
DAJ-AE-227-13
26 de agosto de 2013

Señora (ita)
Gisella Valverde Brenes
Presente

Estimada señora (ita):

Atendemos su consulta recibida en esta Dirección el 15 de Marzo del 2013, en dicho documento nos pregunta la forma correcta de realizar el cálculo del salario de los trabajadores durante las vacaciones. Desea que se le confirme si durante el periodo de vacaciones que disfruta el trabajador estando vigente el contrato de trabajo, éste debe recibir el salario actual o se debe pagar de acuerdo a lo que indica el artículo 157 del Código de Trabajo, además en el caso que sea el promedio de las últimas 50 semanas consulta qué ocurre si éste es menor al salario real del momento de la consesión de esas vacaciones . Adicionalmente pregunta, si durante las 50 semanas anteriores al disfrute de las vacaciones, el trabajador solicitó permisos sin goce de salario, si esto afecta su promedio anual de vacaciones.

Procederemos a analizar su caso para lo cual se hace necesario revisar algunas generalidades sobre este instituto jurídico.

Las vacaciones en general

Por disposición expresa de nuestra legislación laboral, todo trabajador tiene derecho a disfrutar como mínimo de dos semanas de **vacaciones anuales remuneradas** después de cada cincuenta semanas de servicios continuos, según el artículo 153 del Código de Trabajo¹.

Por otro lado, el artículo 157 del Código de Trabajo² establece que el cálculo para el pago de las vacaciones se hará con base en el **promedio de los salarios ordinarios y**

¹ *“Artículo 153.- Todo trabajador tiene derecho a **vacaciones anuales remuneradas**, cuyo mínimo se fija en dos semanas por cada cincuenta semanas de labores continuas, al servicio de un mismo patrono.*

En caso de terminación del contrato de trabajo antes de cumplir el período de las cincuenta semanas, el trabajador tendrá derecho, como mínimo, a un día de vacaciones por cada mes trabajado, que le será pagado al momento de retiro de su trabajo.” (La negrita es nuestra)

² *“ Artículo 157.- Para calcular el salario que el trabajador debe recibir durante sus vacaciones, se tomará el promedio de las remuneraciones ordinarias y extraordinarias devengadas por él durante la última semana o el tiempo mayor que determine el Reglamento, si el beneficiario prestare sus servicios en una explotación agrícola o ganadera; o durante las últimas cincuenta semanas si trabajare en una empresa comercial, industrial o de cualquier otra índole. Los respectivos términos se contarán, en ambos casos, a partir del momento en que el trabajador adquiera su derecho al descanso.”*

extraordinarios devengados por el trabajador durante las últimas cincuenta semanas laboradas por éste, a partir del momento en que el trabajador cumpla su derecho al descanso.

Es decir se debe sumar los salarios totales devengados durante las cincuenta semanas anteriores, correspondientes al período en que surge el derecho a tomar vacaciones, dividirlo entre cincuenta para obtener el salario promedio semanal, este resultado semanal se multiplica por dos si se están dando las dos semanas completas tal como lo establece el Código de Trabajo.

Llegado a este punto vale la pena recordar también los numerales 156 y 158 del mismo cuerpo normativo³, que establecen, el primero que las vacaciones son absolutamente incompensables y que es prohibido acumular, solo en los casos que indica la norma, por lo que el trabajador debe en buena teoría disfrutar sus vacaciones completas, después de las cincuenta semanas de trabajo continuo; y el segundo que los trabajadores deben gozar sin interrupciones de su período de vacaciones, o sea, en principio se tiene que disfrutar las dos semanas de una sola vez. Excepcionalmente, solo en casos muy justificados estas se pueden dividir en dos fracciones, como máximo, por convenio entre las partes, siempre y cuando las labores del trabajador sean “especiales”, y que por esa naturaleza no le permitan al mismo ausentarse de manera prolongada. Aclaremos que esto aplica para uno o varios trabajadores cuya índole de sus labores sean especiales, no para todos los trabajadores.

