

CAPÍTULO XVIII

DESCANSOS, FERIADOS, VACACIONES Y LICENCIAS

LAS PAUSAS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

El descanso es el tiempo en que el trabajador reposa y se recupera física y psíquicamente de la fatiga producida por la realización de la tarea.

Fundamentalmente tiene una *función higiénica y biológica* y resulta imprescindible para preservar la salud y evitar enfermedades. Pero el ser humano también necesita gozar de tiempo libre para dedicar a su familia, al esparcimiento, al deporte y a desarrollar actividades sociales y culturales.

La LCT establece tres clases de descansos obligatorios:

1) *el descanso diario* —de corta duración—, que incluye las pausas dentro de la jornada de trabajo y el descanso entre dos jornadas (art. 197, LCT);

2) *el descanso semanal*, que es de duración intermedia (arts. 204 a 207, LCT);

3) *las vacaciones anuales*, que es un descanso de larga duración.

Cabe tener presente que *la LCT no es la única fuente en la materia*, sino que lo allí dispuesto sirve de base o piso para otras regulaciones efectuadas en convenios colectivos, estatutos especiales o contratos individuales de trabajo que contengan mayores beneficios para el trabajador.

También se pueden incluir descansos que resultan ocasionales, como la licencia por maternidad y el descanso diario por lactancia, y otros que responden a razones personales, como las licencias especiales contempladas en el art. 158, LCT (licencia por nacimiento de hijo, matrimonio, para rendir examen en la enseñanza media o universitaria, etc.), que no son estrictamente descanso.

DESCANSO DIARIO

Existen dos tipos de descanso diario: el que se otorga dentro de la jornada y el que se da entre dos jornadas.

El descanso dentro de la jornada es una pausa que se produce para el almuerzo o refrigerio del trabajador, o por razones higiénicas (por ejemplo, la limpieza personal cuando se trabaja con contaminantes).

Como cualquier período de inactividad en horas de trabajo integra la jornada; excepcionalmente algún convenio colectivo dispuso interrupciones parcialmente pagas para un refrigerio, el almuerzo o la merienda (por ejemplo, en una pausa de 30 minutos el empleador debía abonar 15).

En el caso de las *mujeres* y de los *menores*, el art. 174, LCT, establece que dispondrán de un descanso de dos horas al mediodía, pero las partes pueden suprimirlo o reducirlo si la interrupción del trabajo ocasiona perjuicios a las beneficiarias o al interés general. Si bien autoriza a suprimir o reducir el período de descanso de dos horas sobre la base de las características de las tareas, tal modificación debe contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, lo que no cambia a pesar de haber obtenido la conformidad de sus dependientes.

Este descanso es sólo para las trabajadoras que cumplen su jornada en horas de la mañana y de la tarde, pero no cuando las tareas se prestan en horario corrido cuya hora de iniciación o finalización está cercana al mediodía. Durante el descanso la trabajadora no está a disposición de su empleador, sino que dispone del tiempo en beneficio propio; por ello, no tiene derecho a cobrar remuneración (art. 103, LCT).

El Ministerio de Trabajo debe autorizar la reducción o supresión del descanso, ya que por el carácter imperativo de la norma, es indisponible para las partes; pero podría ser pactada en un convenio colectivo de trabajo, ya que su homologación actuaría como autorización.

Esta norma que establece para la mujer un horario discontinuo es anacrónica y cayó en desuso, ya que no existe motivo que la justifique en una época en que una trabajadora presta tareas a la par de los hombres. Además no resulta operativa en las grandes ciudades, ya que a la mujer le resulta más beneficioso finalizar antes la jornada que utilizar provechosamente ese descanso de dos horas (por ejemplo, teniendo en cuenta el tiempo para llegar a su hogar).

Asimismo, la trabajadora madre de un lactante podrá disponer de dos descansos de media hora para amamantar a su hijo en el transcurso de la jornada de trabajo y por un período no superior a un año después del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por un lapso más prolongado (art. 179, LCT).

La violación de la pausa mínima de descanso entre jornadas de 12 horas constituye un ilícito administrativo que no genera sobretasa salarial, ya que, como todo descanso, tiene una finalidad higiénica que se distorsionaría con su compensación dineraria (sala 3ª, 9/4/2002, “Salimbene, Luis Ángel v. Skycab SA”).

No corresponde un recargo salarial por el mero hecho de haber prestado servicios en el tiempo comprendido en el lapso que el art. 197, LCT, determina como pausa mínima de 12 horas de prohibición de trabajar entre la finalización de una jornada y el comienzo de la siguiente, ya que la regla del art. 201 rige para el trabajo suplementario y no para el meramente prohibido.

El descanso entre dos jornadas es el tiempo mínimo que necesita el trabajador para recuperarse del esfuerzo psicofísico efectuado durante la jornada de trabajo y ocuparse de cuestiones particulares (vida familiar, esparcimiento, educación, etc.).

El último párrafo del art. 197, LCT, dispone que “entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra deberá mediar una pausa no inferior a doce horas”. Asimismo, cabe recordar que la jornada máxima de ocho horas puede extenderse a nueve y que el máximo de horas extras permitidas por día es de tres, por lo cual el tiempo máximo permitido es de doce horas diarias.

DESCANSO SEMANAL

El descanso semanal —como todo descanso— tiene para el trabajador la *función de recuperarse del esfuerzo físico o psíquico producido a lo largo de la semana laboral*. No debe afectar su remuneración ni el tiempo de trabajo.

El art. 204, LCT, dispone que “queda prohibida la ocupación del trabajador desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del día siguiente, salvo en los casos de excepción previstos en el artículo precedente y los que las leyes o reglamentaciones prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la forma y oportunidad que fijen esas disposiciones, atendiendo a la estacionalidad de la producción u otras características especiales”.

De la norma transcripta surge que el *principio general* es que el descanso semanal *se extiende desde las 13 del sábado hasta las 24 del domingo*. Pero si por alguna razón excepcional el trabajador presta tareas en esos días, el empleador debe reconocerle un descanso compensatorio de igual duración.

El art. 205, LCT, establece que “la prohibición de trabajo establecida en el art. 204 no llevará aparejada la disminución o supresión de la remunera-

ción que tuviere asignada el trabajador en los días y horas a que se refiere la misma, ni importará disminución del total semanal de horas de trabajo”.

Las *excepciones* al principio general de que el descanso semanal se extiende desde las 13 del sábado hasta las 24 del domingo están contempladas en el dec. 16.117/1933, reglamentario de las leyes 4661 y 11.640, que fueron derogadas por la ley 18.204 que rige el descanso semanal, pero que continúan vigente, para la Ciudad de Buenos Aires, ya que, como sostiene Fernández Madrid, ni la LCT, ni la ley 21.297 derogaron la ley 18.204, y por otra parte remiten a las excepciones que prevén las leyes o reglamentaciones sin distinguir entre las admitidas al momento de su sanción o las que se establezcan con posterioridad¹.

A modo de ejemplo, pueden ser citadas:

1) *excepciones generales y permanentes*, que no requieren autorización previa ni cumplimiento de requisitos formales, como los basados en el grave perjuicio que la interrupción del trabajo ocasionaría al interés público por la índole de las necesidades que satisfacen o por motivos de carácter técnico (arts. 8° a 13);

2) *excepciones de carácter transitorio* (circunstancial), como los trabajos imprescindibles ante la existencia de daños inminentes;

3) *excepciones particulares*, que se presentan cuando la prestación se torna indispensable por motivos de carácter técnico cuya inobservancia ocasiona grave perjuicio a la industria y a la economía nacional (arts. 16 y 17).

Cuando se trabaja los sábados después de las 13 horas o los domingos, *si se otorga el correspondiente descanso compensatorio, se debe remunerar normalmente, sin recargo*.

Obviamente que si se trabaja sábados y domingos se debe respetar los límites de la jornada del trabajador (legal o convencional), mientras que si se traspasa ese límite, se deberá abonar horas extraordinarias. Por ende, este tipo de trabajo genera sólo el derecho al descanso compensatorio; y el pago del recargo del 100% procede cuando se excede el tope fijado (Sup. Corte Bs. As., 21/12/1982, “Bracamonte v. Frigorífico Rioplatense”; 30/11/1984, “Ledesma v. Perrotta”; 8/7/1986, “López v. Vigiano Márquez”).

