

Gestión N° DAJ-DAE-01288-13

Pronunciamiento N° DAJ-AE-264-2013
15 de octubre de 2013

Señora
Marlen Araya
Recursos Humanos
CCM Cinemas
Correo: recursoshumanos@ccmcinemas.com
Presente

Estimada señora:

Me refiero a su nota, recibida vía correo electrónico el 24 de setiembre de 2013, mediante la cual consulta sobre la inclusión de días de vacaciones dentro del preaviso, por parte del patrono.

A efecto de evacuar la presente consulta, es conveniente indicarle que según el tratadista argentino Guillermo Cabanellas, “*el Preaviso es la notificación o participación obligatoria por la cual una de las partes contratantes advierte a la otra, con la antelación legal o convencional, que es su voluntad que, vencido el término, el contrato de trabajo estará rescindido*”.

En principio, el preaviso debe concederse de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 28 del Código de Trabajo. En dicho numeral, se establecen en forma escalonada, los mínimos de tiempo que se deben otorgar por concepto de preaviso, en caso de rompimiento sin justa causa del contrato de trabajo por tiempo indefinido, dependiendo de la antigüedad del trabajador. Además, estipula la posibilidad de no dar el tiempo que corresponde al preaviso, pero en tal supuesto, subsiste la obligación de pagar su importe en dinero a la parte que se vea afectada.

Sobre la figura del preaviso, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera¹:

III.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PREAVISO: *El preaviso tiene como finalidad hacer saber, una de las partes contratantes a la otra, con un*

¹ Voto No. 2003-00676 de las 10:30 del 13 de noviembre de 2003.

tiempo prudencial, su propósito de disolver el contrato; de ahí que se caracterice 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, cuando cese aquel del cual 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. En ese sentido se ha explicado que "... el preaviso es la notificación anticipada, debida a la parte contraria, por quien rescinde el contrato individual de trabajo... existe para impedir una ruptura brusca del contrato individual de trabajo, evitando que a raíz de ella se produzcan perjuicios, tanto para el empleado como para el empleador... Pero al impedir que el trabajador pueda ser tomado de sorpresa, al despedírsele por exclusiva decisión patronal, el preaviso le proporciona la oportunidad de encontrar otro empleo, dentro de un plazo razonable. Desde el punto de vista de la empresa, el preaviso funciona con un punto de mira muy diferente. Cuando lo cursa el trabajador (a) que se retira, su finalidad es garantizar la continuidad de la producción, concediendo al patrono suficiente margen de tiempo para que consiga un reemplazante al trabajador que deja su servicio. Por lo tanto, la doble finalidad del instituto consiste en proporcionar, al trabajador despedido, la oportunidad de obtener un nuevo empleo y en los casos en que la rescisión contractual proviene de iniciativa del propio trabajador, proporcionar idéntica oportunidad a su patrono, a fin de que éste pueda contratar un nuevo empleado". (RUSSOMANO, Mozart Víctor. El preaviso en el Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Ediciones Depalma, primera edición, 1965, pp. 8-12). En consecuencia, 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 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).

De conformidad con lo expuesto, el preaviso constituye el aviso previo y oportuno que debe otorgar el contratante que desea finiquitar esa relación, a la otra parte de la relación laboral, llámese patrono o trabajador, con la finalidad de permitirle tomar las medidas necesarias para evitar la generación de posibles daños que podría causar el rompimiento abrupto de la relación.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de otorgar vacaciones durante el periodo de preaviso, es necesario mencionar, que esta Dirección anteriormente tenía el criterio que esta práctica resultaba improcedente, por cuanto no se estaría brindando en tiempo el aviso correspondiente, ni se estaría compensando en dinero, como establece la Ley, considerando ambos derechos como excluyentes.

No obstante, la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 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, según se explicó en el anterior considerando. No hay duda de que mientras el trabajador goza de sus vacaciones (tiempo durante el cual el contrato de trabajo se mantiene vigente) puede dedicarse, al mismo tiempo -y tal vez hasta en mejores condiciones a que si gozara de solo un día por semana, como lo dispone la ley-, 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).

