



## **Boletín Informativo**

**La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 28 de octubre del 2011. Nº 10**

**Opinión Jurídica : 072 - J del 22/08/2008**

**OJ-072-2008**

**22 de agosto, 2008**

**Licenciado**

**Alexander Mora Mora**

**Presidente**

**Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos**

**Asamblea Legislativa**

**Estimado señor:**

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, damos respuesta a su oficio CJ-164-02-08, del 20 de febrero de 2008, por medio del cual la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa nos confiere audiencia sobre el proyecto de ley denominado "*Ley para la reforma del tope del pago de auxilio de cesantía estipulada en el Código de Trabajo*", el cual se tramita ante la Asamblea Legislativa bajo el expediente n.º 16.316.

**A. OBSERVACIONES PREVIAS**

En vista de que la gestión que nos ocupa no proviene de un órgano del Estado en ejercicio de una función administrativa, sino de un órgano parlamentario en ejercicio de una función legislativa, lo que emitiremos en este caso, como una forma de colaborar con esa importante labor, no es un dictamen vinculante (pues es evidente que nuestro pronunciamiento no podría vincular al legislador), sino una opinión jurídica carente de esos efectos.

Además, debemos indicar que el plazo de 8 días previsto en el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa no es aplicable en este caso, por no tratarse de la audiencia a que se refiere el artículo 190 de la Constitución Política. Así lo hemos sostenido en otras oportunidades al señalar:

*“...el plazo de 8 días hábiles establecido en el Artículo 157 (...) se refiere a las consultas que de conformidad con la Constitución (artículo 88, 97, 167 y 190) deben serle formuladas obligatoriamente a las instituciones del Estado, interesadas en un determinado proyecto de ley (verbigracia el Tribunal Supremo de Elecciones, la Universidad de Costa Rica, el Poder Judicial o una Institución Autónoma), no así a las consultas optativas o voluntarias como la presente, que no está regulada por la normativa de cita.” (Procuraduría General de la República, pronunciamiento OJ-053-98, del 18 de junio 1998).*

Asimismo, aclaramos que este criterio se basa en consideraciones jurídicas de constitucionalidad y legalidad. Queda fuera de nuestras posibilidades emitir un criterio económico, o de oportunidad y conveniencia, toda vez que esta Procuraduría es un órgano técnico-jurídico, por lo que nuestra competencia se circunscribe a ese ámbito.

## **B. EL PROYECTO DE LEY N.º 16.316**

El proyecto de ley sobre el cual se nos confiere audiencia, pretende reformar el artículo 29 inciso 4 del Código de Trabajo, con la finalidad de eliminar el tope del auxilio de cesantía, actualmente establecido en ocho años.

El proyecto literalmente dispone:

### **“ LEY PARA LA REFORMA DEL TOPE DEL PAGO DE AUXILIO DE CESANTÍA ESTIPULADA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO**

#### **Artículo único .-**

*Refórmase el inciso 4) del artículo 29 del Código de Trabajo, para que en adelante se lea:*

#### **“ Artículo 29.-**

4) *El trabajador tendrá derecho al pago del auxilio de la cesantía en relación con un mes por año laborado, sin tope de años.”*

## C. ANTECEDENTES Y PROYECTOS DE LEY

El auxilio de cesantía es un instituto que se incorporó a nuestra legislación desde agosto de 1943, con la promulgación del Código de Trabajo, y desde esa misma época se le otorgó rango constitucional. En relación con el punto, la Sala Constitucional, en su resolución n.º 8232-2000 de las 15:04 horas del 19 de setiembre de 2000, indicó lo siguiente:

*“En Costa Rica, la indemnización, elevada a rango constitucional en la reforma constitucional de las legislaturas de los años 1942 y 1943 y reiterada, en norma idéntica en la Constitución de 1949, ya había sido establecida en el Código de Trabajo aprobado en 1943, y es una de las manifestaciones del principio de continuidad de la relación laboral que impera en nuestro ordenamiento jurídico.”*

Actualmente, el artículo 63 de la Constitución Política establece que los trabajadores despedidos sin justa causa tienen derecho a esa indemnización siempre que no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación.

