se puede recibir un monto de indemnización mayor...*

*Debe quedar claro que lo que interesa es el provecho obtenido de un número de meses mayor que, por el indicado principio de proporcionalidad, justifica también un impedimento de reingreso durante un plazo mayor. Puede entonces sostenerse válidamente que el factor “monto indemnizado” es el que resulta relevante; que para dar solución al punto en análisis, basta con recurrir a la propia letra del citado inciso b) del artículo 586, pues ésta no deja duda, ya que es muy clara y resulta suficiente para la solución al punto. Ello en cuanto expresa que quien recibió la indemnización no podrá ser nombrado en instituciones estatales “...durante un tiempo igual al representado por la suma recibida en calidad de auxilio de cesantía”. De modo que si hubo una erogación institucional mayor de ocho meses, lo lógico, justo y proporcionado es que también se deba devolver la parte indemnizada de más.”*

**3- ¿Qué naturaleza jurídica tienen los salarios a que hace referencia el artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo, que corresponden a la suma que se reserva el funcionario de las prestaciones legales por el tiempo que permaneció cesante?**

Como lo hemos reiterado, el artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo parte de la hipótesis de que el trabajador ha sido despedido con responsabilidad patronal, en cuyo caso ha recibido el pago de la indemnización por cesantía. Al establecer la obligación de devolución del dinero recibido por el reingreso al servicio del Estado, se permite al funcionario deducir de la cesantía que se devuelve, una suma que resulte equivalente a los salarios que hubiera recibido durante el tiempo que estuvo cesante.

En nuestro criterio, es evidente que el dinero que recibió el trabajador es la indemnización por auxilio de cesantía, por lo que debemos entender que la naturaleza que el dinero que el servidor retiene es el de una indemnización por despido injustificado, tal y como se analizó líneas atrás.

En efecto, a pesar de que se utiliza la palabra “salario”, en nuestro criterio es claro que el legislador echo mano de ese termino no para calificar el dinero que el trabajador retenía por el tiempo que estuvo cesante, sino que se recurre a él como un parámetro para definir cuánto dinero está obligado a devolver el trabajador.

Bajo esta inteligencia, tal y como lo señala la Dirección de Asesoría Jurídica, el dinero que el trabajador retenga que *“representen los salarios que habían devengado durante el término que permanecieron cesantes”*, tiene la naturaleza de la indemnización por despido injustificado y no la condición de salario propiamente dicha.

## **CONCLUSIONES:**

Con base en lo antes expuesto, este Órgano Asesor concluye lo siguiente:

El artículo 586 inciso b) del Código de Trabajo establece el derecho de los trabajadores estatales para que se les reconozca el auxilio de cesantía cuando sea despedido sin justa causa por el Estado, siendo que si es recontratado por el mismo patrono, por mandato legal se encuentra obligado a devolver las sumas recibidas por concepto de auxilio de cesantía, descontando de esas sumas el equivalente a los salarios que hubiera devengado durante el tiempo que estuvo cesante.

De lo anterior se colige que el presupuesto de hecho para que se pueda realizar el pago del auxilio de cesantía, es que el trabajador se encuentre efectivamente desempleado por parte del Estado, por lo que si esa condición no se da o desaparece, debe entenderse que desaparece el supuesto de hecho que permitía el pago del auxilio de cesantía.

Este artículo resulta de aplicación a todos los trabajadores del Estado y sus instituciones, según la definición que de tales trabajadores realiza el artículo 585 del Código de Trabajo.

El artículo 586 inciso b) bajo análisis, parte del supuesto de que se ha producido un rompimiento de la relación de empleo público con responsabilidad patronal, única hipótesis en la que es posible considerar que se ha generado el derecho al pago del auxilio de cesantía, por lo que necesariamente debemos considerar que si el trabajador reingresa al servicio del Estado, estaríamos en presencia de una nueva relación de empleo. Al rompimiento de esta segunda relación de empleo, el servidor tendrá derecho a que se le pague el auxilio de cesantía únicamente si las normas que regulan esta segunda relación permiten dicho pago, por lo que necesariamente deberán revisarse estas normas para poder resolver cada caso concreto.

