

Pronunciamiento N° DAJ-AE-269-13

16 de octubre 2013

Señora (ita)

Jenny Monge Badilla

Coordinadora de Recursos Humanos. COOPESANTOS R.L.

PRESENTE

Estimada señora (ita):

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 18 de abril del año en curso, mediante la cual nos consulta sobre la aplicación de las vacaciones en la cooperativa. Menciona que en el 2004 se aprobó una Política de Administración de Personal de la Cooperativa, donde se estableció como sería el disfrute de vacaciones para los trabajadores. En los puntos de la política aprobada se indica lo siguiente:

1. Los empleados que tengan de uno a cinco años de laborar en la cooperativa en forma continua tendrán derecho a dos semanas de descanso por vacaciones.
2. Del sexto año al décimo el trabajador tendrá derecho a tres semanas de vacaciones.
3. De once años en adelante de laborar, tendrán derecho a un mes calendario de vacaciones por año.

Entiéndase naturales, donde se cuentan sábados y domingos.

Dice que no obstante lo anterior y aún después de aprobada la política, se continuó con la práctica en cuanto al otorgamiento de vacaciones, que se ha mantenido por más de 15 años, según detalló:

1. Los empleados de uno a cinco años de laborar para la cooperativa en forma continua, tienen derecho al 13 día hábiles de vacaciones.
2. Del sexto al décimo año de labores, 19 días hábiles de vacaciones.
3. Después de once años de labores continuas, tienen derecho a 26 hábiles de vacaciones.

Entiéndase días hábiles de lunes a viernes.

En vista de que las nuevas políticas no se pusieron en práctica sino que se continuó otorgando las vacaciones de acuerdo a la costumbre de la cooperativa, consulta si es legal seguir aplicando éste último o por el contrario retomar lo establecido en la política acordada en el 2004.

Por otro lado, desea que se le aclare que en caso de que en las vacaciones se contemplen por los días naturales, si se deben computar los sábados y domingos en las mismas.

Sobre el tema en consulta procedemos a hacer un análisis de la costumbre como fuente de derecho; Ius Variandi y de las vacaciones.

La Costumbre como fuente de Derecho y la Regla de la Condición más Beneficiosa

Para que una costumbre sea considerada como fuente de derecho, deben darse, según la doctrina, dos elementos. El primero de ellos es el elemento material que:

“Consiste en la existencia de “un hábito, nacido en el lugar de trabajo y seguido de manera regular y continua en la localidad y en la profesión”¹. Así las cosas en la formación de la costumbre participan patrono y trabajador de manera regular y continua hasta que dicha costumbre se convierte en una norma consuetudinaria. En segundo lugar tenemos el elemento intelectual, sea “la convicción sobre la necesidad de aplicar una norma consuetudinaria , convicción a la que han llegado los contratantes, de tal suerte que el uso en cuestión se convierte en regla de derecho de aplicación obligatoria para las partes.”²

La importancia de la costumbre por un lado es que llena los vacíos que tengan las leyes y la reglamentación, pero sobre todo por su adaptabilidad puede individualizar las condiciones propias de un trabajo. La costumbre se caracteriza por no estar codificada, siendo hasta cierto punto imprecisa por ser una regla no escrita, lo que dificulta al juez determinar su contenido.

Nuestro Código de Trabajo habla de la costumbre en dos de sus artículos. En primer lugar tenemos el artículo 15, el cual la cita como fuente supletoria del derecho laboral y en segundo término el artículo 19, el cual la menciona como fuente principal cuando de establecer el contenido de las obligaciones del contrato de trabajo se trata.

Jurisprudencialmente se ha dicho lo siguiente:

¹ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Departamento Jurídico. “Las Teorías Generales del Derecho del Trabajo”. San José, Costa Rica. 1996. Pág.53.

² Ibid.

