

CRITERIO GENERAL SOBRE EL PREAVISO

Tomando en consideración las reiteradas consultas que se presentan a diario ante las distintas instancias asesoras del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con relación al derecho al preaviso, se emite el presente criterio, que contiene los aspectos medulares que tutelan dicho derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Del preaviso.

Respecto del tema en consulta, *“(...) el preaviso consiste en aquella obligación que tienen las partes en una relación de trabajo, de notificar a la otra su decisión de dar por concluida la relación laboral que los une, que necesariamente debe ser de duración indefinida. Este aviso previo se da con anticipación variable, según sus circunstancias.”¹*

En el mismo sentido de la doctrina, la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera²:

“(...) el preaviso constituye el aviso previo y oportuno que debe otorgar a la otra parte de la relación laboral, el contratante que desea finiquitar esa

¹ VARGAS CHAVARRIA, Eugenio. Preaviso y Auxilio de Cesantía. 4 edición,, Investigaciones Jurídicas S.A., pág. 11.

² Voto No. 2003-00676 de las 10:30 del 13 de noviembre de 2003.

relación; llámese patrono o trabajador. El preaviso es, en esencia, una manifestación de la buena fe que debe inspirar el desarrollo normal de las relaciones laborales, incluso al momento en que una de las partes pretende dar por terminado el contrato de trabajo. Su finalidad es permitir a la contraparte tomar las medidas necesarias para evitar la generación de posibles daños que podría causar el rompimiento abrupto de la relación. Para el trabajador significa la posibilidad de iniciar la búsqueda de nuevas alternativas en su forma de vida, con las cuales puede proveerse de la retribución económica, por lo general indispensable, para su sustento y el de su familia; y para el patrono, como se dijo, el tomar las medidas necesarias para la continuación normal de sus actividades (ver, entre otras, las sentencias 587-2002 de las 9:30 horas del 22 de noviembre del año pasado y la 155-2003 de las 9:50 horas del 28 de marzo de este año).

Según se desprende de lo anterior, el preaviso es la garantía de tiempo efectivo de trabajo con que cuenta la parte afectada, sea el 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, que indica:

“Artículo 28.- 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 fuera verbal, el trabajador podrá darlo en igual forma en caso de que lo hiciera 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.”

Ahora bien, conforme lo establece el artículo 28 *supra* citado, se da la posibilidad de que la parte obligada a dar el preaviso, pueda omitir dicha obligación, indemnizando a la otra, en la proporción a los plazos que establecen los incisos a), b) y c), de dicho numeral.

Esto quiere decir, que, si el patrono es el que despide, puede dejar de otorgarle tiempo de preaviso al trabajador, pero a cambio debe cancelarle una cantidad igual al salario que correspondía al plazo del preaviso.

Igualmente, si es el trabajador el que renuncia, tiene la posibilidad de incumplir con la obligación de trabajar el plazo de preaviso, pero con la misma condición de pagarle al patrono, una cantidad igual al salario correspondiente a los días del preaviso adeudados.³

En el artículo supra transcrito, también se establece el derecho que tiene el trabajador a un día de asueto por semana, el cual, se traduce en un beneficio a favor de éste, cuando se acerca la fecha de la ruptura de la relación laboral dentro del periodo del preaviso, el cual, debe ser remunerado y no puede eximirse al patrono de otorgarlo.

De acuerdo a la doctrina que informa la materia, el preaviso tiene un tratamiento similar en las distintas legislaciones, así por ejemplo Guillermo Cabanellas, en lo que respecta a la legislación argentina ha dicho:

“Como obligación derivada del preaviso, el artículo citado del Código Argentino establece que “durante el término del preaviso, y sin que disminuya su sueldo, jornal, comisión y otro medio de remuneración, el empleado gozará