El recargo para el pago de las horas laboradas los días sábados después de las 13 y los domingos corresponde únicamente si consisten en horas complementarias que el trabajador debe excepcionalmente cumplir, pero no si se trata del cumplimiento de la jornada normal en día hábil. Ello es así porque la

¹ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado...*, cit., t. II, p. 1466.

jornada de trabajo y el descanso semanal son institutos diferentes cuyo ámbito de actuación no debe confundirse. En consecuencia, no corresponde abonar con el recargo que establece el art. 207, LCT, las horas trabajadas los días sábados después de las 13 y los domingos, si como en el caso, no se ha laborado en exceso de la jornada legal —conf. esta sala, SD 11112, 11/10/2002, “Maciel, Claudio v. Wal Mart Argentina SA” — (sala 10ª, 12/4/2004, “Valdez, Ernesto v. Wal Mart Argentina SA”).

Por lo tanto, *en caso de prestación de tareas en el lapso comprendido entre las 13 del sábado y las 24 del domingo, el empleador debe otorgar un descanso compensatorio equivalente en tiempo y forma, es decir, de 35 horas, en la semana siguiente.*

Esas horas deben ser pagadas sin recargo, aunque configuraría una infracción sancionable por la autoridad administrativa al no contar con la autorización. Si se omite otorgar el descanso compensatorio durante la semana siguiente, además de la infracción administrativa, las horas trabajadas el fin de semana son extraordinarias y deben ser pagadas con recargo; de lo contrario el empleador se beneficiaría sin razón (enriquecimiento sin causa).

Como excepción a la prohibición de ocupación de los días sábados después de las 13 horas y de los domingos, quedan habilitados los trabajadores que se dedican a actividades que por razones de interés general se llevan a cabo durante el fin de semana; entre ellas pueden citarse los espectáculos públicos, bares y restaurantes, centros de compras, museos, oficinas turísticas, establecimientos de salud, etc.

Es decir que existen distintas modalidades de trabajo en las cuales las principales prestaciones se efectúan los fines de semana.

En los servicios, las nuevas formas y modalidades de trabajo originaron la necesidad de modificar los tiempos del descanso en forma atípica. Los más claros ejemplos se observan en los *shoppings*, centros de compras y lugares de esparcimiento como parques de diversiones, donde las prestaciones fundamentales suelen darse en el período de descanso semanal.

Esto produce un cambio automático de los días de trabajo y descanso. De allí que sea una práctica habitual que los trabajadores presten servicios, por ejemplo, entre los días miércoles y domingo y que se les otorgue el descanso compensatorio los lunes y martes, aunque por cuestiones organizativas de la empresa podrían fijarse otros cronogramas.

En los sistemas de jornada promedio anual, el descanso semanal puede adoptar fórmulas atípicas, como sucede, por ejemplo, en las explotaciones mineras, que al estar por lo general muy alejadas de centros poblados, se efec-

túa una acumulación del descanso, adoptándose usualmente un esquema de siete días laborables, seguidos de siete de descanso compensatorio.

De similar modo, en los sistemas de trabajo por equipos o en turnos rotativos, el descanso varía cada semana en cuanto a su duración, de modo que en el ciclo de tres semanas se debe respetar un promedio de 48 horas semanales, por lo que en una semana los trabajadores gozan de dos días completos de descanso compensatorio semanal, en la segunda uno, y en la tercera, ninguno.

El dec. 16.117/1933 establece las reglas concretas que deben ser respetadas en el otorgamiento del descanso compensatorio:

a) Si los trabajadores descansaron el domingo, pero estuvieron ocupados el sábado después de la hora 13, gozarán de un descanso de horas consecutivas a partir de la hora 13 un día de la semana subsiguiente;

b) Si descansaron el sábado después de la hora 13, pero estuvieron ocupados el domingo, gozarán de un descanso de 24 horas a partir de la hora cero de un día de la semana subsiguiente;

c) Si estuvieron ocupados el sábado después de la hora 13 y el domingo, gozarán de un descanso de 35 horas consecutivas a partir de la hora 13 de un día de la semana subsiguiente. En los trabajos de equipos —que se turnen en forma rotativa y periódica— el descanso compensatorio de la tarde del sábado y del día domingo tendrá efecto dentro del ciclo de tres semanas u otro mayor que impongan las necesidades del servicio o industria (arts. 18 y 19).

El trabajador que presta servicios durante el fin de semana tiene derecho a gozar de un franco compensatorio equivalente al tiempo de su prestación, dentro de los siete días posteriores al franco trabajado.

El incumplimiento del empleador de otorgar el descanso compensatorio torna operativo lo dispuesto en el art. 207, LCT, que establece que *el trabajador podrá hacer uso del derecho a dicho descanso* a partir del primer día hábil de la semana subsiguiente, previa comunicación formal al empleador con una anticipación no menor de 24 horas, por lo cual resulta obligatorio pagar el salario habitual con el 100% de recargo.

Aunque la ley no lo dice, la jurisprudencia mayoritaria entiende que el trabajador tiene derecho a percibir el recargo mencionado si se toma el descanso compensatorio por sí mismo, ya que de lo contrario no procede. El término que tiene el trabajador para tomarse el franco compensatorio opera en la práctica como un plazo de caducidad.

El descanso tiene una finalidad higiénica y la ley busca que el trabajador lo goce: por eso no hay norma que obligue al pago del descanso no gozado.

En el caso de los encargados de casas de renta, se dictó el fallo plenario 33 ("Casabone de Becerra v. Consorcio de Propietarios Alberdi 1626", 5/7/1956), que expresamente había fijado que el descanso no gozado por el personal comprendido por el régimen de la ley 12.981 y sus concordantes no es compensable en dinero.

A los trabajadores mensualizados no corresponde efectuarles ningún descuento por el descanso semanal, mientras que los trabajadores jornalizados (remunerados por día o por hora) no tienen derecho a percibir monto alguno por los lapsos de descanso.

La doctrina mayoritaria entiende, sobre la base de lo dispuesto en los arts. 162 y 207, LCT, que el franco debe gozarse y persigue evitar que se cambie trabajo prohibido por dinero. Esta posición tradicional en muchos casos perjudica al trabajador y termina favoreciendo al empleador que no cumple los límites de la jornada de trabajo y los descansos de sus dependientes, generando trabajo prohibido.

En tal sentido, la C. Nac. Trab. decidió que, cuando el empleador no concede los francos compensatorios establecidos en el art. 27, LCT, al trabajador sólo le cabe el derecho de ejercer la autotutela allí prevista, es decir, tomarse por sí mismo el tiempo de descanso omitido, por lo cual no tiene derecho a compensar ese tiempo de descanso no otorgado como horas extraordinarias (sala 6ª, 11/5/2004, "Romano, Leonardo M. v. Wal Mart Argentina SA", por la mayoría).

El voto en minoría de Capón Filas sostiene la tesis contraria, ya que entiende que por temor a perder el empleo o por desconocimiento de sus posibilidades de autotutela el trabajador no ejerce ese derecho: no se trata de compensar tiempo libre no gozado sino de tipificar al trabajo como corresponde y remunerarlo en consecuencia. De allí que cuando no se toma por sí el descanso, considere que deba calificarse al trabajo realizado en ese lapso como extraordinario y abonarse con el recargo del 100%.