“...El origen de la costumbre se encuentra en la práctica, en la reiteración de los hechos en forma natural y espontánea. Puede distinguirse entre costumbre según la ley, costumbre contra la ley, en cuyo caso esta última prevalece sobre la primera y costumbre fuera de la ley, supuesto en el cual cumple la función de completar cualquier vacío legal y subsiste de manera independiente. Cabanellas señala que “...en lo laboral, en todos los ordenamientos jurídicos, la costumbre presenta vitalidad vigorosa y logra eficacia incluso contra la ley. La costumbre derogatoria de ésta debe estimarse en relación con la norma a la que se opone; si esta norma está dictada por razones de orden público, la costumbre no puede invalidarla; pero si la norma no ofrece esa valoración y concede derechos por encima de los otorgados por las leyes o disminuye algunos concedidos con exceso, puede y debe ser observada y aceptada.” (Cabanellas de Torres, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., cuarta edición, 2.001, p. 166). En nuestro medio, Brenes Córdoba explicaba que “... la costumbre... es la práctica repetida de una determinada conducta –uso- unida al convencimiento, por parte de los interesados, de que tienen la obligación de conducirse como lo vienen haciendo (opinio necessitatis). Este convencimiento del carácter obligatorio distingue a la costumbre de los simples usos que se siguen en la vida social sin que se les llegue a atribuir ese carácter de obligatoriedad.” (Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las Personas, Volumen I, San José, Editorial Juricentro, quinta edición, 1.998, p. 65). Por su parte, Alonso Olea y Casas Baamonde entienden la costumbre como una “norma creada e impuesta por el uso social..., entendiendo que la expresión ‘norma’ implica el sentir comunitario de que el uso debe valer como Derecho y como tal ser impuesto: una norma válida no en virtud de una ley estatuida, sino de un consenso ... o convicción de validez, que no es sólo la psicológica subjetiva del que se somete a su imperio, sino la difusa colectiva que deriva del hecho del sometimiento. Este mismo revela la existencia de una pauta general en los acaecimientos que sólo así se explican y a través de los cuales la costumbre se explaya.” (Alonso Olea, Mauel y Casas Baamonde, María Emilia. Derecho del Trabajo, Madrid, Editorial Civitas, vigésima edición, 2.002, p. 795). De lo anterior se infiere que la costumbre también constituye una fuente del Derecho del Trabajo, que puede aplicarse cuando se superan los derechos previstos en la normativa de orden público³...”

Para mayor abundamiento la misma Sala manifiesta lo siguiente:

“Que de conformidad con la abundante prueba que pende de los autos, tanto documental como de testigos, se ha acreditado fehacientemente que, por medio de una costumbre en la empresa demandada, al liquidarse a sus

³

Sala Segunda, Voto 00075-2004 de las 9:40 horas del 11 de febrero del 2004.

trabajadores, por cualquier motivo, se le cancelaba a éstos el importe del auxilio de cesantía sin tope legal alguno.

Ahora bien, dispone el inciso d) del artículo 29 del Código de Trabajo, que “en ningún caso podrá exceder dicho auxilio de cesantía de ocho meses”, pero fue la propia demandada la que, en virtud de costumbre o práctica de empresa, como lo denomina la doctrina laboralista, instauró un nuevo sistema de reconocimiento del auxilio de la cesantía sin tope legal alguno, lo cual sucedió con varios de los trabajadores que han dejado de laborar para la demandada.

Esta conducta patronal, repetida en el transcurso del tiempo, se incorpora a los contratos de trabajo, máxime cuando benefician al trabajador, como en el sub-júdice, aceptado con suma complacencia por los trabajadores, sin que pueda entenderse como actos de liberalidad esporádicos, como lo pretende hacer ver el recurrente.