³ La sentencia No. 2001-00124 de las 9:50 horas del 16 de febrero del 2001 en el considerando VI se refiere a ello de la siguiente forma: *“Del artículo 28 del Código de Trabajo se desprende que, tratándose de una relación por tiempo indefinido, cualquiera de las partes puede ponerle fin, sin justa causa, siempre que dé aviso a la otra, con la anticipación ahí prevista, según haya sido la duración del contrato; pues, el preaviso, tiene como finalidad, hacer saber, una de las partes contratantes, a la otra, con un tiempo prudencial, su propósito de disolver el contrato; de ahí que, el preaviso, se caracteriza porque debe ser satisfecho en tiempo y, sólo, subsidiariamente, en dinero. De esa manera, se le garantiza al trabajador, la posibilidad de obtener un nuevo empleo, para cuando cese en aquel de donde es despedido y para que, el empleador, si es del caso, pueda conseguir, durante el respectivo lapso, una persona que llegue a reemplazar al trabajador que va a cesar en sus tareas, en poco tiempo. Por esos motivos, se trata de una obligación recíproca, para las partes...”*.

*de una licencia diaria de dos horas dentro de su jornada normal de trabajo”,
destinada a buscar nuevo empleo; y que sin duda no concluye por haberlo
contratado, porque existe siempre la posibilidad de hallar mejor colocación.⁴*

El subrayado es nuestro.

De tal forma que, tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia, en reiteradas ocasiones, han indicado que para que tal beneficio cumpla con su finalidad, debe ser otorgado con goce de salario, el cual deberá otorgarse en caso de no haber terminado ese periodo, aun cuando el trabajador tenga la certeza de ya contar con otro trabajo; la persona trabajadora necesitará de ese tiempo para buscar un nuevo empleo o agotar la posibilidad de encontrar uno mejor al que ya tiene asegurado en el futuro.

El otorgamiento de este día de asueto debe de ser programado bilateralmente entre las partes, buscando consenso en este sentido, para que el trabajador disfrute de los días en la forma que lo determina la ley, pues el patrono no debe imponer su decisión perjudicando al trabajador, ni el trabajador debe desvirtuar el poder de dirección que tiene el patrono y el buen desarrollo del servicio que presta.

Por otra parte, el pago del día de asueto, se realizará dentro de la forma de pago que esté acordada para ese trabajador, se pagará exactamente como si éste hubiera asistido a laborar, sin alterar su remuneración ya fuere semanal o mensual y como se indicó, sin importar si el trabajador ya tiene asegurado un nuevo empleo,

⁴ Diccionario de Derecho Usual. Edic. Arayú, Buenos Aires, 1954, Tomo III, Pag. 201)

toda vez que como bien lo dice Cabanellas, puede existir la posibilidad de hallar una mejor colocación.

Se considera que el trabajador siempre tendrá derecho a buscar un mejor trabajo, que le depare mayores oportunidades o ventajas⁵ y, además de ello, por el simple hecho, que la ley no hace distinción alguna en este sentido, no podría de conformidad con el principio protector que rige el Derecho Laboral, hacerse excepciones donde la ley no las hace, menos aún en esta materia, máxime, si con ello se llegara a afectar una serie de situaciones en las cuales a pesar de la renuncia del trabajador e incluso la aparente certeza de ya contar con otro trabajo, el trabajador necesitara de ese tiempo para buscar un nuevo empleo o agotar la posibilidad de encontrar uno mejor al que ya tiene asegurado en el futuro.

En aquellos casos cuando el patrono no le haya remunerado al trabajador estos días, él mismo tiene derecho a plantearle al patrono el reclamo correspondiente para que se le conceda el día y en caso que el patrono no acceda, el trabajador puede tomarlo por su cuenta avisando al patrono los días que ejercerá su derecho.

Si bien la finalidad del día de asueto durante el preaviso es que el trabajador lo ocupe de buscar un nuevo empleo, ni la legislación ni la doctrina, mencionan la obligación del trabajador de informar a su patrono sobre la actividad a realizar ese día.