Ahora bien, en lo que nos interesa, el artículo 29 del Código de Trabajo contiene una serie de lineamientos que regulan el otorgamiento de esa indemnización. Originalmente, ese numeral indicaba que el trabajador, al finalizar la relación por alguna causa distinta al despido justificado (por ejemplo, por alguna de las causas previstas en el artículo 83 de ese Código, o por otra ajena a la voluntad del trabajador) tenía derecho a percibir una indemnización equivalente a un mes de salario por cada año laborado, pero en ningún caso, esa indemnización podía exceder el salario de ocho meses. Literalmente, ese artículo indicaba lo siguiente:

### **“ Artículo 29.-**

*Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por razón de despido injustificado, por alguna de las causas previstas en el artículo 83, u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle a éste 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, con 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;*
- 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, y*
- f) No tendrá derecho a auxilio de cesantía el trabajador que al cesar su contrato quede automáticamente protegido por una jubilación, pensión de vejez o de retiro concedidas por el Estado o por la Caja Costarricense de Seguro Social; ni cuando el trabajador quede por el mismo hecho de despido acogido a los beneficios del seguro contra el desempleo involuntario de esta última Institución; o cuando en caso de fallecimiento del trabajador por un riesgo profesional, el patrono demuestre que tenía asegurado a éste contra dicho riesgo en el Banco Nacional de Seguros; o cuando el deceso del trabajador ocurra por otra causa y el occiso estuviere amparado contra el riesgo de muerte en la mencionada Caja.”*

En los últimos años, ese instituto ha sido objeto de estudio a raíz de la presentación de varios proyectos de ley. Entre ellos se encuentra el que se tramitó bajo el expediente legislativo n.º 13349 –actualmente archivado–, denominado “Fortalecimiento del auxilio de cesantía y creación del fondo de capitalización laboral”.

Posteriormente, la Asamblea Legislativa analizó el proyecto de ley n.º 13.691 denominado “Ley de Protección al Trabajador” el cual contenía una reforma integral al artículo 29 del Código de Trabajo. Esa iniciativa fue aprobada y se convirtió en la ley n.º 7983 de 16 de febrero de 2000. Con ella se modificaron los porcentajes de auxilio de cesantía que corresponden a cada año laborado, pero se mantuvo el tope de ocho años como límite indemnizatorio, de tal suerte que en “ningún caso podrá indemnizar dicho auxilio de cesantía más que los últimos ocho años de relación laboral”. Parte de ese cambio se debe a la implementación del denominado fondo de capitalización laboral, constituido con un aporte patronal igual al 3% del salario del trabajador, el cual debe trasladarse a la entidad financiera autorizada, durante toda la relación laboral, sin límite de años. Actualmente, el artículo 29 del Código de Trabajo indica:

**“ Artículo 29.-**

*Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por despido injustificado, o algunas de las causas 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 4 21 días por año laborado o fracción superior a seis meses.*
  - e) *AÑO 5 21,24 días por año laborado o fracción superior a seis meses.*
  - f) *AÑO 6 21,5 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.

El 4 de mayo de 2000 –poco después de haber sido aprobada la Ley de Protección al Trabajador– se presentó ante la Asamblea Legislativa el proyecto denominado “Reforma al artículo 29 del Código de Trabajo”, que se tramitó bajo el expediente legislativo n.º 13.948. Tras haber sido dictaminado negativamente por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales, el proyecto fue archivado el 12 de marzo de 2002. Esa iniciativa pretendía reformar íntegramente el artículo 29 citado, estableciendo, en el inciso 3) propuesto, que el auxilio de cesantía correspondería a “un mes de salario por cada año laborado sin tope alguno”.

Actualmente, la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos tiene a su cargo la tramitación del proyecto de ley que nos ocupa, expediente legislativo n.º 16.316.

#### **D. SOBRE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL DEL PROYECTO DE LEY CONSULTADO**

Como ya se expuso, en nuestro país el auxilio de cesantía tiene sustento en el artículo 63 de la Constitución Política. Literalmente, ese artículo establece lo siguiente:

##### **“ Artículo 63.-**

*Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación”.*

Obsérvese que el constituyente se limitó a establecer el derecho del trabajador a percibir esa indemnización cuando hubiese sido despedido sin justa causa, pero no estableció la forma, ni los lineamientos específicos para el pago de esa indemnización; es decir, no definió la manera de calcular el quantum que se debe otorgar por ese concepto.

