

DAJ-053-C-2016  
30 de agosto, 2016.

Señora  
Yaxinia Díaz Mendoza  
Directora  
Dirección de Recursos Humanos

**Asunto: Respuesta a oficio DRH-5397-2016-DIR.**

**Estimada señora:**

Reciba un cordial saludo. Se atiende la solicitud de pronunciamiento planteada en el oficio de cita, en cuanto a la procedencia de la *“aplicación del preaviso, tanto por parte del Patrono como de los funcionarios involucrados en los estratos administrativo-docentes, técnico- docente y docente y las consecuencias que se generarían si el mismo no se aplica”*.

## FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### I. Preaviso: Naturaleza jurídica

Un patrono puede despedir sin causa justa, con solo su voluntad, a cualquier trabajador, siempre y cuando lo indemnice, es decir, le pague todos los extremos laborales establecidos legalmente, entre estos, surge la figura del preaviso, que se encuentra tutelada en el Código de Trabajo, en su numeral 28 que dispone:

*“Artículo 28.- En el contrato por tiempo indefinido cada una de la 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 no 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 hiciera ante dos testigos; y pueden omitirse, sin perjuicio del auxilio de cesantía, por cualquiera de las dos 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 tema, ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia tanto administrativa como judicial, definiéndolo como 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*”<sup>1</sup>, es una “*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.*”<sup>2</sup>

Durante este período, la relación laboral se encuentra vigente, de manera que las partes conservan sus deberes y obligaciones. En caso de no verificarse ese lapso de tiempo, y de forma subsidiaria, podría ser satisfecho con una suma económica equivalente.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ministerio de Trabajo, DAJ-AE-070-2010

<sup>2</sup> Vargas, E. (1990) Preaviso y Auxilio de Cesantía, 1° edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

<sup>3</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 587-2002 de las nueve horas treinta minutos del veintidós de noviembre del dos mil dos

## II. Funcionarios de estratos administrativo-docentes, técnico- docente y docente

Respecto a los servidores que se clasifican dentro del tipo bajo análisis, el Estatuto de Servicio Civil, Título Segundo (Ley de Carrera Docente), dispone expresamente:

*“Artículo 57.-Son deberes del Personal Docente:*

*(...)*

*j) Dar por escrito al superior inmediato, en caso de pensión o renuncia, un preaviso no menor de un mes. No obstante el Ministerio, de común acuerdo con el supervisor, podrá reducir el plazo del preaviso;...”*

De ahí la existencia de un deber legal por parte del funcionario de otorgar al Estado-Patrono, un preaviso al acogerse al beneficio de pensión, o bien, medie renuncia al cargo, dicha circunstancia debe constar en forma escrita, y consta de un período de un mes como mínimo; sin embargo, queda abierta la posibilidad de negociar una reducción del plazo.

Ahora bien, aun cuando el preaviso constituye una obligación del trabajador hacia el patrono, cuando es el trabajador quien renuncia sin cumplir con el tiempo del preaviso ni el pago del mismo, esta acción no faculta al patrono para deducir del importe que le corresponde por liquidación el rubro del preaviso, sino que debe acudir a los Tribunales de Trabajo, dentro del mes siguiente a la fecha en que el trabajador presentó su renuncia o le puso término al contrato, esto si el trabajador no paga la suma adeudada.<sup>4</sup>

En cuanto al cobro de tales rubros ante los Tribunales correspondientes, El Estado debe realizarlo de forma obligatoria dado el interés público en juego; no obstante, la Procuraduría General de la República ha sostenido tres supuestos en los cuales, el Estado podría abstenerse de realizar el cobro dicho:

---

<sup>4</sup> Ministerio de Trabajo, DAJ-AE-128-2006, DAJ-AE-230-2006, DAJ-AE-403-2006, DAJ-AE-285-2008 DAJ-AE-069-2008

*“En cuanto a la procedencia jurídica de renunciar, de forma excepcional, al cobro del preaviso (...)*

*1) Siendo que el cobro del preaviso permite a la entidad patronal resarcirse los perjuicios causados por la ruptura repentina que del contrato de trabajo hace el funcionario, cuando es evidente que ese perjuicio no se ha producido porque el proceso de reclutamiento y selección de la Institución permite contar, de manera expedita, con la persona idónea para desempeñar el puesto de trabajo, es jurídicamente posible eximir de su pago al funcionario, mediante una resolución razonada y debidamente fundamentada que así lo justifique.*

*2) Con base en las reglas unívocas de la ciencia y de la técnica, en los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia, a los que alude el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública, y con fundamento en los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, es posible que Administración no proceda al cobro del preaviso, cuando se compruebe, previo estudio técnico que así lo demuestre, que el costo real de ese cobro resulta más oneroso para el Erario Público que el monto por recuperar.*

*3) O bien, cuando habiéndose realizado todas las gestiones o procedimientos pertinentes para recuperar el monto adeudado, exista una verdadera imposibilidad material de recuperación de éstos, en virtud de que los deudores no poseen ingresos ni bienes para responder por lo adeudado. En todo caso, es de resorte exclusivo de la Administración activa determinar y establecer los mecanismos y procedimientos internos que correspondan aplicar en los supuestos en que proceda o no cobrar el preaviso (Dictamen C-099-2005 de 4 de marzo de 2005).*