No desconoce esta Sala que este tipo de actuaciones no se repiten constantemente, ya que no son todos los días en que se despide o renuncia un trabajador con más de ocho años de servicio, situación por la cual, este hábito es requisito que se mantenga en cada rompimiento del contrato de trabajo y si la prueba testimonial, así como la documental, lo acreditan sin lugar a dudas, esta práctica de empresa ha de considerarse como una fuente formal que integra el ordenamiento jurídico laboral, al tenor del artículo 15 del Código de Trabajo.”⁴ (el subrayado es nuestro)

La jurisprudencia es clara respecto de considerar que el patrono cuya práctica reiterada, continua y general, de otorgar mayores beneficios que los establecidos en la Ley, hace constituir a favor de los trabajadores un derecho adquirido incorporado a los contratos de trabajo, toda vez que se tiene como una costumbre jurídicamente relevante al tenor de lo establecido en el artículo 15 del Código de Trabajo.

Así las cosas, si la empresa realiza una práctica reiterada en el tiempo, como lo es otorgar más días de vacaciones y esta práctica adquiere todas las características de una costumbre laboral, se convierte en un derecho adquirido para el trabajador, imposibilitando a que el patrono pueda retirar ese beneficio por su propia voluntad. En este sentido, sería ilegal la aplicación de la política administrativa que disminuye beneficios en el otorgamiento de vacaciones, por cuanto debe prevalecer la costumbre.

Además de lo dicho, dentro de las relaciones laborales impera el Denominado Principio Protector el cual contiene tres reglas fundamentales: Regla de la norma más favorable, Regla de la condición más beneficiosa y la Regla del In Dubio Pro Operario. Respecto a la Regla de la condición más beneficiosa se dice que “es un criterio por el cual la

⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Res 300-94 de las 9:10 horas del 07 de octubre de 1994. Igualmente puede verse las siguientes resoluciones: 125-91; 243-92; 328-94; 102-95 y 58-94, todas de la Sala Segunda.

aplicación de una norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más ventajosas en que se encuentra el trabajador”⁵.

De esta manera y como ya lo indicamos, si la empresa tiene una conducta reiterada en el tiempo y aplicada a todos o un grupo de los trabajadores de la institución, estamos en presencia de una costumbre, la cual generalmente otorga beneficios mayores que los estipulados en la propia ley, beneficios que quedan integrados a los contratos de trabajo, toda vez que este tipo de prácticas devienen en costumbres jurídicamente relevantes, por lo que no sería posible su modificación unilateral que cause un perjuicio al trabajador (*ius Variandi Abusivo*), pues con ello se violenta el Principio Protector y se violenta el ordenamiento jurídico.

Sobre el *Ius Variandi*

Durante la vigencia del contrato es posible que sea necesario ir modificando ciertas condiciones, en virtud de circunstancias especiales que van surgiendo con el transcurso del tiempo.

El empleador o patrono, como organizador y coordinador del trabajo, se puede ver obligado en ocasiones a variar las condiciones de la prestación de servicios haciendo uso de la facultad del llamado “*IUS VARIANDI*”, sea la potestad que tiene el patrono de modificar unilateralmente y aún contra la voluntad del trabajador, cuando exista una justa necesidad de la empresa, las condiciones en que se ha venido prestando la relación laboral. Sin embargo, este poder dispositivo del patrono no es absoluto, pues tiene sus limitaciones, la más importante de ellas es que su ejercicio no puede recaer sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo –salario, **jornada** y la jerarquía, entre las más importantes -.

El *IUS VARIANDI* responde al concepto más o menos elástico del poder de dirección, en sentido técnico o administrativo, y a veces disciplinario pero, lejos de ser absoluto, se desenvuelve dentro de ciertos límites que no pueden llegar a anular o disminuir el principio de la invariabilidad de la prestación de servicios. Por eso, el empleador puede hacer uso de dicha facultad siempre que la medida no entrañe para el trabajador una disminución de su jerarquía, modificación radical de las funciones para las que fue contratado, le cree una situación humillante o injuriosa, le obligue a un esfuerzo mayor para adaptarse a nuevas tareas que no son las de su especialidad, o que el cambio le traiga aparejado un peligro para su salud o incomodidades reales que no fueron previstas cuando se formalizó el contrato.⁶

Debe quedar claro que el *Ius Variandi* corresponderá a modificaciones en los contratos de trabajo, que el patrono puede hacer a las condiciones inicialmente pactadas, en

⁵ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Departamento Jurídico. “Las Teorías Generales del Derecho del Trabajo”. San José, Costa Rica. 1996. Pág.59

⁶ Al respecto ver Sentencia N° 3115 del Tribunal Superior de Trabajo de las 8:25 horas del 6 de diciembre de 1982.

el caso concreto a condiciones que han sido incorporadas a los contratos de trabajo por una práctica o costumbre reiterada, en el entendido que las modificaciones no pueden ser negativas, quedando a salvo los elementos esenciales que por ninguna razón se pueden modificar.

