



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

INFORME LEGAL N° 164-2010-SERVIR/GG-OAJ

CARGO

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE
RECURSOS HUMANOS

30 JUN. 2010

RECIBIDO

Firma: *Ramón* Hora: 9:41

A : **BEATRIZ ROBLES CAHUAS**
Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

De : **MANUEL MESONES CASTELO**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre oportunidad de pago de remuneración vacacional y de indemnización en los casos de falta de goce de descanso físico

Referencia : Oficio N° 119-2010-CONCYTEC-P

Descriptores :
a) Competencia de SERVIR
b) Derecho al descanso vacacional y oportunidad de goce
c) Efectos de la falta de disfrute
d) Remuneración por el trabajo efectuado
e) Posturas jurisprudenciales sobre la configuración del derecho al pago indemnizatorio
f) Trabajadores excluidos del derecho a indemnización
g) Pago de la remuneración vacacional y de las vacaciones truncas en caso de cese

Fecha : Lima, 25 JUN 2010

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, por el que la Presidencia del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica – CONCYTEC, consulta sobre la oportunidad en que se debe hacer el pago de la remuneración vacacional y de la indemnización prevista en el artículo 23º del Decreto Legislativo N° 713.

I Base legal

- 1.1 El Decreto Legislativo N° 713, que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, dispone en sus artículos 10º, 14º, 22º y 23º, lo siguiente:

"Artículo 10.- El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación (...)"

Artículo 14.- La oportunidad del descanso vacacional será fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la empresa y los intereses propios del



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

trabajador. A falta de acuerdo decidirá el empleador en uso de su facultad directriz.

Artículo 22.- Los trabajadores que cesen después de cumplido el año de servicios y el correspondiente récord, sin haber disfrutado del descanso, tendrán derecho al abono del íntegro de la remuneración vacacional.

El récord trunco será compensado a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiere laborado, respectivamente.

Artículo 23.- Los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquieren el derecho, percibirán lo siguiente:

- a) Una remuneración por el trabajo realizado;*
- b) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y,*
- c) Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo.*

El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago."

- 1.2 Por su parte, el Reglamento de dicha norma, aprobado por Decreto Supremo N° 012-92-TR, establece en sus artículos 23° y 24° lo siguiente:

"Artículo 23.- Para que proceda el abono de récord trunco vacacional el trabajador debe acreditar un mes de servicios a su empleador. Cumplido este requisito el récord trunco será compensado a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiera laborado, respectivamente.

Artículo 24.- La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del Artículo 23. del Decreto Legislativo, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios."

II Análisis

Competencia de SERVIR

- 2.1 Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia de servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, acceso, entre otras, emita de manera progresiva.
- 2.2 Siendo SERVIR un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus respectivas



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales en cada entidad.

- 2.3 En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, **planteadas entre temas genéricos y vinculados entre sí**, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por lo tanto, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Derecho al descanso vacacional y oportunidad de goce

- 2.4 El Decreto Legislativo N° 713 establece en su artículo 10º que el trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios, derecho que está condicionado, además, al cumplimiento del récord que dicha norma determina.
- 2.5 El artículo 14º del mismo dispositivo establece que la oportunidad de goce del descanso, es fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la empresa y los intereses propios del trabajador; y que, a falta de acuerdo, decide el empleador en uso de su facultad directriz.

Efectos de la falta de disfrute

- 2.6 El artículo 23º de la norma citada dispone que los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquirieron el derecho, percibirán lo siguiente:
- a) Una remuneración por el trabajo realizado;
 - b) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y,
 - c) Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso, la que no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo.

Oportunidad de pago

- 2.7 El Decreto Legislativo N° 713 no establece la oportunidad en que deben abonarse los conceptos referidos, y se limita a disponer que *"El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago"* (subrayado agregado), lo que podría dar espacio a diversas interpretaciones.
- 2.8. Sin embargo, en nuestra opinión, el nacimiento de la obligación de pago de los mencionados conceptos se produce de la siguiente manera:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

- El concepto a) está referido a **haber prestado servicios durante el mes que correspondía descansar**, por lo que su generación se produce en la oportunidad en que el trabajador laboró.
- Por su parte, los conceptos b) y c) se encuentran estrictamente ligados al no disfrute oportuno del descanso vacacional; por lo que **la generación de ellos se produce al vencer el año siguiente de haber ganado el descanso vacacional sin haberlo disfrutado**.

