



Academia Iberoamericana
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

ANUARIO 2013

OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

MANUEL RAMÓN HERRERA CARBUCCIA

Coordinadores

ANUARIO 2013

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE
ARTURO SERGIO BRONSTEIN
CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ
ALEXANDER GODÍNEZ VARGAS
HUMBERTO VILLASMIL PRIETO
PATRICIA KURCZYN VILLALOBOS
NELSON MANNRICH
JUAN RASO DELGUE
MR HERRERA CARBUCCIA

ANUARIO 2013

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Coordinadores:

Oscar Hernández Álvarez
Manuel R. Herrera Carbuccia

Autores:

Carlos Blancas Bustamante
Arturo Sergio Bronstein
César Landelino Franco López
Alexander Godínez Vargas
Humberto Villasmil Prieto
Patricia Kurczyn Villalobos
Nelson Mannrich
Juan Raso Delgue
MR Herrera Carbuccia

Diseño de portada:

Julissa Ivor Medina

Diagramación:

José Miguel Pérez N.

ISSN:

Impreso en:

Imprenta Soto Castillo
Santo Domingo, República Dominicana
Junio 2016

Printed in Dominican Republic

Reservados todos los derechos. Prohibida la reproducción de esta publicación sin permiso de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES	
Carlos Blancas Bustamante	9
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE- RECHO DEL TRABAJO	
Arturo Sergio Bronstein.....	61
"LA INCONSTITUCIONALIDAD GENERAL PARCIAL DEL INCISO C.1 DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE SINDICALIZACIÓN Y REGULACIÓN DE LA HUELGA DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO, DENTRO DE LAS LIMITACIONES IMPUESTAS AL DERECHO DE HUELGA POR EL ESTADO GUATEMALTECO"	
César Landelino Franco López.....	187
EL DERECHO A LAS VACACIONES, ENTRE LO IMAGINARIO Y LO REAL. UNA CRÍTICA DEL DISCURSO	
Alexander Godínez Vargas	243
LA INCIDENCIA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN EL MOMENTO FUNDACIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO LATINOAMERICANO: HUELLA Y SENTIDO DE UN EN- CUENTRO VIRTUOSO	
Humberto Villasmil Prieto.....	287

APUNTES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LA-
BORAL. Los DERECHOS SOCIALES

Patricia Kurczyn Villalobos..... 339

TRABALHO AUTÔNOMO, SUBORDINADO E *PARASSUBORDINADO*:
CRISE DE PARADIGMA

Nelson Mannrich..... 377

TIEMPO Y CONTRATO DE TRABAJO

Juan Raso Delgue..... 419

LA DIGNIDAD HUMANA EN EL TRABAJO

MR Herrera Carbuccia 457

EL DERECHO A LAS VACACIONES, ENTRE LO IMAGINARIO Y LO REAL. UNA CRÍTICA DEL DISCURSO*

ALEXANDER GODÍNEZ VARGAS**

SUMARIO:

Introducción. A. Los orígenes de un reconocimiento tardío. 1. La necesidad de un descanso prolongado y su interrelación con el descanso dominical y el disfrute de las fiestas. El vínculo entre la ley secular y los ritos religiosos. 2. El valor del tiempo desde una perspectiva cristiana. 3. El costo económico del reposo. B. La reglamentación del derecho de vacaciones antes de las primeras leyes sociales. 1. Las ordenanzas de trabajo en la legislación para los indios en América. 2. Regulaciones coloniales y post coloniales para el trabajo urbano previas a las primeras codificaciones civiles. 3. El régimen de los contratos de arrendamiento civil. C. Las primeras leyes sociales que regularon el derecho de vacaciones y los motivos que justifican su reglamentación. 1. Motivos relacionados directamente con el trabajador. 2. Motivos relacionados con el empleador. 3. Motivos vinculados al mercado de trabajo. 4. Motivos relacionados con la creación del derecho internacional del trabajo. D. Ámbito de aplicación del beneficio. E. Condiciones requeridas para tener derecho al beneficio. 1. El período de calificación. 2. Duración del descanso. 3. Época del descanso. 4. Continuidad del descanso. 5. Retribución. F. El derecho de descanso en el pluriempleo. Conclusión.

Este fue el trabajo de incorporación del autor a la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y fue presentado en el II Congreso Nacional de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y las II Jornadas de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebradas en Puebla, México, en marzo 2012.

Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

INTRODUCCIÓN

El derecho a las vacaciones se visualiza como una reivindicación de los trabajadores, quienes exigen un período lo más extenso posible de descanso, contra la fatiga acumulada. Esta fatiga se asocia a escenarios de ardua actividad física o física y mental, pero rara vez a esta última en exclusiva.

Del derecho a las vacaciones todos los trabajadores son expertos. Sin embargo, su experticia no solo está en llevar su cómputo, sino también en desaprovecharlas en contra de los fines que justificaron su aparición en el catálogo de derechos sociales y por lo general, con la complacencia del empleador, quien asume su costo.

El imaginario del legislador se ha quedado corto en la protección del descanso anual. Algunas veces, porque el encuadre normativo es en sí mismo contradictorio y en otras, porque en la comprensión de la realidad, ha llegado tan tarde, que trabajadores y empleadores, de mutuo acuerdo, lo han regulado de otra forma, no siempre coherente con los motivos de este instituto.

Entonces, tantos son los que reivindican el mejoramiento del derecho y exponen argumentos que realzan sus virtudes, como quienes, alcanzado ese fin, se esfuerzan en garantizar, de acuerdo a múltiples intereses inmediatos, personales y productivos, formas de disfrute que finalmente logran debilitar su objetivo.

El análisis del discurso de unos y otros, como péndulo entre dos vértices, lo imaginario y lo real, es el objetivo de este estudio.

A. LOS ORÍGENES DE UN RECONOCIMIENTO TARDÍO

Cuando en 1968 la Conferencia Internacional del Trabajo asumió la tarea de analizar la revisión del primer convenio sobre las vacaciones pagadas –el núm. 52 de 1936–, más de tres décadas después de su aprobación, iniciaba recordando que “el movimiento a favor de la concesión de vacaciones anuales pagadas se caracteriza por un período de iniciación muy lento”¹.

Antes de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ya en 1910 la Asociación Internacional para la protección legal de los trabajadores había examinado el caso de los descansos anuales pagados en su Asamblea General en Lugano. Por otra parte, en Suiza ya se regulaba por ley el derecho a las vacaciones en 1905 a favor de los aprendices y en 1908 se ampliaba a más categorías de trabajadores, lo que fue seguido por numerosos países más².

Fueron los delegados gubernamentales suecos en la Conferencia Internacional del Trabajo, quienes recordando que la concesión de “un período de descanso continuo es esencial para el mantenimiento de la salud física y moral de los trabajadores”, sugirieron durante la 1ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1919, que este tema fuera inscrito en el orden del día de la siguiente reunión³.

En marzo de 1920, durante la Tercera Sesión de la Conferencia, la delegación obrera reiteró la solicitud hecha un año antes y pese a los intentos realizados en años sucesivos por lograr ese mismo objetivo, fue hasta la 64ª Sesión celebrada en octubre de 1933, que se decide finalmente inscribir en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1935, el tema de las vacaciones pagadas, aunque dejando de lado el caso de los trabajadores agrícolas y marítimos, como se había decidido un año antes⁴.

1 Conferencia Internacional del Trabajo, 53ª Sesión, Ginebra, 1968, Informe VI (1): Vacaciones pagadas, p.5.

2 Conférence internationale du Travail, 19ª Sesión, Ginebra, 1935, Rapport V Première discussion, p.7.

3 *Ibidem*, p.3.

4 *Ibidem*.

Cuando la Conferencia Internacional del Trabajo discutió el primer convenio internacional sobre la materia, ya se tenía presente que de acuerdo a un estudio de la Oficina Internacional del Trabajo realizado en 1926, alrededor de 19 millones de trabajadores europeos (un 40% de la población obrera de ese continente) se beneficiaban de este derecho, sea por disposición legal o convenciones colectivas⁵.

Sin embargo, pese a la proliferación de normas legales, hasta 1934 solo en 12 países la legislación sobre vacaciones se aplicaba a asalariados y empleados de forma general y más en el sector público que en el privado⁶.

El esfuerzo realizado por crear una regulación internacional que uniformara las normas y prácticas existentes en torno al reposo anual permitieron a la Conferencia Internacional del Trabajo aprobar sucesivamente: el Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (núm.52); la Recomendación sobre las vacaciones pagadas, 1936 (núm.47); el Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (núm.101); la Recomendación sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (núm.93); la Recomendación sobre las vacaciones pagadas, 1954 (núm.98); y el Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm.132).

El derecho a las vacaciones también ha sido regulado por las Naciones Unidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

De igual forma, en el marco del derecho comunitario, existen regulaciones específicas en la Carta Social Europea, suscrita en Turín, el 18 de octubre de 1961; la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores, suscrita en Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989; y la

5 *Ibidem*, p.10.

6 Conferencia Internacional del Trabajo, 53ª Sesión, Ginebra, 1968, Informe VI (1)...
op.cit., p.5.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, suscrita en Estrasburgo el 12 de diciembre del 2007.

No ha sucedido lo mismo en el derecho de integración en América, donde solo en una única región existen referencias concretas a este beneficio. Ni la Carta Social Andina, suscrita en La Paz, el 30 de setiembre de 1994 ni la Declaración Socio-Laboral del Mercosur, suscrita en Río de Janeiro, el 10 de diciembre de 1998, se refieren a las vacaciones de forma expresa. Sí lo hace, en cambio, dentro del marco del Caricom, la Carta de la Social Civil –*Charter of Civil Society for the Caribbean Community*- de 1997 y anteriormente, la Declaración de Principios de las Relaciones Laborales e Industriales –*Caricom Declaration of Labour and Industrial Relations Principles*-, suscrita en Las Bahamas, entre el 26 y 28 de abril de 1995, que es además, esta última, la única norma de todas las ahora enumeradas, que relaciona el derecho a las vacaciones con el ocio, de modo que se reconoce el derecho de todo trabajador al descanso y al ocio, por medio de la limitación de la jornada de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas (art.17).

Si bien estamos frente a un derecho universalmente reconocido, este logro se alcanza tardíamente (1937) respecto de los demás derechos que delimitan el ordenamiento del tiempo de trabajo, como es el descanso semanal – Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm.14) - y el límite a la jornada – Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm.1), Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm.30) y Convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (núm.47) -, por muy diversas razones.