Entonces, si bien cierto el *Ius Variandi* es una potestad patronal para realizar cambios en las condiciones contractuales en forma unilateral, esta potestad no puede ser abusiva; por lo anterior es claro que la política administrativa aprobada en el 2004 en cuanto a variación al disfrute a las vacaciones en la cooperativa, no se hubiese podido aplicar en su momento, ni posteriormente, en vista que causa un perjuicio a los sobre beneficios que han sido otorgados por años.

De las Vacaciones

En primer lugar es importante señalar que según los artículos 59 de la Constitución Política y 153 y 154 del Código de Trabajo, las vacaciones son un derecho de todo trabajador, en dicha normativa se establece que todo trabajador tiene derecho a disfrutar **como mínimo**, de dos semanas de vacaciones después de cada cincuenta semanas de servicios continuos, aún cuando su contrato no le exija trabajar todas las horas de la jornada ordinaria, ni todos los días de la semana.

Es importante indicar en este sentido, que el instituto de las vacaciones se estableció con el fin de atender a una necesidad primordial, cual es proteger la salud física y mental de los trabajadores, mejorando su condición familiar y social y evitando con ello, que con el tiempo sufran pérdida de facultades y debilitamiento prematuro, lo cual disminuiría el período de vida útil.

Asimismo de conformidad con el artículo 158 del Código de cita, las vacaciones deben gozarse sin interrupciones y solamente podrán dividirse en dos fracciones, cuando se trate de labores de índole especial, que no permitan una ausencia muy prolongada del trabajador y porque exista convenio entre las partes patrono y trabajador al respecto.

Al tenor de su consulta, para calcular el tiempo efectivo de vacaciones que le corresponde a un trabajador, es importante tomar en cuenta no sólo la jornada contratada, sino también la modalidad de pago que se le aplique a ese trabajador.

La interpretación más generalizada de dicho precepto legal, acoge la idea de que por “semana” debe entenderse “los días remunerados durante la semana”, lo cual se determina por la forma de pago que se aplique en la empresa.

Tratándose de pago **quincenal o mensual**, el período de vacaciones será de **catorce** días efectivos, sean doce días por concepto de vacaciones, más los dos días de descanso semanales, que en este caso, hay que remunerarlos obligatoriamente, por cuanto esta modalidad presupone la cobertura de todos los días del mes, entendiéndose como treinta días, independientemente de que sean éstos hábiles o inhábiles, o bien se trate de meses de

veintiocho, veintinueve o treinta y un días, por lo que se completan para efectos de pago, un total de catorce días en esta modalidad de pago.

En el caso del pago **semanal**, como se pagan únicamente los días efectivamente laborados, al otorgar vacaciones se cancelarán sólo seis días cada semana, para un total de **doce** días por período, pero en cuanto al disfrute también deben tomarse como doce días hábiles y dos de descanso.

La distinción que se debe hacerse entre días hábiles y naturales para el cómputo de días de vacaciones, está estrechamente relacionada con la jornada laboral del trabajador.