Así las cosas, el legislador ordinario es el llamado a regular las condiciones y limitaciones bajo las cuales se cancela esa indemnización, de acuerdo con la política que sobre el tema se mantenga en un determinado momento socioeconómico. Ello implica que el legislador libremente puede reformar la normativa legal, a través del procedimiento legislativo pertinente.

En todo caso, la regulación en torno a ese instituto debe respetar el marco constitucional establecido en el artículo 63 de nuestra Carta Magna, como lo es, que ante un despido injustificado, y en ausencia de un seguro de desocupación, el trabajador tiene derecho al pago de la cesantía. Asimismo, esa regulación debe ser acorde con los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, solidaridad y justicia social.

Para el análisis del proyecto específico sobre el que se nos confiere audiencia, consideramos necesario referirnos a la naturaleza jurídica de la cesantía, punto que no es pacífico. Así, la Sala Constitucional la ha considerado como una forma de indemnizar los daños y perjuicios generados con el despido injustificado y como un medio para disuadir al patrono de despedir, sin motivo, a sus trabajadores (sentencia n.º 643-2000 de las 14:30 horas del 20 de enero de 2000); sin embargo, la Sala Segunda, después de analizar el punto, ha llegado a concluir que es una prima por antigüedad. Esta Procuraduría, en el dictamen C-158-2007 del 24 de mayo de 2007, indicó lo siguiente:

*“...es claro que en el caso de las asociaciones solidaristas y las cooperativas, se ha ampliado el concepto de cesantía, pues no solamente, ha perdido su condición de expectativa de derecho –sujeta al despido incausado o a la jubilación–, para adoptar la forma de derecho cierto, sino que, de acuerdo con la Ley, el trabajador puede retirar lo depositado a su favor en el Fondo de Cesantía independientemente de la causa que termine con la relación laboral.*

*Tampoco ignora este órgano asesor que este tipo de transformaciones en la naturaleza y administración de la cesantía han sido reconocidas por la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha validado el hecho de que la cesantía ha evolucionado de ser una indemnización por el despido incausado hasta convertirse en una prima por antigüedad. En ese sentido se cita en lo pertinente la sentencia 373 del 26 de julio de 2002 (Ver también sentencias Nos. 90 del 16 de febrero de 2005, y 721 del 26 de agosto de 2005)*

*“El auxilio de cesantía, desde la concepción de la Sala Constitucional (Voto N° 8232, de las 15:04 horas, del 19 de setiembre del año 2000) es una expectativa de derecho, en el sentido de que sólo tiene acceso al mismo, quien ha sido despedido sin justa causa, el que se vea obligado a romper su contrato de trabajo por causas imputables al empleador, aquél que se pensione o que se jubile, el que fallezca o, en caso de quiebra o insolvencia del empleador; no reconociéndose suma alguna en caso de renuncia o de despido justificado; siempre salvo norma interna o pacto en contrario. Ahora bien, esta Sala (integrada en esa oportunidad únicamente por magistrados suplentes y por decisión dividida), en el Voto N° 117, de las 11 horas, del 24 de mayo de 1994, hizo un estudio de la transformación que se ha estado operando en el auxilio de cesantía, para irse convirtiendo, básicamente, en una indemnización o en una prima de antigüedad, fundamentándose esa conclusión en el análisis de diversos mecanismos que se venían utilizando, para su pago; tales como la cancelación anual de la cesantía y los aportes patronales a las asociaciones solidaristas, y la manera en que, dicho instituto, venía siendo desarrollado, tanto en los laudos arbitrales como en diversos otros instrumentos colectivos”.*

Ese criterio externado por la Sala Segunda ha empezado a calar, de cierta forma, en los criterios de la Sala Constitucional. A manera de ejemplo, en la resolución n.º 17439-2006, de las 19:36 horas del 29 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional sostuvo que la cesantía tiene una relación proporcional con la antigüedad del trabajador:

*“Si bien 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 funcionarias 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.”* (El resaltado no es del original). ”

Cabe mencionar que en el sector privado podría existir un tope mayor, o una indemnización sin límite de años del auxilio de cesantía, si el contrato laboral así lo establece o si se han implementado mecanismos de traslado o pago anticipado de ese rubro. Ello por cuanto las disposiciones legislativas en materia laboral constituyen un mínimo legal (un piso), no un máximo (un techo), de tal suerte que las condiciones laborales siempre pueden ser mejoradas, si así lo disponen las partes contratantes.