1. La necesidad de un descanso prolongado y su interrelación con el descanso dominical y el disfrute de las fiestas. El vínculo entre la ley secular y los ritos religiosos.

El descanso semanal y el disfrute de los feriados no encontraron ningún obstáculo para arraigarse como prácticas o costumbres que luego fueron recogidas en leyes nacionales o regionales, cuando no en convenciones colectivas, aún mucho tiempo antes que las vacaciones. Ambas

figuras tenían, en la mayor parte de los casos, un origen religioso, al menos en Occidente.

En Occidente, la consolidación del domingo no solo como “piedra angular del desarrollo histórico-teológico del Año Litúrgico”⁷ cristiano, sino en lo que aquí nos interesa, como día de fiesta y tradicional de descanso semanal se remonta muchos siglos atrás.

El dilema que debieron resolver los primeros cristianos entre el domingo como “Día del Señor” y el *Sabbath* como “fiesta de la creación” y de la liberación de la esclavitud, si bien se inclina por el primero, no significó de modo alguno la ruptura con el esquema semanal de la tradición judía⁸, ni menos aún con la concepción de que se trata del día más importante de la semana y es un día en el que la persona se abstiene de trabajar.

El “Día del Señor” es por consiguiente un día descanso, pero también el momento adecuado para cumplir con ciertos preceptos religiosos, que en el cristianismo se orientaron a invitar a los fieles a que reunidos en asamblea, escucharan la palabra de Dios y celebraran la eucaristía.

De allí que el descanso establecido inicialmente no era por el día completo sino por el tiempo necesario para cumplir con las actividades relacionadas con el culto. El “descanso dominical” de día completo, se remonta a una ley de Constantino del 3 de marzo del año 321, en la que el *dies solis* –“día del sol”- logra un trato que le equipara al de las demás festividades religiosas del calendario romano⁹.

Desvinculado de los preceptos religiosos que lo acompañaron desde su origen estrictamente como día de culto, el “descanso dominical” pasó a convertirse en el descanso semanal secular, sin que pueda evidentemente negarse el influjo que en ello tuvo el cristianismo.

7 Molinero, Antonio Cesar. El domingo: celebración del misterio de Cristo, Ediciones Egea, Bilbao, 1995, p.37.

8 *Ibidem*, p.59 y 61.

9 Augé, Matías. El Domingo: Fiesta primordial de los cristianos, trad. del italiano, San Pablo, Madrid, 1995, p.45

La influencia del cristianismo en las primeras legislaciones laborales y el hecho de que a partir de Constantino existiera un fuerte impulso de los sínodos eclesiales y de los Padres de la Iglesia para atribuir al domingo la espiritualidad del sábado y construir una teología propia que la justifique, a modo de “sábado cristiano”¹⁰, es por lo que ya desde hace un siglo se criticaba esa reminiscencia religiosa en las leyes laborales de la época, que tanto rozaban con la libertad de conciencia de algunas constituciones como con las necesidades operativas u organizativas de algunas actividades económicas que tenían otros calendarios de trabajo que no necesariamente permitían prohibir las actividades del domingo¹¹.

Los feriados encuentran en las fiestas paganas o cristianas, sus antecedentes más lejanos¹². En algunos casos, como sucede en las religiones de Oriente, se establecían de acuerdo al ritmo astronómico – son las fiestas del novilunio (neomenia) y del plenilunio- o al ritmo astrológico o al ritmo agrícola – son las fiestas de la primera gavilla, la de la gavilla de trigo o de la recolección-, cuando no, por el mero cumplimiento de un rito mágico nómada.

Las neomenias llegaron a formar parte del calendario judío primitivo, donde fueron espiritualizadas progresivamente, pero no pasaron al cristianismo; lo mismo sucedió con las demás fiestas asociadas al ritmo astronómico. Una suerte distinta tuvieron algunas de las fiestas paganas agrícolas, incluidas en el calendario del pueblo judío y posteriormente relacionadas con signos de la persona de Cristo. Este es el caso de la fiesta de la primera gavilla, con la fiesta cristiana de Pascua; o de la fiesta de la gavilla de trigo y la fiesta cristiana de Pentecostés.

Esta vinculación entre los días feriados y las festividades religiosas perdura hasta nuestros días; incluso, no faltan las leyes laborales que incluyeron dentro de los feriados los descansos dominicales.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Altamira y Crevea, Rafael. Cuestiones Obreras, Valencia, Editorial Prometeo, 1914, p.198.

¹² Maertens, Thierry. Fiesta en honor de Yavé, trad. del francés, Grafite Ediciones S.L., Bilbao, 2000, *in totum*.

En el contexto religioso en el que se originan tanto el descanso semanal como los feriados, las vacaciones como descanso anual, nunca constituyó ni una necesidad ni una prioridad. Dentro del concepto cristiano de descanso, un período prolongado de descanso para fines seculares no tenía cabida, de modo que la ley civil bajo la cual se regularon las primeras relaciones contractuales de arrendamiento y las primeras leyes laborales que posteriormente surgieron, no debieron soportar en un primer momento la influencia reformadora del cristianismo en procura del aseguramiento de este derecho.

Sin embargo, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en plena Revolución Industrial, la situación se modifica, pues la “disciplina introducida por la industria moderna”, orientada a maximizar el rendimiento de las máquinas y el tiempo disponible, lleva a la eliminación de cierta cantidad de fiestas que disfrutaban campesinos y artesanos, sin que ello viniera aparejado de un aumento del tiempo de descanso¹³.

Para algunos se trataba de una “¡Competencia absurda y criminal!” entre las máquinas y los hombres, que terminó por suprimir los feriados, de modo que “a medida que la máquina se perfecciona y abate el trabajo del hombre con una rapidez y una precisión crecientes, el obrero, en lugar de prolongar otro tanto su reposo, redobra su ardor si quisiera rivalizar con la máquina”¹⁴.

En ese contorno surge la reivindicación de espacios prolongados de tiempo que permitan a los trabajadores “recuperar sus fuerzas”, pero como descanso retribuido¹⁵.

2. EL VALOR DEL TIEMPO DESDE UNA PERSPECTIVA CRISTIANA.

Recordaba Hesiodo que el trabajo no es “nada reprochable”, a diferencia de la inactividad; pues “si trabajas rápidamente, el hombre inactivo te

13 En sentido similar *vid.* Cesarino Jr., A.F. *Direito Social Brasileiro*, 2º vol., Edicao Saraiva, Sao Paulo, 1970, p.309.

14 Lafargue, Paul. *El derecho a la pereza*, Buenos Aires, Editorial Galerna, 1970, p.60.

15 *Conférence internationale du Travail*, 19ª Sesión, Ginebra, 1935, *Rapport V...*, *op.cit.*, p.6.

envidiará a ti que te enriqueces, pues éxito y pretigio acompañan a la riqueza”¹⁶.

Por su parte, los compendios del catecismo católico recordaban desde antiguo, que “desde el pecado original, el tiempo es el plazo concedido al hombre culpable por la justicia divina para hacer penitencia...”¹⁷.

Por consiguiente, si la penitencia es el camino hacia la purificación y la vida es el tránsito hacia la eternidad, la necesidad de reivindicar un descanso mayor al destinado al domingo y a las fiestas de guardar, resultaba innecesario, cuando no, fuente de vicios y de algunos males personales y sociales que se vinculaban con la no santificación del tiempo de descanso.

Aunque desde la perspectiva cristiana las fiestas eran reivindicadas como medios para “descansarnos de nuestros trabajos”, también eran útiles en tanto fueran “santificados”, que era en última instancia, el destino de estas fechas¹⁸.

En todo caso, las fiestas siempre han estado en la naturaleza del hombre y “no ha habido ningún pueblo que no tuviera ciertos días consagrados para reunirse con algún objeto religioso”¹⁹.

Si esto era predicable en general de las fiestas que el cristianismo incorporó a su calendario litúrgico, con mayor razón era de aplicación al domingo. De allí que Pío XII en la alocución *Conforto, Letizia* (7 de septiembre de 1947) recordara su preocupación de que “el domingo tiene que volver a ser el día del Señor”, pues “para no pocos, incluso aquellos

16 Hesiodo. Teogonía, Trabajo y días, Escudo, Certamen. Alianza Editorial, Madrid, 4ª reim-
presión, 2007, p.90.

17 Gaume, J. (Abate). Compendio del Catecismo de perseverancia ó Exposición histórica,
dogmática, moral, litúrgica, apologética, filosófica y social de la religión, desde el prin-
cipio del mundo hasta nuestros días, Barcelona, Librería Religiosa – Imprenta de Pablo
Riera, 1862, p.356 y 357.

18 Ibídem.

19 Barran (Abate). Exposición razonada de los dogmas y de la moral del Cristianismo, Bar-
celona, Librería Religiosa – Imprenta de Pablo Riera, 1856, p.51.

mismos que durante toda la semana trabajan honesta y asiduamente, el domingo se ha convertido en el día del pecado"²⁰ (núm. 12).

Sin embargo, las vacaciones como un período de reposo desvinculado de un motivo religioso, es decir, como acción de gracias o medio de santificación, no constituyó ninguna prioridad desde la perspectiva de la doctrina social de la Iglesia.

En esta dirección, aunque no faltan alusiones genéricas al concepto de tiempo libre, aún inmersos en este escenario, el protagonismo sigue siendo del domingo como descanso semanal. Lo demuestra Juan XXIII en la encíclica *Mater et magistra* (15 de mayo de 1961), cuando recordaba que "es también derecho y necesidad del hombre hacer un alto en el trabajo a intervalos determinados", tanto para su descanso físico, como para atender a la unidad de su familia, y por ello, "la Iglesia católica ordenó ya hace muchos siglos que este descanso fuera observado por los cristianos el domingo, y que en este mismo día se asistiera al santo sacrificio de la misa" (núm.250-251)²¹.

Esta percepción del tiempo libre reducida al día de descanso semanal o a otros breves intervalos diarios o durante la jornada de trabajo cambiará finalmente, hasta acercarla a un concepto más cercano de lo que actualmente entendemos por vacaciones, en el Concilio Vaticano II, con la aprobación de la Constitución pastoral *Gaudium et Spes* (7 de diciembre de 1965)²², por la cual se recuerda que si "la actividad económica es de ordinario fruto del trabajo asociado de los hombres; por ello es injusto e inhumano organizarlo y regularlo con daño de algunos trabajadores", de modo que los trabajadores no pueden terminar reducidos a "esclavos de su propio trabajo", por lo que "el conjunto del proceso de la producción debe, pues, ajustarse a las necesidades de la persona y a la manera de vida de cada uno en particular, de su vida familiar". Si el trabajador aplica, "con la debida responsabilidad, a este trabajo su

20 Rodríguez, Federico. Doctrina Pontificia. Tomo III: Documentos Sociales, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1964, p.960.