⁵ Al respecto la Sentencia No. 2003-00526 de las 9:30 horas del 03 de octubre del 2003 establece: *“La norma también establece la obligación del patrono de conceder, al trabajador, un día de asueto durante cada semana, a los efectos de que busque una nueva colocación. (Ver sentencia número 587, de las 9:30 horas del 22 de noviembre del 2.002)...”*.

Como vemos, la legislación y la doctrina es clara en cuanto al tema del aviso previo (preaviso) cuando se da la finalización de la relación laboral que, en este caso, se da por parte del patrono sin justa causa y la obligación de otorgar un día de asueto mientras dure éste.

Como es sabido, la finalización de la relación laboral, se puede dar por diferentes razones; despido sin responsabilidad patronal, es cuando existen causas justas, es decir cuando se configuran alguna de las causales del artículo 81⁶ del Código

⁶ “ARTICULO 81.-

Son causas justas que facultan a patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:

a. Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono;

b. Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;

c. Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;

d. Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo;

e. Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71;

f. Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren;

g. Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes-calendario.

h. Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o su representantes en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;

i. Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 72;

j. Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole

de Trabajo, por una falta cometida por el trabajador. Un aspecto importante de considerar, es que la figura del preaviso surge a la vida jurídica cuando se da el rompimiento de la relación laboral sin existir una justa causa, de tal manera que existiendo una causal suficiente que de por terminado el contrato laboral, no procede otorgar el preaviso. Nótese que de acuerdo con nuestra legislación laboral, cuando el patrono despide sin responsabilidad laboral, o sea con causal justificada para despido según el artículo 81 del Código de Trabajo, lo único que corresponde al trabajador es el pago de vacaciones y aguinaldo proporcionales al tiempo laborado.

Con responsabilidad patronal, se da cuando no existe causa justa para dar por terminada la relación laboral y el patrono decide ponerle término a la misma, con el pago completo de las prestaciones laborales (aguinaldo, vacaciones, preaviso y auxilio de cesantía).

Por renuncia del trabajador, se da por la propia voluntad de éste.

referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado;

k. Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoria; y

l. Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato. Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes.

m) Cuando el trabajador o la trabajadora incumpla con el plan de servicios mínimos durante un período de huelga.

n) Cuando la persona trabajadora incurra en conductas discriminatorias contra otra persona trabajadora con VIH.”

Cuando es el trabajador quien omite su obligación de avisar con tiempo su renuncia, el patrono se encuentra imposibilitado para cobrarse de los derechos que le corresponden por liquidación, el monto del tiempo del preaviso que debió conceder. En virtud de que es ilegal que le rebaje lo adeudado por ese concepto, de la liquidación laboral, la única posibilidad que tiene el patrono, si el trabajador voluntariamente no le paga, es acudir a la vía judicial y demandarlo para que le pague el monto del preaviso; de otra forma no existe posibilidad de recuperar el dinero. Tampoco existe forma alguna para obligar al trabajador a cumplir en tiempo el preaviso que debió cumplir, pues ello significaría mantenerlo laborando en contra de su voluntad irrespetando varios derechos constitucionales.

También existen causales de finalización de la relación laboral por faltas del patrono, el trabajador acciona una petición para dar por terminada la relación laboral ante un juzgado de trabajo, previa denuncia en la inspección de trabajo que confirma las faltas cometidas por el patrono.

En este sentido, el preaviso solo procede cuando se trata de despido con responsabilidad patronal o renuncia del trabajador, no así cuando es despido con justa causa.

Posibilidad de otorgar un período de preaviso superior a los períodos mínimos que dispone la normativa.

El preaviso, de acuerdo con lo que dispone el artículo 28 del Código de Trabajo, debe darse en los plazos que como **mínimo** se establecen, dependiendo de la

antigüedad de la relación laboral, lo que no inhibe a las partes a que den el preaviso con un tiempo de anticipación mayor a esos mínimos.

Mientras el trabajador labore el preaviso, independientemente del plazo que le corresponda, el mínimo, o bien un plazo mayor, igualmente el trabajador tiene derecho a un día de asueto por semana como lo dispone la norma.