Se desprende del articulado en síntesis, que el trabajador tiene derecho a dos semanas de vacaciones anuales, que deben disfrutarse seguidamente al cumplir ese periodo o máximo dentro de las siguientes 15 semanas, que las mismas son incompensables y deben disfrutarse las dos semanas sin interrupciones, salvo en los casos que por situaciones

³ *Artículo 156.- Las vacaciones serán absolutamente incompensables, salvo las siguientes excepciones:*

a) Cuando el trabajador cese en su trabajo por cualquier causa, tendrá derecho a recibir en dinero el importe correspondiente por las vacaciones no disfrutadas.

b) Cuando el trabajo sea ocasional o a destajo.

c) Cuando por alguna circunstancia justificada el trabajador no haya disfrutado de sus vacaciones, podrá convenir con el patrono el pago del exceso del mínimo de dos semanas de vacaciones por cada cincuenta semanas, siempre que no supere el equivalente a tres períodos acumulados. Esta compensación no podrá otorgarse, si el trabajador ha recibido este beneficio en los dos años anteriores.

Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, el patrono velará porque sus empleados gocen de las vacaciones a las cuales tengan derecho anualmente. En todo caso, se respetarán los derechos adquiridos en materia de vacaciones.

Artículo 158.- Los trabajadores deben gozar sin interrupciones de su período de vacaciones. Estas se podrán dividir en dos fracciones, como máximo, cuando así lo convengan las partes, y siempre que se trate de labores de índole especial, que no permitan una ausencia muy prolongada

especiales no pueda ser, pudiéndose fraccionar solo en dos partes y que el salario que debe recibir el trabajador durante las vacaciones es el promedio de los salarios ordinarios y extraordinarios percibidos las cincuenta semanas antes del disfrute.

En cuanto a esto último, para respaldar la interpretación de la forma legalmente dispuesta para calcular el salario en vacaciones se cita un extracto de una reciente resolución emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual en lo que interesa manifiesta lo siguiente:

“...el cálculo de las vacaciones que hiciera el a-quo se hizo incorrectamente con el promedio mensual salarial empleado para el pago de la cesantía avalado por el ad-quem, pues las vacaciones como bien lo señaló deben liquidarse con base en el salario cancelado durante las cincuenta semanas previas al surgimiento del derecho...” (el subrayado es nuestro)⁴

Lo anterior es la aplicación estricta de la normativa. Ahora bien si una determinada empresa tiene por práctica calcular el salario en vacaciones, con el salario anterior al disfrute (actualizado), y ese cálculo es superior al promedio de las últimas cincuenta semanas de salarios, obviamente es un beneficio que puede otorgarse en el tanto supera la norma. Cuando esta conducta patronal se realiza durante varios años, se incorpora al contrato de trabajo como un condición mas beneficiosa para el trabajador que posteriormente no puede eliminarse, a contrario sensu, si se diera el caso que en determinado momento la práctica aludida llega perjudicar al trabajador entonces no puede ser aplicada en perjuicio. Esto con aplicación del Principio Protector del Derecho del Trabajo, la norma de la condición más beneficiosa.

Recordemos que el principio protector tiene varias reglas de aplicación, siendo la que nos interesa citar en este momento la “Regla de la condición más beneficiosa”, que es aquella que se constituye en el criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

Esta regla supone la existencia de una situación más beneficiosa anterior, **concreta y determinada**, que debe ser respetada en la medida que sea más favorable, sobre el mismo nuestros Tribunales han expresado:

“...En todo caso, si alguna duda mediara en el tema, obviamente tendría que resolverse en los términos previstos en el numeral 17 del Código de Trabajo que expresamente dispone: “Para los efectos de interpretar el

⁴

Resolución 2009-000978, 15 hrs., 9 minutos del 30 setiembre de 2009, Exp: 06-001117-0643-LA

*presente Código, sus Reglamentos y sus leyes conexas, se tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social”. Esa norma recoge un principio fundamental en Derecho del Trabajo, a saber, el **principio protector**, del cual se han reconocido tres reglas específicas: la del in dubio pro operario, la de la norma más favorable y **la de la condición más beneficiosa**. La primera supone, en el caso de que una norma admita varias interpretaciones, que debe acogerse aquella más favorable al trabajador, situación que se ha estimado extensiva a la materia probatoria. La segunda, determina que en la hipótesis de que haya más de una norma aplicable, se opte por aquella que sea más favorable y **la última impone el criterio de que la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador (una situación concreta anterior debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar). ...**”⁵*

En virtud del principio anterior, si una empresa tiene una norma, escrita o creada según la costumbre reiterada, de calcular el salario del trabajador durante las vacaciones con base en el salario actual del trabajador, esa costumbre, en el tanto beneficie al trabajador, debe mantenerse, pues al eliminarse puede causar un indudable perjuicio a las condiciones laborales del mismo, de lo contrario debe aplicarse lo que indica el Código de Trabajo.