La Sala Segunda en voto 00214-95 de las 9 horas con 15 minutos del 07 de julio de 1995 se refiere al tema:

Sin embargo, para el cargo que el actor desempeñó en la institución demandada, el numeral aplicable a su relación laboral es el número cinco que indica, en lo que interesa: "Artículo 8: Del disfrute de vacaciones para servidores docentes: Los profesores de Régimen Académico... de tiempo completo o parcial, disfrutarán de vacaciones a razón de treinta días hábiles por cada período legal de trabajo de cincuenta semanas..." Indica además el reglamento: "Art. 3: De los días hábiles: Por "días hábiles" se entenderá días regulares de trabajo, excluidos los que corresponden al descanso semanal obligatorio, los días feriados establecidos por el artículo 147 del Código de Trabajo, así como los días de asueto que conceda la Universidad de Costa Rica." Ello nos lleva a concluir que, en cuanto al cómputo de las vacaciones en períodos completos de cincuenta semanas, la entidad demandada tiene norma expresa que regula la relación laboral y no sería procedente que en perjuicio del trabajador, se establezca una distinción que la ley no hace. Distinguir entre disfrute y pago del extremo pretendido como lo hace el Tribunal, lesiona un derecho indiscutible del trabajador, porque como se indicó, el Reglamento de Disfrute de Vacaciones establece un régimen más favorable que el contenido en el Código de Trabajo, cuyos alcances deben respetarse tanto para el disfrute como para el pago de los períodos completos que no se hayan disfrutado. Esta es la razón por la que, al no haberse respetado la normativa aplicable y particularmente por el origen y causa de las vacaciones, ha de considerarse procedente acoger este extremo en cuanto a los dos períodos completos de vacaciones no disfrutadas y realizar el cálculo de éstas de acuerdo a días hábiles y no naturales, lo que se hará en ejecución de sentencia.

Proponemos a los señores magistrados "supletoriamente" si no se considerase adecuado que se conceda vacaciones en esa forma, al menos se incluya dentro del artículo 39 del proyecto, que esas

vacaciones se otorgarán en días hábiles y la posibilidad de fraccionamiento.”, de lo transcrito se observa que la intención del legislador desde un principio era establecer como incluidos los días sábados, domingos y feriados dentro de las vacaciones a que tuviese derecho el trabajador al utilizar la denominación de días naturales, es decir, no hizo distinción entre las jornadas de entre semana y las de fin de semana para los efectos del disfrute de vacaciones.

“...De los días hábiles: Por "días hábiles" se entenderá días regulares de trabajo, excluidos los que corresponden al descanso semanal obligatorio, los días feriados establecidos por el artículo 147 del Código de Trabajo, así como los días de asueto que conceda la Universidad de Costa Rica." Ello nos lleva a concluir que, en cuanto al cómputo de las vacaciones en períodos completos de cincuenta semanas, la entidad demandada tiene norma expresa que regula la relación laboral y no sería procedente que en perjuicio del trabajador, se establezca una distinción que la ley no hace. Distinguir entre disfrute y pago del extremo pretendido como lo hace el Tribunal, lesiona un derecho indiscutible del trabajador, porque como se indicó, el Reglamento de Disfrute de Vacaciones establece un régimen más favorable que el contenido en el Código de Trabajo, cuyos alcances deben respetarse tanto para el disfrute como para el pago de los períodos completos que no se hayan disfrutado. Esta es la razón por la que, al no haberse respetado la normativa aplicable y particularmente por el origen y causa de las vacaciones, ha de considerarse procedente acoger este extremo en cuanto a los dos períodos completos de vacaciones no disfrutadas y realizar el cálculo de éstas de acuerdo a días hábiles y no naturales, lo que se hará en ejecución de sentencia...”.

En respaldo de lo anterior la misma Sala posteriormente en Sentencia N° 00064-2005 de las 10 horas con 20 minutos del 10 de febrero de 2005 indica:

“...Corresponde ahora analizar el reparo de fondo del recurso, que en esencia se refiere a un incorrecto sistema de cálculo de días de descanso en el período de vacaciones, ya que se considera que se está incluyendo en el mismo los días de descanso semanal, funda su reproche en una supuesta ilegalidad en lo dispuesto por la Corte Plena y en sesión de las trece horas treinta minutos del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y uno, específicamente en el artículo LXIV, y lo aplicado por el Consejo Superior del Poder Judicial en sesión de las trece horas treinta minutos del veintiséis de junio de mil novecientos noventa y cinco

en el artículo XVI, respecto al hecho de que al disfrutar de una parte o la totalidad de sus vacaciones, se debe tomar en cuenta, no sólo los días hábiles de esa semana, sino también los sábados y domingos. Al respecto de este tema, se debe decir que no comparte esta Sala los alegatos de la parte actora, ya que desde las actas de la Asamblea Legislativa, al discutirse el proyecto de ley que culminó con la publicación de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, se dijo lo siguiente: “Tradicionalmente las vacaciones en el Poder Judicial se han otorgado a todos los empleados según lo ordenado en el artículo 39 de la Ley actual, esto es considerando el número de días de febrero. Se ha interpretado que se trata de días naturales, de manera que se contabiliza sábados, domingos y feriados en su caso.

Eso ha permitido un tratamiento idéntico para todos los empleados sin distinguir sus años de antigüedad al servicio de la Institución. Tampoco se ha permitido fraccionar las vacaciones (como lo establece el Código de Trabajo), limitando las posibilidades de que la familia del servidor se integre en épocas especiales, tales como navidad y vacaciones estudiantiles de medio período, sin olvidar la necesidad la necesidad de descanso de los empleados que se encuentran sometidos a mucha tensión durante todo el año, tal el caso de los investigadores del O.I.J., Jueces penales, juzgados de instrucción etcétera, donde el material humano con el que se labora es altamente explosivo.

Aunado a todo ello, tenemos en la Institución, una incidencia bastante alta en problemas emocionales y psico-sociales, y otros de ese calibre, provocado por las propias labores inherentes al cargo.

...

Bajo ese clima, la facultad para disponer de dos lapsos de vacaciones, vendría a permitir un escape a esa tensión...

Proponemos a los señores magistrados “supletoriamente” si no se considerase adecuado que se conceda vacaciones en esa forma, al menos se incluya dentro del artículo 39 del proyecto, que esas vacaciones se otorgarán en días hábiles y la posibilidad de fraccionamiento.”, de lo transcrito se observa que la intención del legislador desde un principio era establecer como incluidos los días sábados, domingos y feriados dentro de las vacaciones a que tuviese derecho el trabajador al utilizar la denominación de días naturales, es decir, no hizo distinción entre las jornadas de entre semana y las de fin de semana para los efectos del disfrute de vacaciones. ...”

Como vemos la Sala considera que la intención del legislador cuando se refiere a las dos semanas de vacaciones que indica el Código de Trabajo, corresponde a días naturales donde se incluyan todos los días de la semana, de lunes a domingo.

No obstante, como lo analizamos líneas atrás, si el patrono desea conceder mayores beneficios a sus trabajadores, podrá hacerlo sin problema y constituirá una condición más beneficiosa para el trabajador, que se incorpora a los contratos de cada uno y no podrá eliminarse.

En conclusión, sería ilegal la puesta en práctica la política que aprobó la cooperativa en 2004, por cuanto disminuye beneficios en cuanto a la cantidad de días de vacaciones que están disfrutando los trabajadores en la actualidad y que es la que se ha venido aplicando por costumbre, por lo cual debe mantenerse este modelo; una alternativa sería liquidar a todos los trabajadores (pagando preaviso, cesantía, vacaciones y aguinaldo); y recontratar con las nuevas políticas. En el segundo punto de su consulta, le indicamos de acuerdo a la jurisprudencia, que cuando una normativa se refiere a días naturales para el computo de días de vacaciones se deben contemplar todos los días de la semana incluidos sábado y domingos como vacaciones, siempre y cuando estén por lo menos en el mínimo que indica la ley, de dos semanas de vacaciones por cada cincuenta semanas de trabajo continuo. Pero si el derecho está establecido en días hábiles, prevalece ese beneficio sobre la norma legal.

De Usted, con nuestra mayor consideración,

Lic. Francisco Obando Díaz
Asesor

Licda. Ivannia Barrantes Venegas
Jefe

FOD/
Ampo 19 A