FERIADOS Y DÍAS NO LABORABLES

Se trata de determinados días en que la mayoría de las legislaciones disponen la *no prestación de tareas por conmemorarse acontecimientos históricos —fechas patrias—, religiosos u otros eventos*. Tienen un tratamiento similar a los descansos semanales, pero a diferencia de éstos:

1) *no tienen una finalidad reparadora de energías para el trabajador, sino que su objeto es permitir que el trabajador pueda participar de las actividades inherentes a la festividad;*

2) *si se trabaja en dicha jornada, no surge el derecho al descanso compensatorio y, respecto de la remuneración, se debe pagar como si se tratara de un día laborable.*

En el caso de los *feriados nacionales*, existe la expresa prohibición de trabajar dispuesta por el Estado en todo el país. Actualmente tienen el carácter de feriado nacional los siguientes días: 1° de enero, 24 de marzo, 2 de abril, Viernes Santo, 1° de mayo, 25 de mayo, 20 de junio, 9 de julio, 17 de agosto, 12 de octubre, 8 de diciembre y 25 de diciembre.

La ley 25.370 (BO del 21/12/2000), declaró Día del Veterano y de los Caídos en la Guerra en Malvinas el 2 de abril, el cual tiene carácter de feriado nacional. Asimismo, deroga la ley 22.769 —que declaraba Día de la Afirma-ción de los Derechos Argentinos sobre las Malvinas, Islas y Sector Antártico el 2 de abril— y el dec. 901/1984 —que lo trasladaba al 10 de junio—.

En virtud de la ley 23.555 y de las modificaciones introducidas por las leyes 24.023 (BO del 18/12/1991) y 24.445 (BO del 19/1/1995), determinados feriados nacionales u obligatorios fueron trasladados a otros días de la semana (estas normas no se aplican a los días no laborables).

Para fomentar el turismo se ha decidido que si el 2 de abril y el 12 de octubre coinciden con los días martes y miércoles, son trasladados al día lunes anterior, y cuando coincidan con los días jueves y viernes son trasladados al día lunes siguiente; si corresponden a un sábado o domingo no se trasladan.

En cambio, los feriados del 20 de junio y el 17 de agosto —sean hábiles o no— se trasladan al tercer lunes del mes respectivo (ley 24.445). Obviamente, esos lunes que se consideren feriados gozarán, en el aspecto remunerativo, de los mismos derechos que establece la legislación para los feriados nacionales obligatorios.

Por su parte, la ley 24.254 (1993), declaró feriado nacional el día de cada año en el cual se efectúe el Censo Nacional de Población y Vivienda.

La ley 26.085 (BO del 21/3/2006), incorpora el día 24 de marzo —Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia—, instituido por la ley 25.633, entre los feriados nacionales previstos por la ley 21.329 y sus modificatorias y dentro de las excepciones que establece el art. 3°, ley 23.555, y sus modificatorias.

En cuanto a los *días no laborables u optativos*, son los empleadores quienes pueden optar por trabajar o no, con la excepción de los bancos, se-

guros y actividades afines. El único día no laborable en la actualidad para todos los trabajadores del país es el Jueves Santo.

También tiene ese carácter —pero sólo para la actividad u oficio de que se trate— la conmemoración del día del trabajador de una determinada actividad cuando está contemplado en el convenio colectivo de trabajo.

Es el caso del llamado “día del gremio”, en el cual el trabajador está eximido de prestar servicios con los alcances de un día feriado nacional. Si bien la ley 21.297 estableció que quedaban sin efecto las disposiciones de los estatutos profesionales o de los convenios colectivos que instituían otros feriados o días no laborables, rige el art. 8º, LCT, que dispone que se imponen las condiciones más favorables al trabajador provenientes de convenciones colectivas. En algunos convenios se ha pactado nuevamente los alcances del día del gremio.

La ley 24.571, declaró día no laborable para todos los habitantes de la Argentina que profesen la religión judía los días de Año Nuevo judío (*Rosh Hashana*) —dos días— y el Día del Perdón (*Iom Kippur*) —un día—. La ley 24.757, declaró día no laborable para todos los habitantes que profesen la religión islámica el día de Año Nuevo musulmán (*Hégira*), el día posterior a la culminación del ayuno (*Id al-Fitr*) y el día de la Fiesta del Sacrificio (*Id al-Adha*).

La ley 24.571 fue modificada por la ley 26.089 (BO del 21/4/2006), declarándose días no laborales para todos los habitantes de la Nación Argentina que profesen la religión judía los días de Año Nuevo Judío (*Rosh Hashana*), 2 días, el día del Perdón (*Iom Kipur*), 1 día, y de la Pascua Judía (*Pesaj*) los 2 primeros días y los 2 últimos días.

El art. 166, LCT, remite, en cuanto al régimen general de los días feriados, al sistema establecido para el descanso dominical, disponiendo que los “que presten servicios en tales días, cobrarán la remuneración normal de los días laborales más una cantidad igual”.

Los trabajadores jornalizados, en razón de que cobran por día o por horas efectivamente trabajados, podrían verse perjudicados por la prohibición de trabajar esos días; en cambio, los mensualizados no sufren disminución económica por la existencia de los días feriados.

Desde el punto de vista del derecho al *cobro de la remuneración*, cabe distinguir entre feriados obligatorios y días no laborales.

En el caso de los *feriados obligatorios*, si no cumple tareas, el trabajador jornalizado cobra un jornal simple y el mensualizado cobra el sueldo habitual (sin adicional ni descuento); en cambio, si trabaja, el jornalizado cobra doble

jornal y el mensualizado el sueldo habitual más un día. Si se trabajan horas extras en días feriados corresponde un recargo del 100% (art. 201, LCT).

En el caso de los *días no laborables*, si el dependiente trabaja o no la situación no varía: el jornalizado cobra un jornal simple y el mensualizado el sueldo habitual.

Cuando se trabaja en los días feriados —a diferencia del descanso semanal—, sólo corresponde pagar el doble de la remuneración normal, ya que el descanso en los días feriados tiene como finalidad que el trabajador participe de determinadas festividades o conmemoraciones (sin disminución de su remuneración), pero no tiene fines higiénicos.

Jurisprudencialmente se determinó que el trabajador puede negarse a prestar servicios un feriado nacional si la actividad de la demandada (comercio de prendas de vestir) no se encuentra entre las enumeradas por los arts. 8° a 14, dec. 16.117/1933 ni se invocaron excepciones especiales (arts. 16 y 17), sin que su anuencia para prestarlos en otras ocasiones le resulte oponible. Esto es así, ya que todo pacto contrario a una prohibición legal es un acto jurídico ineficaz —art. 953, CCiv.— (sala 8ª, 21/10/1998, “Álvarez Rosón, Diego v. Modart SA”).

El art. 168, LCT, fija las *condiciones* que deben cumplimentar los trabajadores *para tener derecho a remuneración por el día feriado*:

- 1) cuando hayan trabajado a las órdenes de un mismo empleador 48 horas o 6 jornadas dentro de los 10 días hábiles anteriores al feriado;
- 2) cuando hayan trabajado el día hábil anterior al feriado y continúen trabajando en cualquiera de los 5 días hábiles subsiguientes.

El propósito de esta norma es desalentar el ausentismo en los días previos y posteriores al feriado, que persigue “alargar” su duración.

Respecto de las *pautas a tener en cuenta para liquidar el feriado*, se deben distinguir *distintas situaciones*:

- 1) en el caso de un trabajador mensualizado, se suma al sueldo un día (equivale a dividir el salario mensual por 25);
- 2) en el caso del trabajador jornalizado —remunerado por día o por hora—, se debe pagar de acuerdo con el jornal que percibía la jornada hábil anterior al feriado, si es una jornada habitual;
- 3) si se trata de retribuciones variables —por ejemplo, a comisión—, se toma el promedio de lo percibido en los 30 días anteriores al feriado;
- 4) en caso de retribución a destajo, se toma el promedio de lo percibido en los 6 días de trabajo efectivo anteriores al feriado;
- 5) si percibe sueldo o jornal, y además retribuciones variables, al sueldo se le agrega el promedio de las remuneraciones variables.

El feriado se debe abonar aun cuando coincida con un domingo y también en caso de enfermedad inculpable, accidente de trabajo, vacaciones y licencias especiales.

En cambio, no se percibe en caso de conservación del puesto por enfermedad o accidente, o cargos electivos o gremiales y excedencia, suspensiones económicas, disciplinarias, licencia sin goce de sueldo y ausencias injustificadas.