Sin embargo, cuando se trata de un plazo mayor al mínimo dispuesto por la norma, no puede aplicarse en perjuicio del trabajador, obligándolo a completarlo o pagar el monto correspondiente a ese plazo mayor, para poder finalizar la relación laboral, ya que el trabajador solo estaría obligado a cumplir con el plazo mínimo dispuesto por la norma, pudiendo finalizar el contrato una vez que dicho plazo mínimo se venza.

Debe advertirse que, durante el preaviso, independientemente del plazo, la relación laboral se mantiene vigente, de manera que subsisten todas las obligaciones y derechos tanto de la persona trabajadora como de la persona empleadora, lo que significa que, si la persona trabajadora incurre en causa justa para su despido, la persona empleadora podría aplicar el despido sin que termine el plazo del preaviso y sin responsabilidad patronal.

Ahora bien, de acuerdo con lo explicado, si durante el preaviso el trabajador encuentra otra fuente de trabajo, podría dar por finalizada la relación laboral, siempre que lo comunique a su patrono y pague a su patrono, el resto del preaviso que COMO MÍNIMO le correspondía por ley, no estaría obligado como lo indicamos,

a pagar por un tiempo de preaviso mayor, a los plazos mínimos estipulados en el artículo 28 del Código de Trabajo.

Sobre la posibilidad de cumplir con el preaviso durante el disfrute de vacaciones.

Respecto a esta temática, esta asesoría coincide con la línea jurisprudencial que ha trazado la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual establece lo siguiente:

“IV.- Al igual que el Tribunal, esta Sala sostiene el criterio de que es posible que el patrono preavise a su empleado mientras éste se encuentre disfrutando de sus vacaciones, ya que lo que interesa es que se cumpla la finalidad de ese instituto, (...). No hay duda de que mientras el trabajador goza de sus vacaciones (...) a buscar otro empleo. La razón del preaviso es precisamente darle la oportunidad al empleado de que durante un plazo determinado y recibiendo su salario, pueda buscar colocación, independientemente de que se encuentre laborando para la empresa o durante su período de vacaciones. Téngase presente que en el supuesto en que el preaviso se dé en dinero en este supuesto las vacaciones también se dan pero compensando un día de salario por mes trabajado. Por todo lo anterior no existe la incompatibilidad alegada entre preaviso y vacaciones.”
(Voto No. 2003-00676 de las 10:30 del 13 de noviembre de 2003).

(...) Tampoco es correcto entender que el despido avisado en aquellos términos, debe tenerse como ineficaz, por el hecho de que durante el mismo

período del preaviso se le otorgó al actor el disfrute de sus vacaciones (...).
Jurídicamente, una y otra cosa no son incompatibles, pues el preaviso lo que
busca es garantizarle al trabajador la posibilidad de obtener un nuevo
empleo, cuando cese aquél de donde es despedido y si bien es cierto que, de
acuerdo con la ley (párrafo final del artículo 28 del Código de Trabajo), con
esa misma finalidad el empleador debe darle al trabajador un día de asueto
cada semana, lo que no resulta posible si al mismo tiempo está disfrutando
vacaciones, el problema merece otra solución, cual es la del pago del asueto
frustrado, pero no la ineficacia del despido y mucho menos la del preaviso.”
(Voto 2000-00305 de las 10:20 horas del 22 de marzo de 2000). El subrayado
no corresponde al original.