“Así las cosas, debemos entender que se le dieron veinticinco días de preaviso; y se le adeudan cinco días por ese concepto, sin que sea relevante, para negarle eficacia, el hecho de que no se le concedieran los días de asueto a los que se refiere el numeral 28 del Código de Trabajo, según se dijo en el Voto de esta Sala, N° 411, de las 9:40 horas, del 14 de diciembre de 1994: “En realidad, el preaviso, conlleva la notificación de la destitución, pues a través de él lo que se hace es notificar, con cierta

antelación, el despido. Según una doctrina, que esta Sala comparte, el aviso en aquellos términos "...integra una notificación o participación obligatoria por la cual una de las partes contratantes advierte a la otra, con la antelación legal o convencional, que es su voluntad que, vencido el término, el contrato de trabajo queda rescindido" (CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, Tomo VI, 17a edición, página 344). Así lo han debido entender ambas partes, puesto que a partir del 1° de enero, el trabajador dejó de prestar el servicio y la demandada de pagarle salario; tanto es así que, en el escrito en que se pidió el agotamiento de la vía administrativa, el 1° de octubre de 1991, lo que se solicitó fue la "Reintegración a las funciones de mi puesto". 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 (documento de folio 121). 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 resaltado es nuestro)

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:

" IV.- De importancia para la resolución de este asunto, conviene indicar que ya esta Sala en numerosas oportunidades ha reconocido que el beneficio de las vacaciones responde por una parte al derecho de todo trabajador de tener un descanso y por otra, a la posibilidad del empleador de garantizarse mayor eficiencia con el descanso del primero. Se trata entonces de un derecho y un deber del trabajador establecidos en la Constitución Política en su artículo 59, el cual dispone:

*"Artículo 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 ley**, pero en ningún caso comprenderán menos de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo; todo sin perjuicio de las excepciones muy calificadas que el legislador establezca." (La negrita no es del original)*

Se deduce claramente del artículo anterior que se deja abierta la posibilidad de que la ley determine la oportunidad en que las vacaciones deben ser tomadas por el trabajador. En cumplimiento de lo anterior señala el artículo 155 del Código de Trabajo:

*"Artículo 155.- **El patrono señalará la época en que el trabajador gozará de sus vacaciones**, pero deberá hacerlo dentro de las quince semanas posteriores al día en que se cumplan las cincuenta de servicio continuo, tratando de que no se altere la buena marcha de su empresa, industria o negocio, ni la efectividad del descanso." (La negrita no es parte del original)*

Para el caso concreto, es evidente según se desprende de la normativa transcrita que efectivamente la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica está facultada para obligar a su Gerente, por razones de conveniencia y oportunidad, a ejercer su derecho de vacaciones en un determinado momento, sin que eso implique una transgresión a la Carta Fundamental en el tanto no vuelva nugatorio su derecho al descanso constitucionalmente garantizado. Independientemente de la naturaleza jurídica de la relación existente entre el recurrente y la Junta Directiva de la institución donde labora, el principio siempre es el mismo, quedando entonces la facultad de dicho órgano colegiado de definir una fecha determinada para el disfrute de sus vacaciones, siendo que si el amparado no está de acuerdo con las fechas fijadas, ello constituye un asunto que no corresponde dilucidarlo ante esta jurisdicción, sino ante la propia autoridad recurrida o, en su defecto, en la jurisdicción ordinaria correspondiente. (En ese sentido ver sentencias número 04867-98, 01877-99, 03507-99, entre otras)

V.- Tal como se desprende del elenco de hechos probados, el recurrente había presentado su renuncia ante la Junta Directiva del Banco de Costa Rica para hacerla efectiva a partir del treinta y uno de enero de dos mil tres, la cual fue aprobada. En virtud de lo anterior, la Junta Directiva constató el monto de vacaciones acumuladas que tenía el recurrente y dispuso garantizarle el disfrute de ese derecho hasta el día que terminaba la relación laboral debido a la cantidad de días que tenía a su favor y lo oneroso que resultaba el pago de las mismas. Considera esta Sala que dicha actuación lejos de constituir una violación a los derechos fundamentales del amparado se apega a lo dispuesto en el texto fundamental, por cuanto en ningún momento se está haciendo nugatorio su derecho a vacaciones sino todo lo contrario, respetándose durante dicho periodo todos sus derechos laborales. 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.***”(*el resaltado no es del original*)

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.