Aunque no se presten efectivamente tareas, corresponde el pago si obedece a un hecho imputable al empleador —trabajo puesto a disposición y no utilizado, suspensión por fuerza mayor— y en las demás situaciones que generan derecho a percibir remuneración —enfermedad o accidente inculpable, licencias—.

En cambio, no corresponde el pago cuando la ausencia es imputable al trabajador —suspensión disciplinaria— o si coincide con el período de reserva del empleo (art. 211, LCT), ni tampoco cuando una trabajadora esté gozando de licencia por maternidad —no se le abona salario, sino asignación familiar—.

En el caso de trabajadores a domicilio, en virtud del dec. 24.252/1944 y de la ley 14.343, el salario a abonar, conforme a estas normas, consiste en la veinticincoava parte de la suma de lo devengado en favor del trabajador en la quincena en la cual se halle el feriado, más lo devengado en la quincena anterior.

VACACIONES ANUALES

Concepto

La OIT define a las vacaciones anuales remuneradas del trabajador como un número previamente determinado de jornadas consecutivas, fuera de los días festivos y los días de enfermedad y convalecencia, durante los cuales, cada año, cumpliendo el trabajador ciertas condiciones de servicios, interrumpe su trabajo y continúa percibiendo su remuneración.

Se trata de un *descanso anual obligatorio* pago: *el trabajador es dispensado de todo trabajo durante un cierto número de días consecutivos de cada año, después de un período mínimo de servicios continuos, con derecho a percibir sus remuneraciones habituales.*

El art. 14 bis, CN, garantiza a los trabajadores “descanso y vacaciones pagados”.

El Convenio 52 de la OIT (1936), sobre las vacaciones pagadas —que fue ratificado por la Argentina por la ley 13.560—, establece que el trabajador tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a vacaciones anuales pagadas de 6 días laborales, por lo menos. Asimismo habilita a la legislación nacional para autorizar, a título excepcional, el fraccionamiento de la parte de las vacaciones anuales que exceda de la duración mínima fijada, y fija que la duración de las vacaciones anuales pagadas deberá aumentar progresivamente con la duración del servicio (art. 2°).

El trabajador tiene derecho a gozar de un descanso anual continuo y obligatorio, y a percibir sus remuneraciones en dicho período.

Tiene por objeto que el trabajador logre un restablecimiento psicofísico integral, es decir que cumple con una *función higiénica y biológica* que no realiza la brevedad de los descansos diarios ni semanales.

La ley establece mecanismos basados en la antigüedad y en el tiempo mínimo trabajado en un año para fijar la cantidad de días de vacaciones de cada trabajador.

En la práctica, los cargos jerárquicos pueden “negociarla” de manera distinta; incluso algunas empresas tienen establecido que los niveles gerenciales siempre tengan 30 días de vacaciones.

Requisitos para su goce

a) Tiempo mínimo

El art. 151, LCT, dispone que *para tener derecho cada año a las vacaciones completas, el trabajador debe haber prestado servicios, como mínimo, durante la mitad de los días hábiles del año calendario o aniversario respectivo, a elección del trabajador.*

Es decir que para gozar del derecho a las vacaciones no se requiere una antigüedad mínima en el empleo, pero debe tener un tiempo mínimo de prestación de servicios en el año para tener derecho a la totalidad de los días fijados por la LCT.

Si no se totaliza el tiempo mínimo de trabajo exigido por la norma, le corresponde un día de vacaciones por cada veinte de trabajo efectivo; este criterio también se aplica en los contratos de temporada.

Por ejemplo, si un trabajador ingresó el 11 de septiembre y trabajó 80 días, tiene derecho a tomar 4 días de vacaciones. En cambio, si trabajó 84 días, los días de vacaciones que le corresponden son 5, pues la fracción (en este caso, 4 días) favorece al trabajador.

Los días hábiles, por lo general, son 301 o 302, por lo cual el trabajador debió prestar servicios por lo menos en 151 días para tener derecho a las vacaciones completas. La determinación de los días hábiles varía según el año (debe tenerse en cuenta, por ejemplo, si se trata de año bisiesto); pero tomando en consideración que el año tiene 365 días y que normalmente tiene 52 domingos y 12 feriados obligatorios, se llega al número de 301 o 302.

Desde un punto de vista práctico, puede afirmarse que les corresponde la proporción de 1 día de vacaciones por cada 20 trabajados a aquellos trabajadores que hayan ingresado a una empresa en el segundo semestre del año.

Las dudas aparecen con quienes ingresan en el primer semestre y con el resto de los trabajadores que, aun teniendo la antigüedad, por diversas razones pueden no haber prestado tareas durante todo el año.

Por ejemplo, si un dependiente ingresa en el mes de marzo y trabajó durante el resto del año, tiene derecho a la licencia total, porque cumplió con el requisito mínimo.

Cuando el art. 151, LCT, hace referencia a días hábiles, los asimila a los días normales de trabajo de la empresa (será hábil el sábado o domingo o los feriados si fueron trabajados).

Si el trabajador no satisface el requisito de tiempo mínimo de prestación en el año, igualmente le corresponde un período vacacional, cuya extensión es igual a 1 día de descanso por cada 20 trabajados, computables del modo establecido en el art. 152.

Si con motivo de las vacaciones el establecimiento suspende sus actividades normales por un período superior al tiempo de licencia que le corresponde al trabajador, se considera que durante ese período opera una “suspensión de hecho”, la que se debe cumplir con los requisitos de los arts. 218 y ss. y contar con la previa autorización del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

En efecto, esa “suspensión de hecho” tiene que tener plazo fijo, haber sido notificada por escrito al trabajador, y justa causa: se entiende como tal aquélla fundada en la imposibilidad de funcionamiento de las distintas secciones en forma separada con la dotación de personal reducida; es el cumplimiento de este requisito el que debe constatar y autorizar el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Días trabajados. El trabajador, durante el año, puede no haber prestado tareas por diversos motivos: enfermedad, accidente, suspensiones, ausencias injustificadas, etc. El problema que se presenta es establecer concretamente

qué ausencias deben ser computadas como trabajadas; esto tiene esencial importancia para determinar el derecho del trabajador a gozar de vacaciones completas o proporcionales.

El art. 152, LCT, dispone que “se computarán como trabajados los días en que el trabajador no preste servicios por gozar de una licencia legal o convencional, o por estar afectado de una enfermedad inculpable o por infortunio en el trabajo, o por otras causas no imputables al mismo”.

Es decir que *hay ausencias que por su motivación se consideran como días trabajados*: una suspensión por razones económicas (falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, que no es imputable al trabajador), o el caso de conservación del empleo por enfermedad o accidente inculpable.

En cambio, las suspensiones disciplinarias, que resulten justificadas o que no hayan sido impugnadas, son motivadas por el trabajador y, por ende, no se consideran como trabajadas. El día sábado en el que se trabaja medio día debe tomarse como un día trabajado.

En síntesis:

1) *Se consideran como trabajadas*: las ausencias por enfermedad inculpable, accidente de trabajo, licencias especiales fijadas por ley o convenio (vacaciones, exámenes, casamiento, nacimiento, etc.), suspensiones económicas, conservación del puesto por enfermedad.

2) *No se consideran como trabajadas*: las ausencias injustificadas y las suspensiones disciplinarias; tampoco las licencias sin goce de haberes (aunque alguna jurisprudencia sostiene lo contrario), la conservación del puesto por cargos electivos y gremiales ni la situación de excedencia, ya que, en estos casos, el/la trabajador/a deja de prestar tareas por su voluntad.