21 *Ibidem*, p.1245.

22 *Vid.* sobre esta evolución a Calvez, Jean-Yves. La enseñanza social de la Iglesia: La economía, El Hombre, La Sociedad, Editorial Herder, Barcelona, 1991, p.135-137.

tiempo y sus fuerzas, disfruten todos de un tiempo de reposo y descanso suficiente que les permita cultivar la vida familiar, cultural, social y religiosa. Más aún, tengan la posibilidad de desarrollar libremente las energías y las cualidades que tal vez en su trabajo profesional apenas pueden cultivar” (núm. 67).

3. El costo económico del reposo.

Las vacaciones como descanso retribuido por el empleador siempre tuvo que soportar el estigma de constituirse en una carga financiera que restaba rentabilidad o disminuía las utilidades, además de perjudicar directamente la productividad de la empresa. También tuvo esa misma suerte, no en cuanto a su costo, pero sí en lo que respecta a su impacto en la marcha de la actividad económica, la lucha por la limitación de la jornada; y es que no debe obviarse que el reconocimiento de las vacaciones es un límite a la jornada anual.

Esta confrontación entre la resistencia de los empleadores a conceder el beneficio de forma generalizada a la totalidad de los trabajadores y el reconocimiento social cada vez mayor de la necesidad del descanso como una forma de evitar los perjuicios derivados de una carga de trabajo que se extendía en el tiempo sin que existieran reposos adecuados, estuvo presente al inicio de su reconocimiento.

Así, a inicios del siglo XX ya se alertaba de las contradicciones presentes en el discurso utilizado según fuera el interés que prevaleciera: “No se puede obligar á los patronos á que cierren sus talleres y tiendas un día á la semana: es atentatorio á la libertad; pero no lo es que se tenga sujeto al trabajador todos los días y se le impida descansar lo necesario para su salud y para el uso de la correspondiente libertad que como hombre debe serle reconocida”²³.

Con algunos matices, las consecuencias derivadas de la fricción entre los factores a favor o en contra del otorgamiento de este beneficio todavía se resisten a desaparecer en un análisis exclusivamente microeconómico

23 Altamira y Crevea, Rafael. Cuestiones Obreras..., *op.cit.*, p.204.

y son las que explican las contradicciones que existen entre los fines por los cuales se reconoce el reposo y las medidas de protección legal, convencional o consuetudinarias que se aplican.

Sin embargo, este modo de visualizar el otorgamiento de descansos superiores al descanso semanal ha variado en el transcurso del tiempo, conforme se han descubierto las ventajas que para el conjunto de la economía, en términos obviamente macroeconómicos, tiene el desplazamiento de miles o millones de trabajadores al interno o externo de los países durante las épocas vacacionales. El aumento del consumo interno asociado²⁴, el incremento de inversiones para atenderlo, la demanda de mayor empleo en ciertas actividades económicas asociadas, son efectos no pueden o deben minusvalorarse.

B. LA REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO DE VACACIONES ANTES DE LAS PRIMERAS LEYES SOCIALES.

Se advertía *infra* que cuando la Conferencia Internacional del Trabajo discutió el primer convenio internacional sobre el derecho a las vacaciones, casi un 40% de la población obrera europea se beneficiaba de este derecho.

El reconocimiento de este derecho no tiene vínculo alguno con las legislaciones para los indios aplicables en América, donde si acaso solo adquiriría importancia, por motivos religiosos, el descanso del domingo y el disfrute de ciertas fiestas.

Tampoco es posible encontrar en las reglamentaciones de carácter civil que regían los contratos de arrendamientos de servicios, predecesores del contrato de trabajo y de las leyes sociales que lo terminaron de configurar, vestigios de este derecho que resultaba incompatible con sus fines y con las del trabajo como objeto de mero intercambio.

24 Sobre este tema *vid.* Rolande Cuvillier. ¿Hacia la reducción de la duración del trabajo?, OIT, Ginebra, 1982, p.26.

1. Las ordenanzas de trabajo en la legislación para los indios en América.

Las ordenanzas de trabajo en la legislación para los indios en América estuvieron centradas en la limitación de la jornada semanal para asegurar el descanso religioso del domingo y de otras fiestas de precepto, y en la limitación de la jornada diaria de trabajo.

Ejemplo de lo primero, es una ordenanza del siglo XVII emitida por Don Juan de Mendoza y Luna, entonces Virrey de la Nueva España, “sobre el tequio y tarea que han de tener los indios que se dan para cortar madera en la provincia de Chalco y otras partes, con declaración de las penas en que han de incurrir los que los ocuparen fuera de lo que son obligados”, advirtiendo los agravios y vejaciones que sufría esta población, mandaba “que cada indio no ha de servir ni trabajar más que una semana de seis días de trabajo”²⁵.

También puede citarse en las Leyes de Indias, aplicables exclusivamente a los indios de América, la orden del Emperador Carlos I de España, del 21 de setiembre de 1541, por la cual manda “que los Domingos y Fiestas de guardar no trabajen los Indios, ni los Negros, ni Mulatos”, siempre que estas fiestas estuvieren señaladas como de precepto para ellos, por la Iglesia Católica, Concilios o Sinodales Provinciales²⁶.

Como muestra de lo segundo, en la amplia legislación dictada en el siglo XVI para el trato de los indios, dos disposiciones pueden citarse. Una genérica de muy difícil y dudosa aplicación, de Felipe II en 1593, que ordenaba que “Todos los Obreros trabajarán ocho horas cada día, cuatro a la mañana, y cuatro a la tarde en las fortificaciones y fábricas, que se hiciere, repartidas a los tiempos mas convenientes, para librarse del rigor del sol, más o menos, lo que a los Ingenieros pareciere, de forma, que no faltando un punto de lo posible, también se atienda a procurar su salud y conservación”²⁷.

25 Zavala, Silvio. Ordenanzas del Trabajo: siglos XVI y XVII, Editorial Elede, México, 1947, p.77.

26 Vasquez, Genaro V. Doctrinas y realidades en la Legislación para los Indios, Departamento de Asuntos Indígenas, México, 1940, p.31.

27 *Ibidem*, p.50.

Algo más apegada a la realidad, debido a su presencia en aquellas tierras, del virrey de Perú don Francisco de Toledo, puede citarse en el siglo XVI la Ordenanza 3 de minas, “de las horas que han de trabajar los indios”, que disponía que solo podían trabajar entre hora y media después de salido el sol y hasta su puesta, con una hora para comer y descansar a medio día²⁸. Sin embargo y este fue el caso de México en las regiones de Charcas y Michoacán, ante la poca rentabilidad obtenida mediante el establecimiento de un horario, a finales del siglo XVIII surgieron especialmente en minas e ingenios el trabajo a destajo o un sistema mixto “que consiste en obligar al operario a realizar un número fijo de tareas durante el tiempo establecido de la jornada, bajo penalización si no lo cumple”; así como otras prácticas compulsivas que tenían por objetivo obligar al indio a trabajar²⁹.

2. Regulaciones coloniales y post coloniales para el trabajo urbano previas a las primeras codificaciones civiles.

Las regulaciones coloniales especialmente del trabajo urbano en los siglos XVIII y XIX siguieron centradas en reducir el tiempo de descanso a lo estrictamente indispensable y para un fin exclusivamente religioso. Esta reducción no estuvo exenta de un proceso evolutivo, como sucedió en Guatemala, donde en un primer momento, mediante una Instrucción del Ayuntamiento dirigida a los Alcaldes de Barrio en 1791, se recordaba su deber de velar porque “todos los artesanos trabajen en sus respectivos oficios incesante y diariamente, sin exceptuar los días festivos en que sólo hay la obligación de oír misa”³⁰; aunque luego, para 1818 la Audiencia de Guatemala permitía que tanto el domingo como

28 Zavala, Silvio. El servicio personal de los indios en el Perú (extractos del siglo XVI), Tomo I, El Colegio de México, 1978, p.118.

29 Gavira Márquez, María Concepción. Las condiciones laborales de los trabajadores mineros en Charcas y Michoacán a fines del siglo XVIII. Reglamentos y Prácticas, en Quiroz, Enriqueta y Bonnett, Diana (Coordinadoras). Condiciones de vida y de trabajo en la América Colonial: Legislación, Prácticas Laborales y Sistemas Salariales, Universidad de los Andes – Ceso, Bogotá, 2009, p.201.

30 Sagastume Paiz, Tania. Trabajo urbano y tiempo libre en la ciudad de Guatemala, 1776-1840, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2008, p.257.

los otros días festivos autorizados por la Iglesia, “deben ser santificados y, por lo tanto, se prohíbe trabajar en ellos en labores de ninguna clase”.

Paralelamente, durante el proceso postcolonial y de naciente vida republicana e independiente se incrementaron los controles sobre los tiempos dedicados al ocio que fueron reducidos al considerarse la inactividad como fuente de vicios y desórdenes.

En el caso del Estado de Costa Rica, un primer intento de regulación de los días festivos procurando reducir su número, se llevó a cabo en 1835. La decisión de reducir las fechas no laborables se adopta “en atención a que los muchos días de precepto y guarda perjudican la moral y retrasan la prosperidad del Estado empleándose en ocupaciones ajenas a su institución, que por su número disminuye la acción del trabajo no solo en ellos sino en los que siguen inmediatamente, y que la religión justamente condena la ociosidad y reprueba la profanación del tiempo destinado a las obras de virtud, teniendo presente que la celebridad de los Santos Misterios que ella enseña debe conservarse el pueblo de una manera decorosa y dignificante, e igualmente que la patria exige la consagración de aquellos días que dieron vida y libertad”. Adicionalmente, se impone la obligación a los eclesiásticos de no comunicar al pueblo otros días de guarda o de precepto y a las autoridades para que verifiquen que los particulares no interrumpan su trabajo y labores en otros días³¹.

Décadas antes, en el año de 1799, en la Ciudad de Guatemala se había impuesto el trabajo diurno en las panaderías, quebrando así la costumbre de amasar el pan en la noche. Aunque la medida podría haberse justificado desde nuestra perspectiva actual en la mejora de las condiciones de trabajo, el fin fue otro muy distinto. Para el Ayuntamiento, como “consecuencia de trabajar desde las 8 de la noche hasta el amanecer, los

31 Godínez Vargas, Alexander. Los orígenes del Derecho Laboral Costarricense: de 1821 a 1943, en Ángel Guillermo Ruiz Moreno (Coordinador). Orígenes del Derecho Laboral Latinoamericano. Editorial Porrúa, México, 2014, p.179.

panaderos quedaban ociosos el resto del día, dedicándose al robo, la vagancia y los vicios”³².