En ambos casos, la generación del derecho se produce con prescindencia que el mismo haya o no sido exigido por el trabajador, judicial o extrajudicialmente.

Posturas jurisprudenciales sobre la configuración del derecho al pago indemnizatorio

- 2.9 La jurisprudencia no ha sido uniforme respecto a los efectos del goce extemporáneo del descanso vacacional.



Así, mientras que en algún momento entendió que dicho goce eliminaba el pago indemnizatorio, esto es, que la indemnización no era aplicable cuando los trabajadores gozaban físicamente de vacaciones, aun cuando ello ocurriera con posterioridad al vencimiento del año en que debían gozarlas (Casación N° 1633-98 LA LIBERTAD); posteriormente este criterio fue modificado.

En efecto, en la Casación 2170-2003 LIMA (sexto considerando) dejó establecido que, en la medida que la norma sanciona el incumplimiento consistente en no conceder el descanso físico vacacional a un servidor en la oportunidad señalada por la ley

"el empleador no se liberará del pago de la indemnización [...], cuando éste otorgue el descanso físico a su trabajador fuera del plazo previsto por ley"; añadiendo que: "la esencia del pago indemnizatorio es precisamente reparar en algo el agotamiento de su trabajador de no gozar de su descanso reparador después de dos años de labor continua".

Trabajadores excluidos del derecho a indemnización

- 2.10 La interpretación correcta del artículo 23º del Decreto Legislativo N° 713 exige tener presente, de otro lado, que el artículo 24º del dispositivo que lo reglamenta, aprobado por Decreto Supremo N° 012-92-TR, dispone que la indemnización por falta de descanso vacacional **no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso de dicho descanso**.¹

¹ La jurisprudencia no ha sido uniforme sobre la aplicación de este artículo. Así, mientras en la Casación N° 2076-2005 LA LIBERTAD se consideró que los gerentes "independientemente de su capacidad y voluntad decisoria sobre la oportunidad y la forma de su descanso anual remunerado" se encontraban excluidos de la indemnización; en la Sentencia N° 2306-2004 LIMA el criterio sostenido fue opuesto.

En la última, se estimó que el precitado artículo no excluye del pago indemnizatorio a los gerentes por su sola condición de tales, sino que resulta aplicable a los funcionarios de alto nivel con rango gerencial o que actúen en calidad de representantes del empleador, "que cuentan con [...] capacidad de decisión que puedan decidir por sí



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosAutoridad Nacional
del Servicio CivilOficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

Pago de la remuneración vacacional y de *vacaciones truncas* en caso de cese

2.11 La situación a la que nos hemos referido en las líneas precedentes, es la de aquellos trabajadores que ganaron el derecho al descanso vacacional, pero no hicieron uso del mismo dentro del año siguiente de haberlo ganado.

2.12 Frente a esta situación, corresponde identificar dos supuestos con consecuencias diferentes:

- d) El primero es el de aquellos trabajadores que cumplieron el derecho al descanso y cesaron antes de hacer uso del mismo (dentro del año que tenían para gozarlo).

En este caso es aplicable el artículo 22º del Decreto Legislativo Nº 713, que dispone: *"Los trabajadores que cesen después de cumplido el año de servicios y el correspondiente récord, sin haber disfrutado del descanso, tendrán derecho al abono del íntegro de la remuneración vacacional."*

- e) El segundo es el de aquellos trabajadores que cesaron antes de alcanzar el derecho a vacaciones (teniendo, al menos, un mes de servicios).

En este caso es de aplicación el segundo párrafo del citado artículo, que establece: *"El récord trunco será compensado a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiere laborado, respectivamente"*, concordante con el artículo 23º del Reglamento, que dispone: *"Para que proceda el abono de récord trunco vacacional el trabajador debe acreditar un mes de servicios a su empleador. Cumplido este requisito el récord trunco será compensado a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiera laborado, respectivamente."*

Como puede apreciarse, en ambas situaciones, el nacimiento del derecho al pago se produce con el cese del trabajador.