Por lo tanto, si alguien ingresó a trabajar el 1° de junio y prestó tareas normalmente durante el año, le corresponden 14 días. En cambio, si ingresó en 2001 y durante los primeros seis meses del año 2006 pidió licencia sin goce de sueldo, y en el segundo semestre faltó en forma injustificada, o sufrió suspensiones disciplinarias, quiere decir que no trabajó la mitad de los días hábiles del año, por lo cual no tiene derecho a las vacaciones completas, sino a 1 día de licencia por cada 20 efectivamente trabajados.

b) Antigüedad

El criterio adoptado es el del año calendario; en consecuencia, la antigüedad del trabajador se computa al 31 de diciembre del año al cual correspondan las vacaciones. Se puede citar distintos ejemplos:

1) si un dependiente ingresó a trabajar el 14/2/2002, y se le otorgan vacaciones a partir del 4/3/2007, se tiene que determinar su antigüedad al 31/12/2006, ya que las vacaciones corresponden a dicho año; así, como su antigüedad es menor a 5 años, le corresponden 14 días;

2) si un dependiente ingresó a trabajar el 15/12/2001, y se le otorgan vacaciones a partir del 1º/12/2006, de todos modos hay que remitirse al 31/12/2006 para establecerle la antigüedad, sin perjuicio de que haya gozado de las vacaciones antes de esa fecha porque el momento de su goce es indiferente para determinar el tiempo de vacaciones: como su antigüedad es mayor a 5 años, le corresponden 21 días.

La antigüedad *se computa respecto de un solo empleador*, o sea que se toma en cuenta el tiempo trabajado en la empresa. Pero *si el trabajador reingresó a las órdenes del mismo empleador*, en virtud de lo dispuesto en el art. 18, LCT, *debe computarse el período anterior que haya trabajado para el mismo empleador cualquiera haya sido el motivo del cese*.

Distintas situaciones

En caso de *enfermedades inculpables* (art. 208, LCT), *plazo de conservación del empleo* (art. 211, LCT) y *accidentes* (pendiente el lapso de incapacidad temporaria), el trabajador no puede empezar a gozar de las vacaciones, por lo cual no cabe otorgárselas durante dicho período.

La enfermedad genera derecho a vacaciones sin limitación alguna y en las mismas condiciones que el trabajo efectivo.

En cuanto al modo de ejercer ese derecho, es necesario tener en cuenta que la finalidad de las vacaciones es distinta de la que motiva la protección legal de la enfermedad: la ley busca que el trabajador, sano y en condiciones de trabajar, disponga libremente de algunos días del año para descansar física y mentalmente, para disfrutar plenamente de la vida familiar y el esparcimiento general.

Por ello, debe admitirse la postergación de dicho cumplimiento sin privar por ello al trabajador de su derecho. No es procedente reclamar el pago de las vacaciones durante el lapso de licencia por enfermedad, ya que puede solicitarse su otorgamiento una vez finalizada la licencia o al reincorporarse al empleo.

Si la enfermedad o el accidente sobreviene durante el descanso anual, se debe suspender hasta que el trabajador se restablezca; si se restablece antes del vencimiento de la licencia por vacaciones, debe continuar con su goce.

Si al llegar el vencimiento del período de vacaciones el trabajador no las gozó en su totalidad, debe manifestar su voluntad de completar la licencia, pero el empleador puede exigir el reintegro si causa alteraciones a la programación del trabajo en la empresa.

En caso de *suspensiones por razones disciplinarias*, se efectivizan después de terminada la licencia.

Si la suspensión es por *falta de trabajo*, subsiste el derecho a las vacaciones.

En caso de *maternidad*, tampoco puede superponerse, ya que prevalece la licencia por maternidad; así, el otorgamiento de la licencia es nulo y se la debe otorgar en tiempo hábil. Si el parto sobreviene durante las vacaciones, la solución es igual que en el caso de enfermedad. En la situación de excedencia, se debe correr la fecha de finalización de tal período para permitir el goce de ambos derechos.

Si se trata de una *licencia por matrimonio*, el trabajador puede solicitar su acumulación con la licencia por vacaciones, aun cuando su goce se produjera fuera del período fijado entre el 1° de octubre y el 30 de abril.

Sería el caso de un trabajador que contrajo matrimonio en mayo de 2007 y decide no gozar las vacaciones correspondientes del año 2006 en el período que establece la ley, acumulándolas con la licencia por matrimonio. En este caso es válido aunque esté fuera del período establecido en el art. 154, LCT.

El *preaviso* notificado al trabajador cuando está tomando vacaciones carece de efecto (art. 239, LCT).

Plazos

El art. 150, LCT, fija el plazo de vacaciones en función de la antigüedad que tenga el trabajador en la empresa. Aunque se trate de trabajadores de jornada completa, o de media jornada o a tiempo parcial, tienen igual tiempo de vacaciones sobre la base de su antigüedad en la empresa.

Los *plazos* son los siguientes:

- a) 14 días cuando la antigüedad *no excede de 5 años*;
- b) 21 días cuando la antigüedad es *mayor de 5 años y no excede de 10 años*;
- c) 28 días cuando la antigüedad es *mayor de 10 años y no excede de 20 años*;
- d) 35 días cuando la antigüedad es *superior a 20 años* (art. 150, LCT).

En todos los casos, la antigüedad se computa al 31 de diciembre del año al que corresponden las vacaciones.

La ley determina que *los días son corridos* y no hábiles, es decir que deben ser contados todos los días del período respectivo: sábados, domingos, feriados y días no laborables. Esto no obsta a que estatutos especiales y normas convencionales dispongan su cómputo en días hábiles, ya que así se mejora el beneficio del trabajador (art. 8°).

La forma establecida en la LCT para computar los días de vacaciones choca con el Convenio 52 de la OIT —que tiene jerarquía superior a la ley, art. 75, inc. 22, CN—, que dispone que no se computarán “los días feriados oficiales o establecidos por la costumbre” (art. 3°).

La LCT es la norma mínima, por lo cual, de existir, es aplicable en su integridad el régimen especial del convenio o estatuto especial, debiendo recurrirse a la LCT si no está contemplada una situación determinada y en tanto fuera compatible con el régimen especial.

Según lo establecido en el art. 151, LCT, las vacaciones *deben comenzar en día lunes o en el siguiente día hábil si éste fuera feriado*; esto se prescribe para evitar superposición de descansos con distinto fundamento, por ejemplo, con el semanal.

Si el trabajador, debido a su actividad, presta tareas el domingo y, por ende, se le otorga descanso compensatorio durante la semana, las vacaciones comienzan el día siguiente de aquel en el cual el dependiente gozó de dicho descanso, o en el siguiente día hábil, si es feriado.

Los trabajadores de temporada tienen derecho a 1 día de descanso por cada 20 de trabajo efectivo, según lo dispuesto en el art. 163, LCT (que remite al art. 153, LCT).

Acumulación y fraccionamiento

Está prohibido acumular un período de vacaciones a otro futuro. Lo que permite el art. 164, LCT, es que —existiendo acuerdo de partes— a un período de vacaciones se le acumule la tercera parte de las vacaciones inmediatamente anteriores.

El fraccionamiento —en las condiciones establecidas precedentemente— es una excepción que requiere, necesariamente, que el trabajador goce de un plazo mínimo de descanso (las dos terceras partes de las vacaciones), por lo que puede asumir esta conducta en forma sucesiva.

Por ejemplo, un trabajador que tiene 21 días de vacaciones puede fraccionarlas y dejar 7 días para el período vacacional siguiente, pero se debe tomar, obligatoriamente y en forma continuada, 14 días; no se podría tomar 10 días y dejar 11 para el período siguiente.

Aunque la ley no prevé diferir esa tercera parte para un período no autorizado de otorgamiento de las vacaciones —por ejemplo, al mes de julio (vacaciones de invierno)—, esto se ha convertido en un uso habitual en algunas empresas.

La acumulación y consiguiente reducción del tiempo de vacaciones en uno de los períodos debe ser convenida por las partes. Esto debe quedar escrito para que se facilite la prueba.

Como política general, la ley desalienta que los trabajadores se “guarden” vacaciones para el futuro, porque atento a la finalidad del descanso —principio higiénico—, es necesario que efectivamente se tomen las vacaciones.

Período de otorgamiento

Las vacaciones *deben ser gozadas en forma continuada*. El empleador tiene la obligación de otorgarlas en un período determinado: *entre el 1° de octubre y el 30 de abril del año siguiente*.

Entre esas fechas es *el empleador* quien decide cuándo otorgar las vacaciones; pero *debe*, necesariamente, *otorgarlas por lo menos en una temporada de verano* (21 de diciembre a 21 de marzo) *cada tres períodos*. El período se establece en esa época porque en esta parte del hemisferio coincide con la época estival.