Sin embargo, esta constatación del siglo XVIII coincide con algunas percepciones que ya desde el Renacimiento (siglo XVI) también se mantenía respecto que a las personas “si no se les emplea en labor determinada que los sujete y contraiga, se lanzan en desorden por el impreciso campo de las fantasías”, pues el espíritu ocioso “engendra tantas quimeras, tantos monstruos fantásticos, sin orden ni concierto”³³. Todavía en el Siglo XX, existía la preocupación de que el ocio pasivo se convierta finalmente en holgazanería³⁴.

En este escenario, la previsión de un descanso mayor a los ya previstos con motivo de los días festivos o el descanso dominical, resultaba imposible de concretarse.

3. El régimen de los contratos de arrendamiento civil.

En las regulaciones civiles de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la reglamentación del contrato de arrendamiento de servicios se caracteriza por su pobreza de contenido -el Código Civil Español lo regulaba en 5 artículos (1.544 al 1583) y “no puede ser más parco”³⁵- o sus múltiples errores -el Proyecto de Código Alemán de 1900 (*BGB*) lo pretendía regular bajo el nombre de *Dienstvertrag* (contrato de servicios) en ocho párrafos “muy defectuosos”³⁶.-

A pesar de que en efecto, antes y ahora, sobre lo que fue y llegó a ser este contrato, “descansa la existencia de la mayoría de las gentes pobres, esto es, de la nación”³⁷, en el contrato de arrendamiento de servicios, se partía de la existencia de un convenio en el cual las partes tenían una

32 Samayoa Guevara, Héctor Humberto. Los gremios de artesanos en la Ciudad de Guatemala (1524-1821), Editorial Universitaria, Guatemala, 1962, p.148.

33 Montaigne, Michel de. Ensayos escogidos, Edaf, Madrid, 1999, p.41 y 43.

34 Fourastié, Jean. ¿Por qué trabajamos?, trad. del francés, Eudeba, Buenos Aires, 1981, p.102.

35 De Buen, Demófilo. Derecho Civil Español Común, Editorial Reus, Madrid, 1922, p.489.

36 Menger, Antonio. El derecho civil y los pobres, trad. del alemán, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898, p.312.

37 *Ibidem*.

amplia libertad para adoptar sus acuerdos, conforme al dogma de la autonomía de la voluntad³⁸ y en el cual el trabajo era una simple mercancía de intercambio.

En este sentido, el arrendamiento de servicios, como en el derecho romano, o era en *stricto sensu* un contrato de arrendamiento de servicios –*locatio operarum*– o era un contrato de arrendamiento de obra –*locatio operis*–³⁹; cuya diferencia es natural y socialmente significativa, pues mientras en uno estamos en presencia de una actividad desarrollada por el ser humano, de la cual es inseparable, en la otra estamos frente a la creación de una cosa material que es objeto del dominio de aquél⁴⁰. La regulación de los descansos en uno o en otro era contraria a su propia estructura lógico-formal. En el primero, porque se remuneraba el tiempo de trabajo y por ello, el tiempo de descanso o no se contabilizaba dentro del pacto o sencillamente, no era objeto de precio. En el segundo, porque como lo que se remuneraba era el resultado del trabajo, el tiempo de descanso carecía de importancia con tal de que se entregara la obra. Por consiguiente, el estado de bienestar personal del obrero durante la vigencia del arrendamiento era absolutamente irrelevante.

En este contexto, la inaplicación del régimen general de las obligaciones por resarcimiento de daños, especialmente de la obligación de reconocer indemnizaciones por acciones ilícitas, formaron parte de las críticas⁴¹ que contra las disposiciones entonces existentes se formularon, en procura de introducir a cargo del patrono el deber de cuidar los *persönlicher Güter* (bienes personales) del obrero, como la vida, la salud, la energía, el honor y la moralidad; entre los cuales estaría la base del reconocimiento del derecho al descanso.

38 Clemente de Diego, Felipe. Curso Elemental de Derecho civil español, común y foral, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1920, p.118 y 119.

39 De Buen, Demófilo, *op.cit.*, p.488-489.

40 Barassi, Lodovico. Istituzioni di Diritto Civile, Casa Editrice Dottor Francesco Valladri, II edizione, Milano, 1921, p.414.

41 Menger, Antonio, *op.cit.*, p.326.

C. LAS PRIMERAS LEYES SOCIALES QUE REGULARON EL DERECHO DE VACACIONES Y LOS MOTIVOS QUE JUSTIFICAN SU REGLAMENTACIÓN.

Conforme la vieja escuela liberal del *laissez faire, laissez passer* cedió ante la pujanza del principio intervencionista del Estado⁴², la atención se centró en la reglamentación de las condiciones de trabajo, si bien no lo hizo específicamente en las vacaciones remuneradas, sino en la protección de la dignidad de la persona frente a las consecuencias que se derivaban del creciente maquinismo, en especial, aquellas que afectaban la salud de los trabajadores. De allí, que sean las regulaciones en esta materia las que primero se aprueben, aún con prioridad sobre la normativa general del contrato de trabajo.

De hecho, cuando el Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm.1) se aprueba, las vacaciones son utilizadas de forma residual para compensar los descansos semanales no otorgados (art.4), en trabajos que requieren funcionamiento continuo; lo que demuestra su relativa importancia en ese momento.

En todo caso, resulta obvio que las preocupaciones existentes y los logros alcanzados por maximizar el tiempo de trabajo y aumentar la productividad, siempre han sido prioritarios, si se le compara con la ausencia de esta misma vitalidad o el desinterés para garantizar, fortalecer y obtener los mayores beneficios posibles del tiempo de descanso o de no trabajo.

Aunque en cada caso particular, el legislador nacional puede justificar el motivo por el cual se regula el derecho a las vacaciones, la mejor forma de identificar las argumentaciones que constituyen el fundamento del discurso en apoyo a su regulación, consiste en analizar aquellas que fueron empleadas por el Consejo de Administración de la OIT al pronunciarse a favor de que este derecho formara parte de la agenda de trabajo

42 De Buen, *op.cit.*, p.491.

de la Conferencia Internacional del Trabajo, para la adopción de una reglamentación internacional en materia de vacaciones remuneradas⁴³.

Un mejor escenario de observación sería difícil de encontrar considerando la composición tripartita y universal del Consejo y de la estructura organizativa en general de la OIT.

Algunos de estas argumentaciones o motivos se relacionan directamente con la naturaleza propia de la OIT y las causas de creación del derecho internacional del trabajo, por el cual se procura evitar que las reformas sociales constituyan una carga para las economías nacionales, arriesgando a situarlas en una situación desfavorable⁴⁴.

La diversidad de justificaciones empleadas no solo en beneficio particular del trabajador, sino también del empleador y del propio mercado de trabajo, reafirma que estamos frente a un derecho que responde a múltiples necesidades, no siempre conciliables y de allí, las contradicciones existentes con lo que en apariencia es su primer -pero no único- objetivo, la salud psicológica del trabajador. En definitiva, “esta institución corresponde a una nueva necesidad de los tiempos modernos”⁴⁵.

1. Motivos relacionados directamente con el trabajador.

Producto del cambio de los procesos productivos, en especial a partir de la revolución industrial y la mecanización de las labores, se alude a esas razones “psicológicas” que aconsejan el descanso reparador a quien se encuentra sometido durante una cierta cantidad continua de jornadas de trabajo, a los procedimientos modernos de producción y a los denominados como métodos de racionalización o maximización del tiempo productivo, que producen en el trabajador una tensión nerviosa.

43 Conférence internationale du Travail, 19^a Sesión, Ginebra, 1935, Rapport V..., *op.cit.*, p.79-80.

44 Durand, Paul y Jaussaud, R. *Traité de Droit du Travail*. Paris. Librairie Dalloz, Tome Premier, 1947, p.158-159.

45 Blaise, Jean. *Réglementation du Travail et de l'emploi*, en *Traité de Droit du Travail*, publicado bajo la dirección de G.H.Camerlynck, Dalloz, Paris, 1^o ed., 1966, p.122. En igual sentido *vid.* de Ferrari, Francisco. *Derecho del Trabajo*, vol.III: La relación del trabajo y su reglamentación, Depalma, Buenos Aires, 2^o ed., 1970, p.115.

Precisamente por ello, cuando nos referimos a las vacaciones estamos frente a un beneficio que no tiene la misma motivación que el descanso semanal, el descanso diario o el descanso inter jornada, pues todos estos tratan de recuperar la fatiga física del trabajador, pero no la fatiga psíquica o mental, que solo puede tratarse por medio de un período más prolongado de reposo, que constituya una “distracción auténtica” de la vida cotidiana⁴⁶.

Esta fatiga mental denominada en la psicología social como fatiga industrial, no tiene su origen en una condición fisicoquímica del organismo, propia de la fatiga física derivada de un ejercicio muscular intenso, en la que existe una acumulación de sustancias tóxicas en los músculos o en teoría en las células nerviosas. Por el contrario, su origen es completamente psicológico, originado en estados de aburrimiento, ansiedad y resentimiento, productos de labores sostenidas durante largo tiempo cuando no también monótonas, que terminan haciendo que el trabajador sea más susceptible a contraer infecciones, a incurrir en accidentes y alcanzar la neurosis⁴⁷.

Entre la monotonía y el aburrimiento el vínculo es el tiempo detenido, un tiempo incapaz de proyectarse y esto lo conocen especialmente los trabajadores ocupados en tareas repetitivas o divididas, que comenzaron a desarrollarse a partir de la revolución industrial. En este contexto, de un tiempo monocronizado, isócrono a sí mismo, “como una melodía sin altos ni bajos que se muere de languidez”, el sentimiento de monotonía “se llena de morosidad, de tristeza, y acaba por engendrar el aburrimiento” y esta es una enfermedad del tiempo, que es en sí misma una minineurosis o una preneurosis⁴⁸.

Finalmente, tampoco faltan razones sociales que con motivo del incremento de la producción o de la productividad del trabajador, aconsejan

46 Plá Rodríguez, Américo. Curso de derecho laboral, Tomo III Volumen I, Ediciones IDEA, Montevideo, 1988, p.76

47 Brown, J.A.C. La psicología social en la industria, Fondo de Cultura Económica, México, 3ª. edición, 1998, p.371 a 373.