Carácter de la indemnización por no disfrute del descanso vacacional en el caso de entidades públicas

2.13. Cuando el Estado asume la condición de empleador, deben buscarse posiciones que tiendan a conciliar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (como el descanso vacacional, una de cuyas manifestaciones es el goce oportuno del mismo), con los intereses públicos (entre ellos, las necesidades que tiene la Administración no sólo de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios que presta, sino de programar

mismos hacer o no, efectivo el goce del descanso vacacional, de tal manera que su voluntad es suficiente para que se posterguen o se acumulen descansos vacacionales". En esa línea, se expresó además (décimo quinto considerando) que la indemnización vacacional no corresponde a los gerentes y representantes que en ambos casos *"hayan decidido no hacer uso de su descanso vacacional, salvo que no se encuentren sometidos a subordinación jerárquica"*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

los pagos a su cargo de acuerdo al marco normativo que la regula y a su disponibilidad presupuestal).

- 2.14. Sobre el particular, la Ley Marco de Empleo Público, Ley N° 28175, dispone en el artículo IV, numeral 8, de su Título Preliminar que *"En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio"*, y esta disposición, según lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la resolución recaída en el expediente 008-2005-PI-TC, para ser conforme con la Constitución, debe ser interpretada en el sentido que:

"(...) tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23 de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador."

- 2.15 En ese sentido, es importante expresar que si bien la indemnización se encuentra prevista como una consecuencia ante la falta de goce oportuno del descanso vacacional, esta situación en algunas ocasiones, podría ser efecto de las dificultades (de diverso orden) que afrontan las entidades públicas para suplir la ausencia de los trabajadores a los que correspondería salir de vacaciones.

En efecto, el goce físico de las vacaciones presupone la redistribución de la carga de trabajo, a fin de que con una capacidad mermada (por la ausencia del personal en descanso vacacional) se produzca la misma cantidad con la misma calidad.

Adicionalmente a ello, se debe tener en cuenta que en las entidades públicas (incluso en las entidades bajo el régimen laboral privado), a diferencia de cualquier empresa privada (marco legal para el que fue diseñado el Decreto Legislativo N° 713), la contratación de personal de suplencia también se tiene que hacer previo concurso público de méritos, lo que eleva los costos (para el empleador) del goce físico y genera un periodo de adaptación al puesto por parte del personal contratado (periodo de adaptación que a su vez puede resultar complejo para los puestos especializados o que ejercen poder de decisión)

Por ello, independientemente del derecho a la indemnización vacacional, ésta en sí misma no puede calificarse "a priori" como un perjuicio económico si previamente no se ha analizado económicamente la problemática anteriormente señalada.

III Conclusiones

- 3.1 No existe norma que defina de manera expresa la oportunidad en que debe hacerse el pago de los conceptos previstos en el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713.
- 3.2 El derecho al pago de la remuneración por el trabajo realizado, se genera ante la labor efectuada en el mes que correspondía al trabajador descansar.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

- 3.3. El derecho al pago indemnizatorio por falta de goce del descanso vacacional y al pago de la remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado, surge al vencer el año desde la adquisición del derecho a dicho descanso sin haberlo gozado.
- 3.4 El cese del trabajador después de cumplido el año de servicios y el correspondiente récord sin haber disfrutado del descanso, genera el derecho al pago íntegro de la remuneración vacacional.
- 3.4 El cese del trabajador sin haber cumplido el año y el récord exigido para tener derecho al descanso vacacional (contando con un mes de servicios, al menos) genera el derecho al pago de la compensación por récord trunco vacacional, a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiere laborado, respectivamente.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de Oficio de respuesta respectivo para vuestra visación de encontrarlo conforme y trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,

MANUEL MESONES CASTELO
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

MMC/apv

D:/Mis doc/archivos 2010/Informes legales (IL)/IL-Vacaciones no gozadas-CONCYTEC