El empresario tiene la facultad de cerrar el establecimiento —o un sector— durante el tiempo que él decida dentro del período legal y otorgar licencia simultánea a todos los trabajadores.

Por alguna característica especial de la actividad de la empresa, puede ocurrir que la época de mayor trabajo coincida con el período fijado por la ley (1° de octubre a 30 de abril). En tal caso, el art. 154, LCT, dispone que *la autoridad de aplicación* (Ministerio de Trabajo), mediante resolución fundada, *puede conceder al empleador la autorización para otorgar las vacaciones en otro período distinto al estipulado*.

Lo dispuesto en el art. 154, LCT, es decir, la posibilidad de otorgar vacaciones en un período distinto al legal, es un ejemplo de flexibilidad laboral curiosamente consagrado en la LCT (sancionada en 1974 y modif. en 1976); aunque tiene límites, ya que *la decisión debe estar justificada: está reservada*

solamente para los casos en que la empresa tenga períodos de alta actividad coincidente con la época estival.

El trámite para lograr la autorización consiste en presentar un escrito a la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo y el Ministerio de Trabajo autoriza a la empresa a otorgar vacaciones en otro período, o le amplía el período legal, para que pueda desarrollar la actividad y no tener problemas de producción ni de personal.

El esquema relativamente rígido de descanso anual establecido en la LCT puede sin embargo admitir fraccionamientos en determinadas condiciones. Además de la autorización que puede expedir la autoridad administrativa para otorgar las vacaciones en un período distinto al delimitado en la LCT (art. 154), distintos acuerdos suscriptos en la última década admitieron el llamado en doctrina "fraccionamiento de las vacaciones", admitiéndose mediante un convenio colectivo homologado, que las vacaciones se otorguen en lapsos no contemplados en la LCT, o incluso se desdoblén en dos partes, otorgándose en dos momentos distintos.

Esto ocurre principalmente en aquellas industrias en las cuales el período vacacional establecido en la LCT coincide con las temporadas altas o de principal explotación de la empresa, como sucede en la industria del turismo y la hotelería.

Por otro lado, también ocurre en la práctica (como una especie de costumbre *contra legem*) que el trabajador solicite, y el empleador otorgue, vacaciones en el período de receso invernal o "vacaciones de invierno".

Si los cónyuges trabajan en una misma empresa, el empleador debe otorgar las vacaciones en forma simultánea y conjunta (art. 164 *in fine*, LCT). La LCT apunta a preservar la institución matrimonial y resguardar el principio de convivencia, que es deber recíproco de los cónyuges (art. 199, CCiv.). Si la antigüedad de ambos cónyuges fuese distinta, a fin de preservar el objetivo perseguido —la simultaneidad—, se debe otorgar haciendo coincidir el plazo menor dentro del mayor.

Dado que no resultaría razonable que los trabajadores de temporada gozaran de vacaciones dentro del ciclo de actividad, acotando así en mayor medida el período de prestación, se establece que estos dependientes tienen derecho a 1 día de descanso por cada 20 de trabajo efectivo (art. 153).

Omisión de otorgamiento

El empleador tiene el deber de comunicar por escrito la fecha de inicio de las vacaciones, en principio, con una antelación no menor de 45 días.

Si el empleador no cumple con la obligación de otorgar vacaciones en tiempo y forma, el dependiente puede tomarse la licencia por sí, previa notificación fehaciente de ello —por nota o telegrama—, de modo que aquélla concluya antes del 31 de mayo (art. 157, LCT): debe comunicar al empleador que, como venció el plazo del art. 154, LCT, se toma las vacaciones en tal período.

Es decir que el dependiente tiene derecho a tomar las vacaciones por su cuenta en caso de omisión del empleador de efectuar la comunicación de su comienzo.

Ese derecho nace a partir de que se venza el plazo para efectuar la comunicación (30 de abril) y no del plazo para tomarlas; como la comunicación se debe realizar con 45 días de anticipación (15 de marzo), a lo cual se suma el tiempo de vacaciones (14, 21, 28 o 35 días), el empleador tiene que comunicárselo como máximo el 1° de marzo para que comience sus vacaciones el 16 de abril (45 días después) si al trabajador le corresponden 14 días, y si le corresponden 21, 28 o 35 días, cada comunicación se debe efectuar con 7 días más de anticipación (hasta el 9/4, 2/4 o 27/3 respectivamente).

Si el trabajador no se tomó las vacaciones antes del 31 de mayo —ya sea porque el empleador no se las otorgó o porque el trabajador no hizo uso del derecho a tomarlas por sí—, pierde el derecho a gozarlas y a que se las paguen: es un plazo de caducidad.

Esta circunstancia, a veces en la práctica no se tiene en cuenta y ocurre, por un lado, que hay trabajadores que reclaman por el cobro de las vacaciones de los últimos tres años, argumentando que no se las tomaron y, por otro lado, algunos empleadores inclusive las pagan por desconocimiento.

La LCT prohíbe que las vacaciones sean compensadas en dinero y establece que no podrán ser gozadas en el futuro: no se acumulan en un período posterior ni pueden ser reemplazadas por dinero (art. 162). La única excepción es la contenida en el art. 156, que tiene su fundamento en la imposibilidad de gozar las vacaciones cuando se produce la extinción del contrato.

Por lo tanto, el empleador no puede “arreglar” con el trabajador y convenir que no se tome vacaciones y pagárselas “en negro”; la utilización de esta práctica es ilegal y consiste en sacar la tarjeta del obrero en el período de

vacaciones —aunque en realidad siga trabajando—, hacerle firmar la notificación de vacaciones y registrarlo en el libro de sueldos.

Esto ocurre porque muchos trabajadores, por falta de medios económicos, no se toman vacaciones. Es una situación injusta que se puede demostrar por cualquier medio de prueba, aunque resulta difícil, por ejemplo, desvirtuar con prueba testimonial la documental de los libros de sueldo.

La empleadora que, mientras el trabajador se encontraba gozando de las vacaciones anuales, lo intima a retomar tareas finalizado dicho período, negándole las correspondientes a los dos años anteriores no otorgadas oportunamente por razones de servicio, vulnera el deber de seguridad establecido en el art. 75, LCT. No puede invocarse el ejercicio del poder de dirección del empleador para negar el otorgamiento al dependiente de los descansos obligatorios por razones de servicio y nivel jerárquico (sala 5ª, 30/5/2000, “Sorsaia, Emidio v. Secretaría de Comunicaciones”).

El propósito de la norma es que las vacaciones sean efectivamente gozadas, teniendo en cuenta el fin del instituto, que es lograr la reparación psíquica del trabajador: persigue desarticular el aprovechamiento que el empleador pudiese realizar de las necesidades económicas del trabajador, y persuadir a éste de utilizar el instituto para preservar su salud.

Si el trabajador estuvo suspendido hasta el 30 de abril y no se le otorgaron las vacaciones, corresponde considerar que las ha gozado y, por ende, tiene derecho al cobro de su importe.

Retribución

Las vacaciones *deben ser pagadas a su inicio*, y el trabajador debe percibir un importe similar al que hubiera correspondido en caso de estar en actividad. Deben ser pagadas el último día de trabajo, a partir del cual el empleador incurre en mora; por ende, no corresponde aguardar al día en que comiencen las vacaciones.

Para el cálculo de su pago se computan toda remuneración que el trabajador perciba por trabajos ordinarios o extraordinarios, bonificación por antigüedad u otras remuneraciones accesorias.

El Convenio 52 de la OIT establece que toda persona que tome vacaciones tiene derecho a percibir su salario habitual, aumentado con la equivalencia —si la hubiere— de su remuneración en especie o la remuneración fijada por contrato colectivo (art. 3º).

Los distintos incisos del art. 155, LCT, se ocupan de *diversas situaciones*.

1) En el caso de tratarse de *trabajadores mensualizados* (inc. a)), para obtener el valor día se debe dividir el sueldo por 25 y a la suma resultante multiplicarla por los días de vacaciones que le correspondan.