Así las cosas, entre otros, El Estado deberá apreciar los hechos que rodean la situación concreta para determinar, considerando las reglas unívocas de la ciencia y de la técnica, a los que alude el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública, y los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad, y determinar, mediante un juicio de valor, debidamente razonado y fundamentado, la conveniencia y oportunidad de no cobrar el preaviso en las hipótesis señaladas, sin detrimento que el cobro del preaviso es la regla y no la excepción. De modo que el indispensable estudio técnico que sustenta la decisión, debe demostrar

fehacientemente, que de proseguir con las gestiones, inevitablemente, su costo superará el beneficio que pudiera obtenerse.<sup>5</sup>

### III. Estado: Patrono

Por su parte, en cuanto compete al Estado como patrono, si la persona es despedida sin justa causa y se le otorga el período de tiempo que por concepto de preaviso le corresponde, este rubro no debe ser cancelado en dinero en efectivo dentro de la liquidación. Diferente sucede en los casos en que el patrono decide dar por terminada la relación laboral, sin otorgar el período correspondiente al preaviso, en cuyo caso debe cancelar lo equivalente al salario que le correspondería recibir en el lapso del preaviso, con carácter de indemnización.<sup>6</sup>

Aquí cabe enfatizar lo mencionado en el primer apartado, ya que estos pagos corresponden únicamente a aquellos servidores contratados a tiempo indefinido. Así, por regla general, en el ordenamiento jurídico costarricense, la contratación de personas asalariadas, por tiempo determinado, tanto en el Sector Público como en el Privado, es excepcional y depende de la naturaleza y de las necesidades del servicio, o de la función o actividad a realizar y, como característica determinante, la relación laboral es menor a un año, tal y como se extrae de los artículos 26 y 27 del Código de Trabajo, de aplicación supletoria para la Administración Pública, según se establece el numeral 51 del propio Estatuto de Servicio Civil.

*“ARTICULO 26.- El contrato de trabajo sólo podrá estipularse por tiempo determinado en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar. Si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, se tendrá como contrato por tiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador, aquél en que es permanente la naturaleza de los trabajos.*

---

<sup>5</sup> Procuraduría General de la República, Dictamen números C- 018-96, C- 102-99 y C-090-2001

<sup>6</sup> Ministerio de Trabajo, DAJ-AE-104-2009

*ARTICULO 27.- No puede estipularse el contrato de trabajo por más de un año en perjuicio del trabajador; pero si se tratare de servicios que requieran preparación técnica especial, la duración podrá ser, en las mismas condiciones, hasta de cinco años.*

*No obstante, todo contrato por tiempo fijo es susceptible de prórroga, expresa o tácita. Lo será de esta última manera por el hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios con conocimiento del patrono.”*

Esta tesis ha sido sostenida por la Sala Constitucional, equiparando la situación de los interinos, y cuya antigüedad en esa condición supere el año, a la de un contrato de trabajo, por tiempo indefinido. Así, en estos casos, el Estado debe cancelar el preaviso.<sup>7</sup> Caso contrario se da con aquellos funcionarios interinos, a quienes se les contrata expresamente con el fin de que suplan a los titulares, por permisos, incapacidades, vacaciones u otros, pues siempre será por tiempo determinado, en razón del motivo específico que da origen a la contratación.<sup>8</sup>

## **I. Conclusiones**

Según lo expuesto, el Estatuto de Servicio Civil, establece expresamente la obligación de otorgar por parte de los funcionarios del Título II, un preaviso al patrono de un mes al renunciar o acogerse a la pensión.

Igualmente, para el Estado, existe la obligación de dar a dichos funcionarios, un preaviso de conformidad con las estipulaciones del Código de Trabajo, de aplicación supletoria en estos casos, siempre y cuando se trate de relaciones laborales por tiempo indefinido.

---

<sup>7</sup> Sala Constitucional, Votos No.154, de las 10 horas del 9 de junio y No. 235, de las 10:20 horas del 18 de agosto, ambos de 1999

<sup>8</sup> Sala Constitucional, Voto N° 225 de las 15:20 horas del 11 de agosto de 1999

En cuanto al cobro de los rubros para la Administración, cuenta con un mes para hacer valer su derecho ante los tribunales correspondientes; sin embargo, podría prescindir del mismo, si se encuentra en los supuestos desarrollados por la Procuraduría General de la República y transcritos en el presente criterio.

Por su parte, el servidor podrá hacer el cobro del preaviso cuando le corresponda por la vía judicial, si no se verifica su otorgamiento o pago por el Estado en calidad de patrono.

Cordialmente,

  
**Enrique Facsan Loria**  
**Director**



Realizado por: Licda. Dayana Cascante Núñez, Coordinadora Área Consulta y Resoluciones  
Revisado por: MSc. María Gabriela Vega Díaz, Jefa Dpto. de Consultas y Asesoría Jurídica