El dinero que el trabajador retenga que *“representen los salarios que habían devengado durante el término que permanecieron cesantes”*, tiene la naturaleza de la indemnización por despido injustificado y no la condición de salario propiamente dicha

Sin otro particular, atentamente,

Grettel Rodríguez Fernández

Procuradora Adjunta

GRF/Kjm

La Ley 2206 contemplaba en forma muy similar al actual artículo 586 el pago del auxilio de cesantía para diversos trabajadores del Estado, incluyendo la obligación de devolver los dineros recibidos por concepto de auxilio de cesantía si el trabajador reingresaba a laboral con el Estado. No obstante, la ley tuvo una vigencia temporal, ya que se estableció que únicamente se aplicaría desde el día en que el Tribunal Supremo de Elecciones hiciera la declaratoria de elecciones del periodo de 1958 y hasta el 8 de mayo del año siguiente, es decir, el 8 de mayo de 1959. Al estar próxima la fecha de vencimiento del

periodo de vigencia señalado, la Asamblea Legislativa le solicitó al Poder Ejecutivo que remitiera un proyecto de ley que permitiera ampliar la vigencia de la ley 2206. (Expediente Legislativo número 1285, Ley 2206)

En el mismo sentido, es posible ver los pronunciamientos C-317-2006 del 09 de agosto del 2006, C-097-2006 del 07 de marzo de 2006, C-101-2005 del 7 de marzo de 2005, C-278-2004 del 4 de octubre de 2004, C-273-2001 del 4 de octubre de 2001, entre otros.

*“Ha de reiterarse aquí que como el pago del auxilio de cesantía tiene un carácter indemnizatorio -por el perjuicio que el patrono público causa al servidor con privarle de su medio de subsistencia- al reincorporarse a trabajar con el mismo patrono Estado, desaparece la causa que dio origen al resarcimiento...”*

*De los términos en que se formula la pregunta, entiende esta Procuraduría que la duda sobre la eventual devolución surge con motivo de la naturaleza especial -excepcional- de la contratación que se debe adoptar (a plazo fijo); o sea, que no se estaría ante el supuesto del vínculo a plazo indefinido que es el más común -ya sea que se trate de empleo público o privado-.*

*Al respecto estima este Órgano Consultivo que en el caso de la contratación por tiempo determinado, que se debe adoptar, la solución debe ser la misma a seguir que si se contratara a ese personal por tiempo indefinido. Ello por cuanto el numeral 586 del Código de Trabajo no hace ninguna distinción en cuanto a si la nueva contratación se hace por tiempo indefinido o por tiempo determinado.”* (Dictamen C-317-2006 del 09 de agosto del 2006)

Al respecto se ha señalado que:

*“...existe criterio en el sentido de que el artículo 579 inciso b) [cuya numeración actual corresponde al artículo 586 inciso b)] del Código de Trabajo es una norma que tiene contenido taxativo, esto es, que su aplicación únicamente alcanza a los servidores que indica en su párrafo primero.-*

*Empero, esa distinción nos parece infundada, toda vez que, si para determinar el ámbito de aplicación de dicho texto normativo, o mejor aún, si para desentrañar acerca de sus destinatarios apelamos al significado de las palabras empleadas en la norma -interpretación gramatical-, llegamos ineludiblemente a la conclusión de que su destino son los servidores públicos, en sentido amplio y sin distingo alguno, del Estado y de sus Instituciones, la norma no hace salvedad alguna al respecto. (...) aceptar que el inciso b) del artículo 579 del Código de Trabajo se aplica sólo a los servidores contemplados en su párrafo primero, sería, en todo caso, no otra cosa que hacer diferencias respecto de otros servidores públicos que se encuentran en una misma situación jurídica, o en condiciones idénticas, a quienes entonces no se les aplicaría esa restricción legal, lo cual iría ciertamente, en contra de nuestra Carta Fundamental.-*

*Por ello, sostenemos que la interpretación más adecuada a lo dispuesto por la norma, a la voluntad del legislador y a la Constitución misma, es sin duda alguna la de que sus alcances cobijan a todos los servidores públicos en general, del Estado y de sus Instituciones” (Lo escrito entre paréntesis cuadrados no es del original). (OJ-172-2005 del 31 de octubre del 2005. En sentido similar, es posible ver también los criterios C-101-2005 del 7 de marzo del 2005, C-278-2004 del 25 de noviembre del 2004, C-121-2004 del 20 de abril del 2004, OJ-051-1999, entre otros.)*

*“En este caso, esta norma prevé un “techo” para el auxilio de cesantía de los trabajadores de la Junta de Protección Social de San José, que si bien este transitorio reconoce una indemnización superior a los mínimos legales, lo cierto es que no llega a ser irrazonable, si se toma en cuenta que está sujeta a un límite y que es relativamente proporcional a la antigüedad del funcionario en la institución, de modo que cuenta con ese derecho únicamente quien se ha desempeñado durante un largo período de tiempo. El beneficio se constituye así en un estímulo para la permanencia dentro de la institución, evitando la salida de funcionarios y funcionarios de experiencia en el manejo de los temas atinentes a las competencias de la Junta. De ese modo, considera la Sala que la norma impugnada no transgrede las reglas y principios constitucionales invocados por los actores.” (Sala Constitucional, resolución número 14423-2006 de las dieciséis horas treinta y seis minutos del veintisiete de setiembre de dos mil seis)*