En el sector público, el tope puede superarse cuando haya normas específicas y especiales *“que inexorablemente deban aplicarse hasta tanto no sean derogadas, modificadas o declaradas ilegales o incluso inconstitucionales”* (OJ-116-2005 del 8 de agosto de 2005). Cabe agregar que la Sala Constitucional ha indicado que si bien un tope mayor al de 8 años no es inconstitucional, sí lo es el fijado por vía convencional, en el sector público, cuando supere los 20 años:

*“Aun cuando la norma es imperativa al indicar que el auxilio de cesantía no puede indemnizarse más allá de los últimos ocho años, esta Sala ha aceptado la existencia de topes mayores fijados a través de convenciones colectivas, partiendo del hecho de que el Código de Trabajo establece reglas mínimas que pueden ser superadas siempre y cuando se haga dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. (...)*

*Así las cosas, este Tribunal estima inconstitucional lo dispuesto en epígrafe iv del inciso a), el epígrafe v del inciso b) y la totalidad del inciso c) en cuanto exceden el parámetro de veinte años que esta Sala ha estimado razonable como tope por concepto de cesantía y por permitirse el pago aun en los casos de despido con justa causa ”* . (Sala Constitucional, resolución n.º 17437-2006 de las 19:35 horas del 29 de noviembre de 2006).

Sin embargo, ese tope de veinte años establecido por la Sala Constitucional como límite máximo razonable de auxilio de cesantía en el sector público, a nuestro criterio, debe entenderse en el contexto jurídico dentro del cual se produjo la declaratoria, contexto en el que la generalidad de los funcionarios del sector público sólo pueden aspirar a un máximo de 8 años de cesantía. Por ello, ese Tribunal Constitucional podría, eventualmente, cambiar de criterio en torno a la irrazonabilidad del plazo superior a los 20 años en caso de que por vía legislativa se aumente el tope de los años susceptibles de ser indemnizados, o se elimine del todo el límite.

Obsérvese incluso que la inconstitucionalidad de un tope de cesantía mayor a 20 años no es un criterio que aplique para todo el sector público o, en general, para toda relación laboral. Ese tope no aplica en el sector público si la institución cuenta con una asociación solidarista, ni en las relaciones laborales privadas.

Cabe advertir además la existencia de una realidad socio laboral que se ha convertido en un tema de análisis tanto a nivel nacional, como internacional: la dificultad para conseguir un nuevo trabajo está directamente relacionada con la edad del trabajador. Por cada año de servicio a un patrono, el trabajador aumenta su edad física y por ende, después de superada cierta edad, le es más difícil obtener otro trabajo. Desde esa perspectiva, y tomando en cuenta la naturaleza indemnizatoria de la cesantía, es más acorde con la realidad social imperante que el trabajador despedido reciba un auxilio de cesantía directamente proporcional a los años laborados, en vez de que reciba una indemnización limitada a ocho años, con independencia del tiempo laborado.

Partiendo de lo anterior, y una vez analizado el proyecto de ley en consulta, esta Procuraduría considera que el hecho de que el auxilio de cesantía se conceda sin tope de años, no violenta ninguno de los principios constitucionales a los que se hizo alusión anteriormente. Por el contrario, la posibilidad que tiene el trabajador despedido sin justa causa de recibir una indemnización proporcional y equivalente al tiempo servido, posee simetría con los principios cristianos de justicia, solidaridad e igualdad, de rango constitucional: ciertamente es más justo y equitativo recibir una indemnización acorde con los años laborados, que un trato indemnizatorio igual para todo trabajador con más de ocho años de laborar para un mismo patrono, independientemente de los años de servicio.

## **E. CONCLUSIÓN**

De conformidad con lo expuesto, esta Procuraduría estima que el proyecto de ley consultado no presenta problemas de técnica legislativa ni vicios de constitucionalidad, por lo que su aprobación es un asunto de política legislativa.

De la señora Jefe del Área de Comisión Permanente de Asuntos Sociales, atentos se suscriben;

MSc. Julio César Mesén Montoya

Procurador de Hacienda

Msc. Irene Bolaños Salas

Abogada de Procuraduría

JCMM/IBS/Kjm