Esta forma de cálculo produce un incremento de la remuneración en las vacaciones respecto del salario habitual, ya que el divisor veinticinco, en lugar de tomar los días del mes que se trate o un promedio del año (30,4), implica restar algunos días e incrementar el valor del jornal diario.

Esto es aplicable para calcular el día vacacional; en cambio, para determinar el valor de los restantes días del mes para otros rubros no se debe efectuar ningún cálculo ficticio, sino dividir el sueldo por el número de días que tenga el mes correspondiente (28, 29, 30 o 31) y el cociente multiplicarlo por los días corridos no comprendidos en el período de vacaciones.

Si tiene ingresos por horas extraordinarias, comisiones, premios, porcentajes u otras formas variables, debe efectuar cómputos separados: uno, dividiendo el sueldo mensual por 25, y otro, obteniendo el promedio de las remuneraciones variables (inc. c)), incluyendo en ellas las horas extras. El SAC no se computa para establecer la retribución del día de vacación.

2) En el caso de tratarse de *trabajadores remunerados por día* (art. 155, inc. b)), el valor diario es equivalente al importe que le hubiera correspondido percibir al dependiente en la jornada habitual anterior a la fecha del comienzo de las vacaciones. La jornada habitual es la que cumple el trabajador normal y regularmente con cierta constancia en el tiempo.

En este caso se pueden plantear *distintas situaciones*:

a) jornada habitual de 8 horas (o menor) anterior al goce de las vacaciones: se paga el importe que le hubiera correspondido percibir al trabajador en la jornada anterior;

b) jornada habitual de 8 horas anterior a la vacación: se paga la jornada real en tanto no exceda las 9 horas; el excedente es hora extraordinaria y se calcula de acuerdo con el inc. c) del art. 155;

c) jornada circunstancial anterior al comienzo de las vacaciones: si es inferior a la habitual, se debe pagar conforme a la jornada habitual; si es superior (no contemplado en la ley), cabe resolver de la misma manera;

d) jornada irregular: aquí la habitualidad es la irregularidad (jornadas semanales de 3, 4, 5 y 6 horas); se debe pagar el promedio de horas por día trabajadas en la semana y se toma esa jornada promedio como base de cálculo; si el promedio es superior a 9, se aplica el inc. b).

3) En caso de tratarse de *trabajadores que perciben remuneraciones variables* (art. 155, inc. c)) —trabajadores a destajo o a comisión—, se divide

la totalidad de las remuneraciones variables percibidas en el semestre o en el año (ganancia de un período) por la totalidad de los días que deben considerarse como trabajados, es decir, por el trabajo efectivo al que se le imputa dicha ganancia.

PyMEs

Los convenios colectivos de trabajo referidos a la pequeña y mediana empresa (aquellas que tengan hasta 40 trabajadores y una facturación anual determinada) pueden modificar las formalidades, requisitos, aviso y oportunidad del goce de la licencia anual ordinaria.

Se pueden modificar: los plazos para su notificación previa; la formalidad de tal notificación; los requisitos para su goce —como el tiempo mínimo de trabajo— o que comiencen un lunes; las fechas de goce y también se permite su fraccionamiento, con la única limitación de que por lo menos una vez cada 3 años al trabajador le correspondan en temporada de verano. Esto implica la modificación para el caso de PyMEs de los arts. 151, 152, 153, 154 (con excepción del último párrafo) y 157, LCT.

En cambio, *no pueden ser modificados*, y por lo tanto no resultan disponibles, dos aspectos del instituto de las vacaciones: *la forma de retribuir las* (art. 2º, inc. 2º, dec. reg. 146/1999) y *la cantidad de días de vacaciones que según su antigüedad le correspondan al trabajador* (art. 2º, inc. 1º, dec. reg. 146/1999).

El tema se desarrolla en el capítulo “Régimen de las pequeñas y medianas empresas (PyMEs)”.

Extinción del contrato

Respecto de las vacaciones rigen *dos principios esenciales*:

1) *las vacaciones no son compensables en dinero, con la excepción de los casos de extinción del contrato;*

2) *cualquiera fuere la causa de extinción del contrato de trabajo (renuncia, voluntad concurrente de las partes, despido con o sin causa justificada, muerte, etc.), el trabajador tiene derecho a percibir una “indemnización por vacaciones proporcionales.”*

El art. 239, LCT, sólo prevé los supuestos de otorgamiento de preaviso durante el lapso de una licencia, pero no el despido; interpretando armónicamente dicha norma con lo dispuesto en el art. 213, LCT, cabe concluir que el

despido durante la licencia por vacaciones es válido, pero la accionada debe abonar los salarios correspondientes hasta la finalización de la licencia.

En caso de extinción del vínculo laboral, el trabajador percibe una indemnización porque no puede gozar de las vacaciones; el resarcimiento consiste en un monto equivalente a las vacaciones que le hubieran correspondido según la fracción del año trabajado (art. 156, LCT).

Respecto de su naturaleza jurídica, *el pago por vacaciones proporcionales no reviste la condición de remuneración*.

A diferencia de lo que ocurre cuando está vigente el contrato y el trabajador goza las vacaciones, *en caso de extinción* —cualquiera fuera la cantidad de días trabajados en el año— *siempre le corresponde una indemnización por vacaciones proporcionales*.

Las vacaciones gozadas devengán SAC porque revisten naturaleza salarial. Aunque las vacaciones no gozadas previstas por el art. 156, LCT tienen carácter indemnizatorio, en su base resarcitoria debe incluirse la incidencia del SAC, ya que la ley refiere al “salario correspondiente” al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada.

La jurisprudencia no es pacífica en este aspecto. Se ha resuelto que siendo el SAC un salario diferido que integra la remuneración del trabajador, corresponde considerarlo para la determinación de las vacaciones no gozadas, ya que lo contrario significaría premiar al empleador eximiéndolo de su pago cuando el contrato de trabajo se extingue por cualquier causa (sala 4ª, 24/2/2003, “Caruso, María del Carmen v. Lime SA UTE y otros”; sala 6ª, 17/7/2003, “Collia, Eduardo G. v. Obra Social Personal de la Industria del Cuero”).

En igual sentido, se ha resuelto que el llamado “aguinaldo” debe ser considerado para determinar la indemnización por vacaciones, ya que, integrando aquél la remuneración del trabajador, debe ser computado. No constituye óbice a ello que el art. 155, LCT, no lo mencione al referirse a la retribución que deba percibir el trabajador por el período vacacional, en razón de que este dispositivo supone el otorgamiento del descanso anual obligatorio durante una relación laboral en curso en la cual el dependiente, en oportunidad de su pago, percibirá el “aguinaldo” durante el período trabajado, incluyendo el correspondiente por los haberes de las vacaciones gozadas (sala 10ª, 25/4/2006, “Candura, Claudio Roberto v. Dellvder Travel SA y otro”).

Asimismo, se ha decidido que si bien el aguinaldo es un salario diferido, su naturaleza está dada específicamente por el carácter salarial del rubro que lo origina, y en el caso de las vacaciones proporcionales, carecen de dicho ca-

rácter porque fueron impuestas por el legislador como indemnización, por el período correspondiente al año trabajado al momento de la disolución, por lo que no corresponde aplicar la incidencia del SAC (sala 9ª, 29/11/2002, "Cáceres Salinas, Alberto v. Construcciones Modulares Soto SA"; sala 7ª, 29/10/2003, "Parra, María G. v. Siembra AFJP SA"; sala 7ª, 1º/12/2005, "Galdon Silvares, María Luján v. Taskphone Argentina SA").

En lo que respecta a su cálculo, no se aplica el art. 151, LCT, en cuanto establece que debe haber trabajado más de la mitad de los días hábiles del año para tener derecho a vacaciones completas. Por ejemplo, si un dependiente egresa en el mes de agosto, reuniendo 170 días trabajados (más de la mitad de días hábiles), no percibe una indemnización por la licencia total, sino proporcional.

Para calcular la indemnización de esa proporcionalidad, el art. 156, LCT dispone que "el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente al salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada".