48 Sivadon, Paul y Fernandez-Zoila, Adolfo. Tiempo de trabajar, Tiempo de vivir: Psicopatología de los ritmos, Editorial Herder, Barcelona, 1987, p.231-232.

que por medio de las vacaciones remuneradas, el trabajador participe de esa mayor riqueza a la que ha contribuido.

2. Motivos relacionados con el empleador.

Se parte de la premisa de que el descanso prolongado -“*au bon air*”⁴⁹- tiene efectos reparadores en el ámbito psicológico; consecuencia de ello, la eliminación o considerablemente reducción de la fatiga mental, debería tener un impacto positivo en el rendimiento o desempeño personal, en su interacción social y el clima laboral e incluso, aunque no depende exclusivamente del descanso, en el nivel de ausentismo. Una variedad de objetivos que no pueden concebirse de modo alguno como parte de un acto de caridad, sino como consecuencia de las obligaciones que la empresa adquiere hacia el interno de la organización con sus trabajadores⁵⁰.

Como el empleador asume el costo del disfrute del beneficio con el fin ya descrito, se justifica la adopción de medidas de protección en interés del empleador que actúan como salvaguarda de un uso abusivo del beneficio o en protección de la continuidad de la actividad productiva.

3. Motivos vinculados al mercado de trabajo.

Del mismo modo como las políticas públicas orientadas a la reducción de la jornada de trabajo o a su distribución de forma equitativa, pueden ser consideradas como beneficiosas para enfrentar la tasa de desempleo⁵¹, el otorgamiento de vacaciones en tanto establece un límite a la jornada anual, podría permitir la incorporación al mercado de trabajo de otros trabajadores que reemplacen a quienes disfrutaron de su reposo.

49 Rouast, André y Durand, Paul. *Précis de droit du travail*, Dalloz, Paris, 1957, p.449.

50 En este sentido, para Hueck, Alfred y Nipperdey, H.C. *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 170, las vacaciones “aparecen más bien como una consecuencia del deber de protección del empleador”; o “con el deber de previsión del empleador” vid. Kaskel, Walter y Dersch, Hermann. *Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 5° ed., 1961, p.325.

51 Vid. Blanpain, Roger y Javillier, Jean-Claude. *Droit du travail communautaire*, LGDJ, Paris, 2° ed., 1995, p.251; y Däubler, Wolfgang. *Derecho del Trabajo*, trad. del alemán, MTSS, Madrid, 1990, p.603.

4. Motivos relacionados con la creación del derecho internacional del trabajo.

La decisión de incluir el tema de las vacaciones remuneradas como parte de una reglamentación internacional, se adopta sólo después de que se demuestra que un número considerable de trabajadores gozan de ese beneficio⁵² y que existiendo muy diversas regulaciones para su disfrute, se requiere su uniformidad.

Como sucede en los tiempos actuales, en especial si se toma en consideración la experiencia adquirida en la construcción social de los procesos de integración regional, sería menos pretencioso si habláramos en vez de “uniformar”, más bien de “armonizar” las legislaciones nacionales.

Esta tarea en todo caso está ligada con el concepto de justicia universal, por medio del cual se trata de establecer estándares mínimos de disfrute de las condiciones laborales de los trabajadores que muchas veces, aunque están separados únicamente por fronteras físicas o imaginarias, tienen una muy distinta regulación, sin que exista una justificación para ello.

Por último, existen razones de oportunidad que aconsejan no poner en riesgo los avances logrados por algunos países, quienes pueden en ausencia de una reglamentación internacional, decidir abandonar el esfuerzo realizado.

En una lectura moderna de esta última argumentación hablaríamos del dumping social y de las cláusulas sociales como herramientas para su eliminación.

D. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL BENEFICIO.

El derecho a vacaciones remuneradas debe ser reconocido como un beneficio cuyo ámbito de aplicación es universal. Igual requiere de descanso para recuperarse de la fatiga mental, los trabajadores de la

52 *Vid.* Bureau International du Travail. La législation sur les congés annuels payés des travailleurs. Genève. Revue Internationale du Travail, vol.XI, no.1, janvier, 1925, p.67-74.

industria, el comercio o el sector servicios, empleados públicos o privados, que trabajadores agrícolas o marítimos.

Sin embargo, desde un inicio las leyes que lo regularon no fueron siempre de aplicación general, sino restringida a ciertos colectivos, sin que la diferencia de trato sea explicable racionalmente. Un difuso criterio de oportunidad según los intereses predominantes en un determinado espacio de tiempo, quizás podría proporcionar un primer acercamiento a este comportamiento.

Aunque la fatiga mental existe en cualquier tipo de actividad después de un tiempo prolongado de labores, históricamente, la distinción entre empleados –predominantemente de labores intelectuales- y obreros –predominantemente de labores manuales- o entre funcionarios del Estado y empleados y obreros del sector privado, adquirió una notable importancia en el orden prioritario en el que se reguló internacionalmente este derecho. También fueron introducidas algunas diferencias de trato, según el sector económico o el tamaño del establecimiento.

Un ejemplo de esta diferenciación, fue el primer intento de regulación del derecho de vacaciones en el ámbito de la Conferencia Internacional del Trabajo, donde quedaron excluidos de la aplicación del Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (núm.52), los trabajadores agrícolas y los marítimos.

En el primer caso, tendrían que aguardar 16 años más para que se aprobara el Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (núm.101), en parte motivado inicialmente por la ausencia de un reconocimiento generalizado que permitiera entender que había “llegado el momento de adoptar normas internacionales” y de otro, por el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial⁵³.

En el segundo caso, aunque en el mismo año en que se aprobó el Convenio núm.52 también se aprobó el Convenio núm.54 relativo a las

53 Conferencia Internacional del Trabajo, 33ª Sesión, Ginebra, 1950, Informe VIII (1): Las vacaciones pagadas en la agricultura, p.1 a 3.

vacaciones anuales pagadas a los marinos, éste nunca obtuvo las ratificaciones necesarias para entrar en vigor⁵⁴.

Otras distinciones de trato respecto del régimen general podrían ser más fácilmente justificables, como sucede con los aprendices y jóvenes, por la edad o el esfuerzo que deben de realizar en las primeras etapas de formación profesional; o con los trabajadores por temporada, de los que una buena parte de ellos se sitúa en el sector agrícola, y en lo que esté específicamente relacionado con el hecho de que normalmente no suelen completar el período de calificación mínima para adquirir el derecho; o con los trabajadores a domicilio, que actualmente se asemejan a los teletrabajadores, en cuyo caso podría cuestionarse el grado de vinculación entre el agotamiento psicológico y el entorno de la empresa o el centro de trabajo, dado que en estos casos es menos visible.

E. CONDICIONES REQUERIDAS PARA TENER DERECHO AL BENEFICIO.

Las condiciones establecidas para gozar de las vacaciones, desde la misma puesta en discusión del proyecto de Convenio núm. 52 de la OIT, claramente tenían por objetivo proteger los intereses del empleador frente al abuso en que puede incurrir el trabajador⁵⁵.

Resultaba comprensible que así lo fuera, en tanto como ya se ha indicado es el empleador quien retribuye ese descanso y es el primero en interesarse en su buen uso.

Desde esta perspectiva, la aplicación irrestricta del principio protector en esta materia, debe ser matizada, como relativo es el carácter tuitivo de algunas de las argumentaciones o motivos que originaron su reglamentación⁵⁶.

54 Conferencia Internacional del Trabajo, 28ª Sesión, Ginebra, 1946, Informe VI: Vacaciones pagadas a los marinos, p.3.

55 Conférence internationale du Travail, 19ª Sesión, Ginebra, 1935, Rapport V..., *op.cit.*, p.19.

56 *Vid.* sobre el estatuto hipotético del principio *in dubio pro operario* a Luis Enrique de la Villa Gil y Lourdes López Cumbre (Directores). Los principios del Derecho del Trabajo, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, p.105.

Por otra parte, las condiciones introducidas en beneficio del empleador son por lo general más amplias y más abundantes de las que se justificartían si el único motivo para su existencia fuera impedir comportamientos de mala fe por parte del trabajador, sino que también responden a una genérica protección de la actividad productiva.

Sin embargo, como se trata de dos intereses que pueden no ser complementarios sino también eventualmente excluyentes, no en pocas ocasiones estas últimas barreras proteccionistas que adicionalmente se incluyen terminan imponiéndose a las primeras, aunque con ello el empleador tampoco obtenga el objetivo primario por el que concedió originalmente el reposo. Entre otros casos que podrían citarse como ejemplo de este ejercicio de ponderación, está la posibilidad de fraccionamiento o acumulación del reposo anual.

Tampoco hay una justificación ni científica ni racional que explique el por qué trabajadores de un mismo sector económico, de una misma profesión o con características organizacionales muy similares, tengan derecho a las vacaciones en condiciones muy distintas según sea la región, estado o país en el que habiten; especialmente cuando se trata de justificar el período mínimo de descanso; es decir, no podría válidamente sostenerse que la reparación de la fatiga mental esté sujeta a condicionamientos geopolíticos.

1. El período de calificación.

Se trata de uno de los principales requisitos exigidos por el empleador antes de permitir el retiro del trabajador del centro de trabajo y retribuir su descanso.

Esta condición de inicio requiere un plazo mínimo de trabajo continuo y normalmente, en beneficio de un único empleador, que coincide con aquél que se hace cargo del pago requerido.

La exigencia de que las labores sean prestadas al mismo empleador aunque lógica si se piensa en la argumentación empleada para alcanzar el compromiso de aquél a quien se le pide el reconocimiento del derecho al descanso, vino a crear un obstáculo difícil de superar para un grupo

importante de trabajadores, más todavía en la época actual caracterizada por una creciente precarización del modelo de contratación.

En efecto, este requisito mínimo plantea algunos inconvenientes para quien son trabajadores por temporada o peor aún, para los que prestan servicios a sucesivos empleadores durante el período de calificación, sin que lleguen a alcanzarlo con uno solo de ellos.

Los períodos cortos y sucesivos de empleabilidad o en todo caso, los períodos inferiores al mínimo previsto de calificación, plantean un reto que debería dilucidarse en beneficio del derecho a un descanso determinado, que cubra suficientemente esta necesidad aunque sea de forma proporcional.