Con lo anterior queremos decir, si la costumbre de aplicar al pago de vacaciones es la del salario actualizado del trabajador y esto lo beneficia, el patrono puede hacerlo, no obstante si esta práctica en un momento determinado de la relación laboral causa un perjuicio al trabajador, sería totalmente ilegal su aplicación puesto que la costumbre solo puede darse cuando genera mejores condiciones para el trabajador no cuando las disminuye.

En cuanto al tercer punto de su consulta indicamos que por la importancia de este descanso, además de regularse en el Código de Trabajo como ya vimos, también se regula a nivel Constitucional, dentro del Capítulo de “Derechos y Garantías Sociales” que estipula:

CONSTITUCION POLITICA:

“ARTICULO 59: Todos los trabajadores tendrán derecho a un día de descanso después de seis días consecutivos de trabajo, y a vacaciones anuales pagadas, cuya extensión y oportunidad serán reguladas por la

5

Sentencia: 00562 Expediente: 05-002428-0166-LA Fecha: 06/07/2011 Hora: 2:30:00 PM Emitido por: Sala Segunda de la Corte

ley, pero en ningún caso comprenderían menos de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo, todo sin perjuicio de las excepciones muy calificadas que el legislador establezca”.

Ambos cuerpos normativos son coincidentes en que el derecho a vacaciones se adquiere, hasta cumplir las cincuenta semanas de labores continuas; sin embargo, debido a las diversas circunstancias personales o laborales que se pueden presentar en el período de esas cincuenta semanas, el trabajador, en ocasiones, no labora continua y efectivamente el período para acreditar el derecho, tal es el caso de los permisos sin goce de salario, los cuales impiden que ese trabajador complete sus cincuenta semanas continuas de labores, lo que incide directamente sobre el derecho a vacaciones de los trabajadores.

Los permisos sin goce de salario constituyen una causa de suspensión de los contratos. La suspensión a su vez, viene a constituir un elemento jurídico-laboral que hace posible que temporalmente se deje de prestar el servicio y correlativamente se deje de pagar el salario, pero no implica la terminación del contrato ni de los derechos y obligaciones que de ellos emanan, por lo que dichos contratos se mantienen vigentes durante el tiempo de la suspensión y recobran su actualización total una vez transcurrido el motivo de la suspensión. Este tiempo si bien no genera aquellos derechos que tienen como condición la prestación efectiva de servicios, sí generan antigüedad a favor del trabajador, o sea, que el tiempo que dure un permiso de este tipo, sí se cuenta para efectos de tiempo laborado con un patrono, pero no se cuenta para generar el derecho al disfrute de las vacaciones.

Recordemos, que de acuerdo con las normas citadas, son necesarias “cincuenta semanas de labores continuas” para tener derecho al descanso anual de las dos semanas de vacaciones, de manera que si por un permiso sin goce de salario no se han laborado efectivamente, el trabajador deberá completar el tiempo de cincuenta semanas de labores, sumando las laboradas antes del permiso, con las laboradas después de éste, y hasta que complete las citadas cincuenta semanas tendrá derecho a disfrutar de sus vacaciones, lo que llevará necesariamente a correr la fecha de sus vacaciones para el futuro.

Este criterio, queda confirmado con el Voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, aunque se trata de incapacidad, analógicamente se puede aplicar al caso porque ambas causas (incapacidad y permiso sin goce de salario) suspenden la relación laboral:

“Debe tenerse como cuestión relevante que el derecho está concebido sobre la base del cumplimiento de un período de “servicio continuo”. Así las cosas, si de acuerdo con el numeral 79 parcialmente transcrito, la incapacidad por enfermedad “suspende” los efectos del contrato, manteniendo la “única obligación del patrono” de dar la licencia con el pago de salarios en los porcentajes señalados, resulta excluido por el contenido de esa disposición imponerle a un empleador la

“obligación adicional” de soportar el disfrute de vacaciones tomando en cuenta un período donde no ha habido servicio, a raíz de la suspensión, o de pagarle la compensación por el no disfrute, cuando ello proceda. proceda. El derecho a las vacaciones está regulado en la legislación ordinaria (artículos 153 y siguientes del Código de Trabajo), con la misma idea de que su adquisición se da con ocasión del “servicio continuo”...