Por lo tanto, *para establecer la proporcionalidad se deben tener en cuenta la relación que existe entre la licencia total que le correspondería, según su antigüedad, y el tiempo efectivamente trabajado en el año.*

Por ejemplo, a un trabajador con dos años de antigüedad y que percibe una remuneración mensual de \$ 1.500, que egresó en el mes de octubre, habiendo trabajado en el año 210 días, le corresponde la siguiente liquidación: $210 \text{ (días trabajados)} \times 14 \text{ (días que le correspondería)} \div 302 \text{ (días hábiles del año)} = 9 \text{ días y fracción (9,73)}$. Si el trabajador tuviese 25 años de antigüedad, le corresponde la siguiente liquidación: $210 \times 35 \div 302 = 24 \text{ días y fracción (24,33)}$.

Para obtener la indemnización, al resultado obtenido (9,73 en el primer caso y 24,33 en el segundo) se lo debe multiplicar por el valor diario de la remuneración ($\$ 1.500 \div 25 = \$ 60$). Por lo tanto, la indemnización, en el primer caso, es de \$ 583,80 ($9,73 \times \$ 60$) y en el segundo de \$ 1.459,80 ($24,33 \times \$ 60$).

En caso de *muerte del trabajador*, los causahabientes tienen derecho directo a percibir la indemnización por vacaciones no gozadas sin necesidad de la apertura previa de la sucesión.

RÉGIMEN DE LAS LICENCIAS ESPECIALES

Sin perjuicio de los mejores beneficios que acuerden los convenios colectivos y los estatutos especiales, la LCT establece un sistema de licencias para todos los trabajadores en relación de dependencia, que sirve de mínimo inderogable.

Son breves períodos que deben ser abonados por el empleador, y de los cuales el trabajador puede disponer en su beneficio para realizar trámites personales, compartir con sus allegados acontecimientos familiares o para rendir examen en la enseñanza media, terciaria o universitaria.

Los días otorgados son corridos (comprenden hábiles e inhábiles) y pagos, es decir que se trata de una interrupción del débito laboral sin pérdida de remuneración.

Muchos convenios colectivos —de actividad o de empresa— establecen cláusulas que regulan estas licencias; pueden considerar otras causas (ampliarlas) u otorgar más tiempo para cualquiera de ellas, y resultan de aplicación obligatoria, ya que mejoran las condiciones de trabajo pactadas y prevalecen sobre la LCT (arts. 7° y 8°, LCT y art. 8°, ley 14.250).

El art. 158, LCT, enumera —en forma enunciativa— las licencias especiales del trabajador:

- a) *por nacimiento de hijo*: 2 días corridos;
- b) *por matrimonio*: 10 días corridos. En caso de matrimonio entre trabajadores de una misma empresa, el empleador podría denegar la solicitud de la licencia por matrimonio cuando ello afecte notoriamente el normal desenvolvimiento del establecimiento, es decir, por causas funcionales u operativas debidamente acreditadas; esto podría ocurrir en actividades que no admiten interrupción y en las cuales los cónyuges son esenciales para mantener esa continuidad y la prestación no se puede suplir con otros trabajadores.
- c) *por fallecimiento del cónyuge o de la persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio*, en las condiciones establecidas en la presente ley: 3 días corridos. Cuando el art. 164, inc. c), hace referencia a “persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio”, está remitiendo a las condiciones establecidas en el art. 248, LCT, es decir, “la mujer u hombre que hubiese vivido públicamente con el mismo o la misma, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento”;
- d) *por fallecimiento de hijos o de padres*: abarca 3 días corridos, uno de los cuales deberá ser hábil (art. 160, LCT). El concepto de “padres” comprende de también a los adoptivos, ya que la ley no efectúa ninguna diferencia;

e) *por fallecimiento de hermano*: 1 día. Se consideran hermanos los bilaterales y unilaterales (art. 360, CCiv.), y los adoptivos si se dan las condiciones previstas por la ley (art. 329, CCiv., según ley 24.779), ya que la LCT nada expresa al respecto;

f) *para rendir examen en la enseñanza media o universitaria*: 2 días corridos por examen (con un máximo de 10 días por año calendario).

En las licencias por nacimiento y por fallecimiento se debe, necesariamente, computar un día hábil cuando éstas coincidan con domingos, feriados o días no laborables (art. 160, LCT), tomándose en cuenta días corridos para las demás. La razón de esta determinación es la necesidad de contar con un día hábil para realizar determinados trámites o gestiones como, por ejemplo, la inscripción del nacimiento.

En caso de no haber contraído matrimonio, corresponde la licencia si el hijo es reconocido por el trabajador.

La licencia para rendir examen procede siempre que corresponda a planes de enseñanza oficial o autorizados por el organismo provincial o nacional competente, y el trabajador lo acredite con un certificado expedido por la casa de estudio (art. 161, LCT).

El empleador debe otorgar la licencia por examen con la solicitud del trabajador, pero posteriormente éste debe probar haberlo rendido con la presentación del correspondiente certificado. De no probarse, la ausencia resulta injustificada y correspondería el descuento de los salarios respectivos, además de constituir una falta disciplinaria que podría ser sancionada (por ejemplo, con un apercibimiento).

Si bien la enfermedad de un hijo no es causa legislada de licencia, debe admitirse como causa justificada de ausencias (sala 5ª, 3/3/1990, "Díaz, María v. Sanz de Lodi, Amalia").

Todas las licencias son pagas, por lo cual el empleador debe pagar el salario correspondiente, y del mismo modo las vacaciones.

Diversos convenios colectivos contienen cláusulas especiales en materia de licencias especiales, sea ampliando los días contemplados por la ley con goce de salarios, o creando licencias especiales; por ejemplo, licencia por mudanza, por fallecimiento de familiares no incluidos en la LCT, para donación de sangre, día femenino, días de luto específicos y días de estudio para exámenes parciales, etc.

La ley 22.990 (BO del 2/12/1983) establece licencias sin pérdida de salarios para donantes de sangre. El art. 47 dispone que todo donante, por el acto de su donación, tiene justificadas las inasistencias laborales por el plazo de 24 horas incluido el día de la donación. Cuando ésta es realizada para hema-

féresis, la justificación abarca 36 horas. En ninguna circunstancia se producirá pérdida o disminución de sueldos, salarios o premios por estos conceptos (dec. 3756/1989, BO del 30/3/1989).

La ley 23.691 establece permisos para todo trabajador que deba asistir durante su jornada a citaciones de tribunales nacionales o provinciales, realizar trámites personales y obligatorios ante autoridades del Estado nacional, provincial o municipal.

En el caso particular de los bomberos voluntarios resulta de aplicación la ley 25.054 (BO del 16/12/1998), que establece que la condición de bombero voluntario no es incompatible con ninguna otra actividad ni perjudicial para el hombre que la ejerce.

La actividad de bombero voluntario debe ser considerada por el empleador —público o privado— como una carga pública, eximiéndolo de todo perjuicio económico, laboral o conceptual, que se derivaran de sus inasistencias o llegadas tarde en cumplimiento de su misión justificada formalmente. Si el bombero voluntario, por el hecho o la ocasión de prestar servicios, se accidenta, contrae enfermedad o pierde la vida, tiene derecho a la indemnización pertinente establecida en la Ley de Riesgos del Trabajo.

PRÁCTICA LABORAL. MODELOS

1. Nota del empleador notificando al trabajador su período de vacaciones

Buenos Aires, [...] de [...] de [...]

Sr. (trabajador)

En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 154, LCT, le comunico que, de acuerdo con su antigüedad en el empleo y con los días hábiles trabajados, gozará del período de descanso anual remunerado correspondiente al año [...], desde el día [...] inclusive, hasta el día [...] inclusive.

En consecuencia, deberá reincorporarse a su trabajo el día [...] a las [...] hs.

Saludo a Ud. muy atte.

(firma del empleador)

En Buenos Aires, a los [...] días del mes de [...] de [...], siendo las [...] horas, recibí el original de la precedente comunicación.

(firma del trabajador)