La presencia de una pluralidad de empleadores durante el período de calificación, tampoco es fácil de resolver. Ninguno de quienes han participado como empleadores, debería ser quien asuma en su totalidad y en solitario, el pago del receso. Una solución más equitativa llevaría a exigir a cada empleador, la cancelación de un monto determinado en proporción a los servicios recibidos y para evitar un uso inadecuado de fondos que tienen un destino determinado, debería valorarse la participación de entidades públicas o privadas como administradoras de este beneficio.

Una problemática similar se presenta con cualquier otro trabajador que al término de su contrato, con o sin responsabilidad suya, no haya alcanzado el período de calificación, siendo contratado inmediatamente por un nuevo empleador, reiniciándose por ello el cómputo.

En todos estos casos los trabajadores pueden llegar a completar un período significativo de labores continuas, que le acarrearán una fatiga mental sin que pueda gozar de un descanso prolongado, mientras no se modifique la regla general del período de calificación que no tuvo presente este supuesto cada vez más frecuente en el mercado de trabajo.

Por otra parte, la fatiga mental no se interrumpe con el cambio de empleo, pues los factores que la originan no desaparecen con la noticia de la conclusión del contrato; sino que tienen relación con otros criterios estrechamente vinculados con la extensión de las labores realizadas el tiempo.

El abanico de las posibles soluciones que podrían implementarse es amplio. Una opción sería modificar el período de calificación de modo que se incorpore una escala progresiva basada en períodos mínimos de labores acumulativas, donde el reposo está en proporción directa al tiempo de trabajo continuo. Esta solución siempre será preferible desde una perspectiva no solo individual sino social, a la del pago de una indemnización sustitutiva, cuyo destino es incierto y termina transformando las vacaciones en una quimera.

Sin embargo, el disfrute de descansos fraccionados al término de cada contrato en previsión a lo anterior y antes del cese del contrato, cuando existe seguridad de que el vínculo contractual finalizaría sin cumplir el período de calificación, tampoco es la solución ideal, porque posiblemente no guarda relación con la fatiga psicológica, ya sea porque ésta no surge o porque existiendo, no la repara de forma adecuada, por la brevedad del descanso.

Otras alternativas que estarían más próximas al objetivo por el cual se reconoce el derecho vacacional, involucran mecanismos de control adicionales que se dejan bajo el dominio de instituciones del sistema de seguridad social, públicas o privadas y con funciones de administración y gestión de los tiempos de descanso.

Sin embargo, el reto de afrontar los inconvenientes que surgen de la existencia de múltiples empleos en el período de calificación, no es novedoso. Desde el mismo momento en que se examinaba la conveniencia de aprobar el Convenio núm.52 de la OIT, ya se tenía presente la experiencia recabada de ciertas convenciones colectivas que en el sector construcción de Austria, habían diseñado un modelo en el cual todo empleador que contrataba al mismo trabajador, pegaba un timbre en el carnet de vacaciones que éste portaba, siempre que trabajara una cierta cantidad de horas a la semana. El valor de cada timbre correspondía a una hora de trabajo. Cuando el trabajador llegaba a 52 timbres en al menos 18 meses, recibía una indemnización pagada por la caja obrera de vacaciones y de asistencia social equivalente a 48 veces el monto del salario por hora de la última semana de trabajo. Si no llegaba a la

meta de los 52 timbres, el plazo para alcanzarlo podía prorrogarse a 24 meses, pero la indemnización se reducía⁵⁷.

En todo caso, la solución sigue siendo compleja pues si bien el reconocimiento del derecho de vacaciones después del período de calificación, sin importar la cantidad de empleos o empleadores con los que el trabajador ha mantenido una relación de servicio ya es un paso en la dirección adecuada, así como la creación de entes reguladores, administradores y fiscalizadores de ese descanso, los recursos de los que dispone el trabajador durante ese período no solo deben ser suficientes para garantizar su adecuado descanso, sino también los necesarios para atender los gastos diarios que de ordinario se tienen en concepto de manutención personal y/o familiar.

2. Duración del descanso.

La fijación de la duración del descanso plantea la necesidad de definir cuál es el tiempo mínimo e indispensable de disfrute, que es irreductible y no negociable y lo que puede denominarse como ese otro tiempo adicional o complementario, del que podría disponerse bajo determinadas circunstancias no sin incurrir en ciertas contradicciones con su objetivo inicial.

Se carece de estudios técnicos que permitan determinar con exactitud el descanso mínimo obligatorio y suficiente para recuperarse de la fatiga mental originada por el período de calificación. Estos estudios no los tuvieron como apoyo para reconocer la extensión del tiempo de disfrute, ni los legisladores nacionales que terminaron fijando la duración del descanso, ni los empleadores que finalmente accedieron a concederlo con derecho al pago de salario, ni los trabajadores que reivindicaron el derecho del reposo prolongado, ni tampoco la misma Conferencia Internacional del Trabajo. Otros descansos profilácticos están suficientemente mejor justificados, pero el mayor de los descansos no.

57 Conférence internationale du Travail, 19^a Sesión, Ginebra, 1935, Rapport V..., *op.cit.*, p.65.

El tiempo complementario adquiere protagonismo en buena parte de los casos, primordialmente, por medio de la negociación colectiva de trabajo, y por lo general, como un premio por la lealtad o antigüedad⁵⁸ del trabajador y no por necesidades psicológicas que lo justifiquen. Ni siquiera razones sociales como la conciliación entre el trabajo y la vida familiar es un argumento que suele resaltarse.

Precisamente, porque generalmente nace por otros fines diversos a la fatiga mental, es el período que siempre estará dispuesto a ser utilizado para múltiples fines según las necesidades de quien lo otorga y de quien le disfruta. Este tiempo complementario termina siendo entre otras cosas: compensando en dinero, sujeto de reiterados fraccionamiento o de un disfrute postergado.

Dentro de tal perspectiva, el incremento de los plazos del descanso no significa necesariamente un incremento del núcleo duro, que es el que realmente suele quedar mejor protegido, para garantizar su disfrute en orden al cumplimiento de sus fines; sino una bolsa de dinero extra en el mejor de los casos.

Aunque debe reconocerse que se han adoptado algunas medidas de control, como el hecho de que solo puede ser compensado el tiempo complementario antes de disfrutar el período de vacaciones o inmediatamente después de su regreso y reintegro al trabajo, para forzar su vínculo con el tiempo mínimo de descanso, sería más congruente con el fin que realmente se le quiere otorgar, que en vez de aumentar la duración del disfrute, se otorgue una prima vacacional, de modo que el menos el discurso formal sea coherente con aquella realidad.

3. Época del descanso.

En este aspecto en concreto es donde más se evidencia el conflicto existente entre el fin del descanso y las salvaguardas con las que el empleador concede el beneficio; así como, la discrepancia entre las vacaciones como reposo para la fatiga mental y las políticas públicas y

58 Vid. Brun, A. y Galland, H., *Droit du travail*, Sirey, París, 1958, p.417. En tal caso "constituye una prima, a decir verdad muy modesta, a la fidelidad de la empresa".

sociales que tratan de garantizar la conciliación de la vida familiar y el trabajo, aunque sea con cargo a un derecho que no nació ni se conserva en la teoría, para cumplir tal finalidad.

Para comenzar, la existencia de necesidades técnicas, operativas, logísticas y hasta el criterio de oportunidad, relacionados con el perjuicio que la ausencia del trabajador puede provocar en el ciclo productivo, otorgan un amplio margen de movilidad al empleador para justificar cambios en la época del disfrute del descanso.

La articulación de estos intereses en juego provoca complejas relaciones entre el trabajador y la empresa, pues si bien “el tiempo humano y el tiempo de las máquinas, los ritmos y las duraciones están en constante acción recíproca... el tiempo propio, el tiempo de los otros, el tiempo del mundo social y el tiempo histórico no coinciden”⁵⁹.

En efecto, el tiempo del trabajador no necesariamente es el tiempo de la empresa y viceversa. Toda organización cuando emplea a un trabajador, busca satisfacer una demanda productiva, no adquirir el compromiso de sustituirle en el futuro cercano.

Durante el desarrollo del contrato, los eventos que suspenden temporalmente la prestación del servicio, incluyendo las vacaciones, no siempre se consideran parte ineludible del conjunto de derechos que son patrimonio del trabajador; aunque paradójicamente, las dificultades de reemplazo que presentan a las organizaciones el descanso anual, se discipan por completo con el deceso de la persona, momento en el cual, el carácter imprescindible del trabajador, rápidamente pierde interés.

Estas actitudes que constituyen un olvido del valor trascendental del descanso, ya habían sido objeto de análisis por Séneca, quien advirtiendo de la brevedad de la vida, recordaba que inexorablemente, con la muerte sobrevénia la desocupación forzosa: “No hay quien pueda restituirte los años, y ninguno te restituirá a ti mismo: la edad proseguirá el camino que comenzó, sin volver atrás ni detenerse; no habrá ruido ni te advertirá de la velocidad; pasará en silencio; no se prorrogará por

59 Sivadon, Paul y Fernandez-Zoila, Adolfo, *op.cit.*, p.9.

mandato de los reyes ni por el favor del pueblo, correrá desde el primer día como se le ordenó; en ninguna parte tomará posada ni se detendrá. ¿Qué se seguirá de esto? Que mientras tu estas ocupado huye aprisa la vida, llegando la muerte, para la cual, quieras o no quieras, es forzoso desocuparte”⁶⁰.

La época de disfrute de las vacaciones “no puede ser resultado de un simple decreto”⁶¹, alejado como no pocas normas de <<una realidad inexistente>> que presuntuosamente pretenden regular. La lógica indicaría que sólo una vez adquirida la fatiga mental y dentro de un período inmediato posterior, el reposo tendría su sentido. Sin embargo, ello no ha sido así también bajo el discurso protector del interés de los trabajadores, advirtiéndose que la época que se escoja debería ser aquella en la que el trabajador obtenga la mayor satisfacción posible para satisfacer el interés familiar –resulta indudable que el factor social adquiere cada vez mayor protagonismo en la sensación individual del disfrute de las vacaciones⁶²- o facilitar la disponibilidad de traslado al destino vacacional escogido.

Dejando a un lado el argumento tradicional de la fatiga como origen del derecho, el centro de interés se sitúa ahora en el hecho de que el período de goce puede o no trascender un interés estrictamente personal y cuando así sucede, encuentra relación las actuales políticas públicas o convencionales sobre las responsabilidades familiares.