*Establecidas así las cosas, la tesis de la parte actora, según la cual el patrono estaba obligado a reconocerle el tiempo mientras estuvo incapacitada para el cálculo de las vacaciones, no tiene sustento jurídico en el Código de Trabajo y, por el contrario, contradice el contenido de aquella norma, haciendo extensivo el último párrafo del artículo 153, a un supuesto distinto al contemplado en él, cual es, se repite, que las situaciones indicadas en la norma no tienen la virtud de poner fin al contrato y, por ende, no son causa de interrupción de la continuidad del trabajo, sino de suspensión de algunos de sus efectos. Esa posición ha sido reiterada por la jurisprudencia de esta Sala, según la cual, para el cómputo de las vacaciones, no se deben tomar en consideración los períodos en que el servidor se mantuvo incapacitado, porque, en esos lapsos los efectos de la relación de trabajo se mantuvieron suspendidos. Ese extremo tiene como sustento el merecido y conveniente descanso para el trabajador que en realidad haya trabajado durante el tiempo que la ley señala (Voto N° 82, de las 14:30 horas, del 15 de junio de 1983) y según se ha sostenido con las vacaciones se aspira a una evacuación de las tensiones propias que el empleo genera y de ahí que su génesis, en efecto, esté íntimamente relacionada a la **prestación efectiva** del servicio, por lo que, cuando la labor no ha sido desplegada, su razón de ser no existe (ver votos números 182, de las 9:40 horas, del 9 de noviembre de 1990; 11, de las 8:30 de las 9:00 horas, del 13 de diciembre de 1995). En ese orden de ideas, por no existir prestación efectiva de servicios, durante los períodos de incapacidad de la actora, tal y como acertadamente lo resolvió el ad quem, ésta no tiene derecho a los pagos que por concepto de vacaciones reclama...”⁶*

Por ende, es criterio de esta Asesoría, que las vacaciones son un beneficio que se encuentra condicionado expresamente por la **prestación efectiva de servicios**, con sustento en los artículos 59 de la Constitución Política y 153 del Código de Trabajo, donde se requiere para el disfrute de las mismas, cincuenta semanas de labores continuas al servicio del mismo patrono. Esta disposición legal se complementa con el artículo 157 del mismo Código, el cual dispone que para calcular el salario que debe recibir el trabajador durante

⁶ Voto 2003-00516 de las 9:30 horas del 1 de octubre del 2003.

sus vacaciones, se tomarán los **salarios ordinarios y extraordinarios devengados en las últimas cincuenta semanas de labores** contadas a partir de la fecha en que el trabajador cumple el derecho, de manera que deben existir salarios de cincuenta semanas para calcular el salario de las vacaciones, y si durante el permiso el trabajador no percibió salario, no procede computarlo dentro del tiempo citado y por ello, deberán completarse las cincuenta semanas de labores efectivas para disfrutar del derecho a vacaciones, corriendo la fecha en que el trabajador disfrutará sus vacaciones.

Conclusión

Es nuestro criterio, que a efectos de no perjudicar al trabajador ni disminuirle sus derechos laborales, deberá aplicar la fórmula de cálculo de remuneración durante la vacaciones que otorgue mayor beneficio en cada caso concreto, sea la costumbre de liquidarlas con el salario inmediato anterior (actualizado) o en su defecto aplicarlo con lo que indica el Código de Trabajo; si es la costumbre la que siempre beneficia al trabajador, deberá mantenerse esta práctica.

Si durante el computo de las cincuenta semanas de labores del trabajador, éstas no fueron continuas por haber un periodo de permiso sin goce de salario, al trabajador se le debe correr el periodo de disfrute hasta completar las cincuenta semanas continuas de labores, ya que el hecho del permiso afecta el promedio anual para el disfrute de las vacaciones, tanto para el cómputo como puede serlo para el pago de las mismas.

De usted con toda consideración,

Lic. Francisco Obando Díaz
Asesor

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Jefa

FOD
Ampo 10 D)