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 preaviso a su empleador, si este tiene periodos de **vacaciones vencidos**, 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. De igual forma, puesto que el establecer la fecha en que el trabajador va a disfrutar de sus vacaciones es una facultad del patrono, 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.

Por último, resulta importante rescatar que de conformidad con el párrafo final del artículo 28 del Código de Trabajo, el empleador debe darle al trabajador un día de asueto cada semana para buscar un nuevo empleo, el cual consideramos no podrá contemplarse dentro de los días computados como vacaciones, esto por tratarse de un derecho excluyente y diferente al de las vacaciones. En caso de no hacerse la exclusión del día de asueto dentro del cómputo de las vacaciones, el patrono deberá remunerar adicionalmente esos días por semana según lo dispuesto en el Voto supra transcrito.

De seguido doy respuesta puntual, a cada una de sus consultas:

1. La Auditoría Interna y la asesoría legal de la empresa, indican que si es posible y que incluso la empresa ha venido presentando prácticas incorrectas al hacer

liquidaciones por aparte de cada concepto (30 días de preaviso más 15 días de vacaciones).

En cuanto a la posibilidad de otorgar vacaciones en el preaviso, si es posible hacerlo, como ya quedo demostrado con lo expuesto en los párrafos anteriores. En cuanto a las irregularidades por cancelar en la liquidación los rubros de vacaciones y preaviso separando los días, no es irregular, por cuanto el artículo 28 del Código de Trabajo regula los casos y los períodos en los cuales se deben otorgar el preaviso, y en cuanto a las vacaciones los artículos 153 y siguientes del cuerpo normativo citado, establecen las reglas generales de otorgamiento de estas, además ha quedado demostrado en la jurisprudencia, y en la práctica que todo trabajador que es despedido, o renuncia a su trabajo, tiene derecho al pago de las vacaciones no disfrutadas, o a la proporción de estas si se le otorgo el beneficio en período reciente. Razón por la cual se concluye que las vacaciones y el preaviso, en la práctica común y según la ley deben cancelarse en rubros aparte.

Pero si lo que usted quiere decir es que mientras está de vacaciones en el mismo tiempo del preaviso se le pagan ambos rubros, esto si es un mal procedimiento pues es lógico que para efectos del pago uno asume al otro, el doble pago no procede en estos casos.

2. Cuando un colaborador renuncia, normalmente hace aplicación de sus vacaciones al preaviso, trabajando sólo el saldo que queda entre la totalidad del preaviso, menos los días de vacaciones. Sería entonces la misma práctica pero aplicada desde la perspectiva de que es el patrono quien rompe la relación laboral.

Efectivamente y como se desarrollo en los acápite anteriores, es una práctica aceptada jurisprudencialmente, la cual siempre y cuando no provoque perjuicio al trabajador, el patrono la puede aplicar como una forma práctica de realizar la liquidación de derechos laborales al trabajador. Obviamente siempre que se trate de períodos vencidos de vacaciones, pues los períodos no vencidos deberán cancelarse en dinero.

3. Un personero del RAC nos indicó que eso (conceder vacaciones en preaviso) sólo puede realizarse con vacaciones de período vencido, ¿es eso correcto?

Efectivamente, el patrono, de acuerdo con las necesidades de la empresa, podrá conceder vacaciones de períodos vencidos durante el preaviso que debe darle el trabajador, no siendo aplicable para períodos que están por cumplirse pues éstos se pagan según el último párrafo del artículo 153 del Código de Trabajo.

4. ¿Puede el patrono realizar esa fórmula matemática para el pago del preaviso? De ser afirmativa la respuesta, ¿se aplica a todos o sólo con vacaciones de períodos vencidos?

El cálculo de los días de preaviso se debe hacer según lo que dispone el artículo 30 del Código de Trabajo, o sea con el promedio de salarios de los últimos seis meses, y el pago de ellas vacaciones acumuladas, se hace con base en las cincuenta semanas anteriores a la fecha que le correspondía el disfrute, obviamente en este cálculo, el patrono puede decidir pagar con el promedio más alto para no perjudicar al trabajador.

De usted, con toda consideración,

Lic. Alejandro Abarca Alfaro
ASESOR

Licda. Ivania Barrantes Venegas
JEFA

Ampo
dgq