Este redimensionamiento del derecho al reposo anual también ha encontrado acogida en la misma Conferencia Internacional del Trabajo de lo que muestra la Recomendación sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm.165); en la que se dispuso que deberían adoptarse medidas para que las condiciones de empleo permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar

60 Séneca. Tratado de la brevedad de la vida, trad. del latín, Mestas Ediciones, Madrid, 2001, p.32.

61 Sivadon, Paul y Fernandez-Zoila, Adolfo, *op.cit.*, p.219.

62 Argyle, Michael. La psicología de la felicidad, trad. del inglés, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p.122.

sus reponsabilidades profesionales y familiares. Entre las medidas recomendadas se encuentra la de introducir más flexibilidad en la organización de los períodos de vacaciones (18.b). En concreto, como se señala en el Estudio General sobre este tema, “la idea subyacente en el apartado b) del párrafo 18 de la Recomendación, que propugna la flexibilidad para las vacaciones anuales, es dar a los trabajadores la posibilidad de que éstas coincidan con parte de las vacaciones escolares de sus hijos”⁶³.

En este nuevo contexto de flexibilidad⁶⁴, la coincidencia forzosa o no de los períodos vacacionales con ciertos períodos del año, independientemente del grado de fatiga mental unipersonal de los trabajadores, ha adquirido una dimensión cada vez mayor, respondiendo a necesidades o intereses micro y macroeconómicos, que terminan normalmente siendo aceptados por el trabajador, cuando no es resultado de la simple invocación de la preminencia del interés colectivo sobre el particular.

Dejando a un lado la tradicional solicitud de vacaciones formulada por los trabajadores para hacerlas coincidir con la época de descanso del ciclo escolar, donde el disfrute de reposo satisface un interés familiar, la consolidación de las vacaciones colectivas⁶⁵ ha sido motivada también por la búsqueda de una reducción de los costos que significan las suplencias requeridas para asegurar el descanso de la totalidad de los trabajadores, de modo que es menos oneroso para ciertas empresas o instituciones cerrar sus instalaciones durante un determinado número de días consecutivos, dos o tres veces al año, que organizar y ejecutar calendarios de vacaciones. Por otra parte, a la consolidación de esta

63 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Trabajadores con responsabilidades familiares. Informe III (Parte 4B). 80a. Reunión Conferencia Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra, 1983, p.59.

64 Vid. Goineau, Jeanne. La flexibilité des congés, en Centre de Recherche de Droit Social-Université Lyon III (Coordinador). Flexibilité du droit du travail: objectif ou réalité?. Éditions Législatives et Administratives, Paris, 1986, p.146, para quien los congés de flexibilité son el resultado de la ordenación convencional de las vacaciones en función de la flexibilidad de los tiempos de trabajo.

65 No basta con verlas simplemente como un obstáculo al fraccionamiento, como lo hace notar Gagnon, Robert P., Lebel, Louis y Verge, Pierre. Droit du Travail, Les Presses de l'Université Laval, Saint-Foy, 2º ed., 1991, porque las contradicciones del discurso, que son más relevantes, son igual de evidentes.

práctica ayudó que otras empresas o instituciones del sector hicieron lo mismo y que tanto clientes como proveedores, así como la propia ciudadanía, han aceptado adaptarse a estos períodos de receso.

En otros casos, siempre alejados remotamente del discurso que originó el derecho, las vacaciones colectivas se organizan en fechas que coinciden con ciertas temporadas del año, en las que se puede lograr un incremento del consumo interno del país⁶⁶, de modo que se promueve la demanda interna de servicios que permiten el sostenimiento de otros sectores económicos, como ocurre con los servicios ligados al turismo y por supuesto, con ello las vacaciones forman parte del instrumental de políticas públicas contra el desempleo.

Adicionalmente, producto de estos desfases existentes entre el discurso original y el actual, hay trabajadores que al extremo pueden llegar a tener más días de reposo que de trabajo, según sea la época en la que se le contrate y surge con ello el incomprensible concepto del saldo negativo de vacaciones, que en definitiva es un exceso de reposo, que por supuesto está muy lejos de provocar un estado neurótico.

Por tanto, ni reposa el trabajador de una fatiga que no ha adquirido, ni obtiene el empleador los beneficios de un reposo que no tiene un fin reparador.

4. Continuidad del descanso.

Afín al discurso de reivindicación del descanso prolongado como la forma más eficaz de permitir al trabajador reponerse psicológicamente, de las consecuencias que se derivan de un período prolongado de trabajo –con lo que se adquiere “el equilibrio psicosomático del trabajador”⁶⁷–, la exigencia de la continuidad de reposo es consustancial al derecho de vacaciones, más aún si el período de descanso es relativamente corto.

66 Sobre la repercusión económica de las vacaciones *vid.* Lyon-Caen, Gérard, Pélissier, Jean y Supiot, Alain. *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 18° ed., 1996, p.793.

67 Bueno Magano, Octavio. *ABC do Direito do Trabalho*, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1998, p.139.

Sin embargo, tampoco en esta materia existen reglas inequívocas. La continuidad del descanso, aunque evidentemente deseable por el tipo de fatiga que trata de reparar, solo alcanzaría su fin si no se fracciona⁶⁸ o interrumpe, al menos en lo que se refiere al núcleo duro e indisponible del período vacacional, salvo situaciones imprevisibles, generalmente ligadas al estado de salud del propio trabajador o a acontecimientos familiares que aconsejen abandonarlo por su propio bienestar personal.

Pero se pasa por alto con enorme frecuencia, que el éxito del disfrute continuo del período vacacional, está condicionado a que exista una educación del trabajador para el ocio; es decir, para que estando en posesión de una determinada cantidad de tiempo libre, tenga la libertad de escoger y llegue a realizar las actividades a las que va a dedicar este tiempo y por medio de ellas satisfaga en especial, sus necesidades personales⁶⁹. De lo contrario, el período de descanso puede terminar resultando el origen de un trastorno psicológico, personal y familiar, más grave que la fatiga que se quiso solucionar.

Mientras no exista con el auxilio de la pedagogía del ocio – ya se advertía hace décadas que la organización del ocio activo “constituye uno de los deberes más urgentes de toda nación evolucionada”⁷⁰ – una reeducación del disfrute del tiempo libre, el trabajador seguirá tentado a transformar su período vacacional en una pluralidad de breve descansos. La formación a la que se alude permitirá enseñar a quien lo requiere, para que pueda elegir mejor entre el abanico de posibilidades existentes, “porque las diversiones no se improvisan” y ésta es la mejor forma de levantar una verdadera defensa frente a los trastornos de la esfera psicopatológica⁷¹.

Las vacaciones están orientadas en tal sentido, a que el trabajador pueda relajarse y recrearse, es decir, a disfrutar de lo que actualmente

68 De allí que para Barbagelata, Héctor-Hugo. Derecho del Trabajo, Tomo I Volumen 2, FCU, Montevideo, 1999, p.82, “el fraccionamiento de la licencia se considera en general indeseable”.

69 Puig Rovira, Josep Ma. y Trilla, Jaume. La pedagogía del ocio, Barcelona, Editorial Laertes 1996, p.56.

70 Fourastié, Jean, *op.cit.*, p.102.

71 Paul Sivadon y Adolfo Fernandez-Zoila, *op.cit.*, p.219.

denominamos como ocio. Sin embargo, la importancia del ocio como fundamento del derecho a vacaciones es un concepto rápidamente olvidado, tanto así que aún hoy día no se le relaciona con las políticas de medición del tiempo de trabajo. Como una consecuencia de ello, durante la 18ª. Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo, celebradas en Ginebra, durante el 2008, se insistía en la necesidad de que las encuestas y las estadísticas sobre el tiempo de trabajo incluyeran información sobre el tiempo que las personas dedican al trabajo, así como el tiempo de desplazamiento y de preparación y que por tanto no podían dedicar al ocio y a otras actividades personales⁷².

La interrupción de la continuidad del reposo suele venir fomentada por ciertas excepciones legales y convencionales, que se refieren a la posibilidad del fraccionamiento del descanso o bien, de su acumulación y en el mejor de los casos, en relación con el núcleo accesorio de las vacaciones.

No existen un número particular de fraccionamientos que pueda considerarse como tolerable. Simplemente, de acuerdo con el discurso que dio origen al derecho no debería existir esta posibilidad, ni con el período mínimo de ni con el complementario⁷³.

Entre mayor sea el fraccionamiento, menos cercano se estará cumplir con el objetivo o fin perseguido con el reposo vacacional. En este escenario, las vacaciones terminan siendo la excusa perfecta para atender asuntos personales o familiares de muy amplia variedad, evitándose las tradicionales licencias sin goce de salario, cuando no, el propio ausentismo. Precisamente porque con el fraccionamiento se evitan las dificultades que al proceso productivo originan las licencias o ausencias, para el mismo empleador resulta atractivo permitir de forma directa el fraccionamiento, aceptando una solicitud en tal sentido, o de

72 Oficina Internacional del Trabajo. Informe de la Conferencia: 18ª. Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo, Ginebra, 2008, p.26.

73 Acerca del conflicto entre las preocupaciones sociales y las preocupaciones económicas que conlleva el fraccionamiento de vacaciones, *vid.* Rivero, Jean y Savatier, Jean. *Droit du travail*, PUF, Paris, 3ª ed., 1993, p.572.

manera indirecta⁷⁴, encausándolo a posteriori hacia la compensación o deducción del saldo de vacaciones. Incluso, las vacaciones han sido una perfecta excusa para compensar el preaviso que debe otorgarse antes de la conclusión del contrato, sea por renuncia o por despido sin responsabilidad patronal, así como para separar al trabajador de su puesto mientras se ejecuta una investigación disciplinaria.

La acumulación de vacaciones constituye también una práctica nociva para la salud psicológica del trabajador. El hecho de que no exista una época en el año en la cual pueda el trabajador pueda gozar de un descanso prolongado, resulta irrazonable o evidencia una inadecuada administración de los ritmos de producción. Por otra parte, la acumulación es la excusa para inducir soluciones que contradicen el sentido del reposo, como es la compensación de las vacaciones, pues al incrementarse progresivamente el saldo de las vacaciones, se reduce la probabilidad de que realmente se disfruten.

La acumulación acrecienta la posibilidad de una mayor siniestralidad⁷⁵ provocada por la fatiga mental que afecta la ejecución de los procesos productivos. Debe recordarse en tal sentido, que el estado de "fatiga general" se caracteriza por "una sensación difusa acompañada de un estado de indolencia, y de un sentimiento de repugnancia hacia toda forma de actividad"⁷⁶.