En el mismo sentido, en el Voto 2003-00520 de las 15:00 horas del 28 de enero de 2003, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia estipula lo siguiente:

“(...) Así las cosas, el hecho de que la Junta Directiva del Banco de Costa Rica dispusiera enviarlo de vacaciones a partir del dieciocho de noviembre de dos mil dos, no constituye violación alguna de sus derechos fundamentales, por cuanto de lo contrario el recurrente no tendría la posibilidad real de disfrutar de ese período a que tiene derecho, en virtud de la terminación del contrato de trabajo como consecuencia de su renuncia, desnaturalizando el efecto profiláctico de éstas. En el caso concreto, se tiene por demostrado que el recurrente tenía acumulados 79 días de vacaciones, lo cual demuestra que la naturaleza profiláctica mencionada se había perdido, restaurándose de alguna forma al enviársele a vacaciones. Es claro entonces, que en el caso concreto la actuación de la autoridad

recurrida no resulta contraria a los derechos fundamentales del amparado, y en consecuencia el recurso resulta improcedente y así debe declararse.”

Analizada la jurisprudencia supra transcrita, y estando de acuerdo con la misma, especialmente tomando en cuenta que durante el preaviso el contrato de trabajo se mantiene vigente en todos sus extremos, significa que el patrono está en la posibilidad de otorgar las vacaciones a que tiene derecho el trabajador en ese momento, no siendo excluyentes los derechos del preaviso y vacaciones; aspecto que hace posible para el patrono, otorgarle vacaciones a un trabajador durante el periodo del preaviso.

De esta forma, sea el caso de un trabajador despedido al cual la empresa le dio el preaviso o un trabajador que por su renuncia preavisó a su empleador, si este tiene periodos de vacaciones cumplidos, el patrono podrá concederle del derecho al disfrute de vacaciones durante el preaviso.

Lo anterior, no contradice la finalidad del instituto del preaviso, por cuanto mientras el trabajador despedido goza de sus vacaciones remuneradas, puede dedicarse al mismo tiempo a buscar otro empleo. Se debe recordar, que la fecha en que el trabajador va a disfrutar de sus vacaciones es una facultad del patrono, por lo que será éste quien decidirá, por razones de conveniencia y oportunidad de la empresa, si concede o no vacaciones durante el periodo del preaviso a un trabajador que renuncia o es despedido con responsabilidad patronal.

11 de julio del 2023
DAJ-AER-OPF-758-2023
Página 14 de 15

Para dudas adicionales sobre la temática, cálculos y demás derechos laborales, se informa sobre el servicio de asesoría laboral que tiene habilitado el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a través de salas virtuales de atención, ingresando a un chat en tiempo real. Se detallan las salas según temática y los horarios de atención:

	Asesoría Legal Laboral y Cálculo de Liquidación Abierto	Asesoría Legal Laboral y Cálculo de Liquidación. Horario: Lunes a viernes de 8:00 am a 3:45 pm
	Consultas de Casos y Denuncias de Inspección Abierto	Consultas de Casos y Denuncias de Inspección. Horario Lunes a Viernes de 8:00 a.m. a 3:45 p.m.
	Asesoría en materia de Trabajo Infantil y Trabajo Adolescente Abierto	Asesoría sobre Trabajo Infantil, Trabajo Adolescente, Trabajo Adolescente Peligroso, Legislación Nacional e Internacional. Horario: Lunes a Viernes de 8 am a 4 pm
	Asesoría en materia de Discapacidad y Trabajo Abierto	Asesoría en materia de Discapacidad y Trabajo. Horario: Lunes a Viernes de 8 am a 4 pm.
	Salarios Mínimos Abierto	Salarios Mínimos. Horario: Lunes a viernes de 8AM a 4PM

11 de julio del 2023
DAJ-AER-OF-758-2023
Página 15 de 15

El ingreso a dichas salas de chat, se encuentra habilitado en la página web del Ministerio a saber: www.mtss.go.cr, en la parte inferior derecha se observa una figura de chat de color azul que dice “salas de atención chat”, o bien a través del siguiente enlace:

<https://sistemas.mtss.go.cr/sial/chat.salaschats.aspx>

Cordialmente,

Fernando Vega Montero

Asesor

Ana Lucía Cordero Ramírez

Jefe

Departamento de Asesoría Externa y Reglamentación

Dirección de Asuntos Jurídicos

fvm/alcr/Archivo