Una lectura actual de este estado de fatiga es el síndrome de *burn-out* o de desgaste profesional, que se manifiesta en tres dimensiones: agotamiento emocional, cinismo y la pérdida de la eficacia del trabajador⁷⁷.

74 Aludiendo a las ausencias que luego son rebajadas del cómputo de vacaciones como "una vía indirecta" para eludir la prohibición de fraccionamiento, *vid.* Caldera, Rafael. *Derecho del Trabajo*, Tomo I, El Ateneo, Buenos Aires, 2º ed. y 3º reimp., 1972, p.494.

75 *Vid.* Montenegro Baca, José. *Jornada de trabajo y descanso remunerados*, Tomo I, Librería y Editorial Bolivariana, Trujillo, 1959, p.373, para quien con el otorgamiento de las vacaciones se "evita a la sociedad el agotamiento prematuro de los trabajadores con el consiguiente engrosamiento de las filas de incapaces, inhábiles y enfermos".

76 Grandjean, Etienne. *Precis d' Ergonomie*, Paris, Les éditions d'organisation, 1985, p.195.

77 Moreno Jiménez, Bernardo, González Gutiérrez, José Luis y Garrosa Hernández, Eva. Variables de personalidad y proceso de burnout: personalidad resistente y sentido de coherencia. *Revista Interamericana de Psicología Ocupacional*, Medellín, Volumen 20, número 1, 2001, p.2.

Sin embargo, no es la única psicopatología con la que puede asociarse. Los trabajadores que padecen del *workaholic* o de adicción al trabajo, encuentran en políticas complacientes de acumulación de vacaciones, el motivo perfecto para seguir fortaleciendo su sintomatología y no enfrentarse a los problemas cotidianos, permaneciendo constantemente agobiados por soluciones inconclusas.

“Detrás de toda obsesión hay algún miedo” y los miedos del adicto del trabajo que son la causa de su ansiedad son múltiples. El *workaholic* se refugia en el trabajo por el miedo al fracaso, el miedo al aburrimiento y a la pereza, miedo a ser descubierto y especialmente, el miedo a descubrirse a sí mismo, además, del miedo a ser perseguido. Sin embargo, su sintomatología podría pasar desapercibida para un observador poco cuidadoso, dado que “muchas veces la fatiga y la ansiedad están enmascaradas por la hiperactividad y la inquietud”⁷⁸.

Consecuencia de esta adicción frente a todo lo que está fuera del trabajo, el trabajador se sumerge en el síndrome de abstinencia, como la imposibilidad de relajarse, la necesidad incontrolable de tener que hacer algo todo el tiempo, la desaparición de sus competencias creativas y de fantasía, los dolores de cabeza del interminable fin de semana y especialmente, la imposibilidad de soportar esa “angustia de las vacaciones”⁷⁹.

Constituye un grave incumplimiento que toda organización tiene frente a las obligaciones derivadas de la responsabilidad social, que el trabajo para la persona que es parte de ella, deje de ser un proyecto de autorrealización personal, al perder la libertad para conseguirlo, trastocar su personal jerarquía de valores y caer en ese reduccionismo intolerable en la que “las valiosas y plurales dimensiones de la vida humana”

78 Killinger, Barbara. La adicción al trabajo: una dependencia “respetable”, trad. del inglés, Ediciones Paidós, Barcelona, 1993, p.118-133.

79 Guiho-Bailly, Marie-Pierre y Guillet, Dominique. Cuando el trabajo se vuelve droga, trad. del francés, en Dessors, Doninique y Guiho-Bailly, Marie-Pierre (compiladores). Organización del Trabajo y Salud: de la psicopatología a la psicodinámica del trabajo, Editorial Lumen, Buenos Aires, 1998, p.134.

quedan únicamente relacionadas al cumplimiento de “parámetros laborales”⁸⁰.

Tampoco podría descartarse que las prácticas de acumulación y fraccionamiento del reposo vacacional pueda considerarse como parte de una política indeseable de *moobing* o acoso laboral.

Frente al fraccionamiento o la acumulación de los períodos vacaciones, los contrapesos existentes son ineficaces y se reducen a fortalecer las murallas de, al menos, el núcleo principal o período mínimo de disfrute continuo de las vacaciones, permitiendo aunque siga constituyendo un contrasentido, en el mejor de los casos y respecto del exceso, su fraccionamiento, acumulación e incluso, posterior compensación en dinero.

Sin embargo, la costumbre y las prácticas de mercado, terminan derribando los muros protectores del contenido esencial del derecho y por igual se afecta ese plazo mínimo, sin que los instrumentos de fiscalización sean eficaces, pues cuando las partes contratantes están de acuerdo en desaplicar la ley, los mecanismos de control institucional devienen siempre insuficientes.

Precisamente, solo si se le desdibuja atribuyéndole las características de un beneficio económico más, resultaría aplicable ciertas prácticas legislativas o creadas por convención colectiva, que entran en contradicción con las razones psicológicas que le justifican y adornan el discurso de origen.

5. Retribución

Aunque uno de los motivos por los cuales se reguló internacionalmente el derecho de vacaciones, aludía a la concesión del reposo remunerado como una forma de participar a los trabajadores del aumento de su productividad y lo que ello significaba para la empresa, la retribución

80 Polaino-Lorente, Aquilino. El <<workaholism>> como neurosis de autorrealización en el trabajo, en Buendía, José (Editor). Estrés laboral y salud. Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1998, p.159-162.

asignada durante este período no deja de presentar obstáculos no siempre superables para el goce efectivo del descanso.

La discusión de los componentes salariales –cuya naturaleza en tal sentido es indiscutible⁸¹–, en efectivo y en especie, que debe recibir el trabajador durante las vacaciones, tiene por meta que el disfrute de ellas no sea motivo de una disminución de sus ingresos regulares⁸² –en los que no pueden entenderse incluidos las “percepciones extrasalariales” motivadas por gastos asociados a la prestación de servicios que lógicamente no suceden en el período de reposo⁸³–, dado que en caso de que ello ocurra, el trabajador también se sentiría menos proclive a solicitarlas o gozarlas y por el contrario, se reforzaría la práctica nociva de su compensación.

En general, la atención se ha centrado en variables operativas como las soluciones que deben implementarse para darle solución a supuestos de tareas con ingresos variables o estacionales, aplicando fórmulas de las cuales se obtengan promedios derivados de espacios prolongados de tiempo, ajustando la remuneración a lo que podría considerarse como un ingreso “normal” o “razonable” para el tiempo de reposo.

Sin embargo, esto no es lo único ni lo más importante que debe considerarse, dado que aún y cuando las destrezas adquiridas de la pedagogía del ocio permita a los trabajadores planificar adecuadamente sus períodos de descanso, si el salario que se percibe durante el reposo resulta insuficiente para cubrir las necesidades inmediatas del trabajador o de su entorno familiar⁸⁴, o cubriéndolas, no le permita hacer gastos

81 Ackerman, Mario E. Jornada de trabajo y descansos remunerados en Argentina, en Néstor de Buen (Coordinador). Jornada de trabajo y descansos remunerados (Perspectiva iberoamericana), Porrúa, México, 1993, p.25. Para Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 27ª edición, 2006, p.352, es salario por cuanto “la retribución de los días de descanso va imputada al conjunto de prestaciones del trabajador, consideradas como un todo” a lo largo del año.

82 Calificado por algunos como “*substitut du salaire*”. Vid. Verdier, Jean-Maurice. Droit du travail, Dalloz, Paris, 9º ed. 1990 con addendum de 1993, p.255.

83 Sala Franco, Tomás (Coord). Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 10º ed., 1996, p.454.

84 Como advertía Sarthou, Helios. El llamado “salario vacacional” o prima de vacaciones, Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XVI, N°89, marzo, 1973, p.38, solo si “el trabajador y

adicionales que faciliten el disfrute de sus tiempos de reposo, es poco probable que se obtengan las condiciones que el descanso requiere.

De allí que sea necesario una serie de acciones adicionales públicas y privadas que permitan el fin que las vacaciones procuran. El reconocimiento de una prima de vacaciones y la reducción de los gastos relacionados con los desplazamientos o el alojamiento en sitios subsidiados de interés turístico⁸⁵ son solo algunas de las múltiples alternativas para lograrlo.

F. EL DERECHO DE DESCANSO EN EL PLURIEMPLEO.

Cuando el régimen normativo para el disfrute de las vacaciones se tiene que aplicar en relaciones de pluriempleo, surgen inmediatamente diversos inconvenientes que no siempre tienen solución, sino mediante abstracciones. Nos referimos a los casos en los el trabajador tiene dos o más empleadores simultáneos.

Cuando estamos en presencia de una persona que está pluriempleada, difícilmente el período de vacaciones podrá hacerse coincidir en una misma época en todas las ocupaciones que se desempeñan, de modo que el descanso y sus efectos reparadores deben entenderse teóricamente vinculados a los generados por la ocupación a la que se le atribuye el origen del descanso, porque en la realidad, mientras el trabajador descansa de una de sus actividades regulares, sigue prestando labores en otros centros de trabajo, que incluso pueden llevar ser los generadores de una fatiga mayor que aquella a la que idílicamente debe el reposo otorgado.

Adicionalmente, la tradicional prohibición de ejecutar labores subordinadas y remuneradas durante el descanso, que pueden implicar sanciones disciplinarias y la deducción de la suma cancelada, debe entenderse que excluye las labores que de ordinario ya tiene de forma simultánea.

su familia logran un nivel de ingresos suficiente para la satisfacción de sus necesidades" se podría "disponer de tiempo y posición espiritual para el pleno disfrute vacacional".

85 OIT. Les services sociaux d'entreprise et interentreprises dans les pays d'amerique latine, Geneve, 1973, p.106-107.

CONCLUSIÓN

El derecho a un reposo prolongado fue tardíamente reconocido si se le compara con otros descansos menores. Las vacaciones son una reivindicación moderna, que tiene por fin la recuperación de la fatiga mental acumulada por la continuidad de las tareas.

Las reglas establecidas para su disfrute responden a diversos intereses que han provocado que el objeto del reposo no necesariamente se cumpla. Aunque el empleador asume el costo económico del beneficio, en teoría como parte de sus obligaciones de responsabilidad social, es él mismo quien con sus acciones impulsa su incumplimiento. ¿Qué sentido tiene entonces haber accedido a ese beneficio?

A pesar de que en no pocos casos el beneficio ha sido objeto de reivindicaciones obreras, ha sido el mismo trabajador quien con sus prácticas ha promovido su debilitamiento. ¿Qué sentido tiene entonces seguir en la lucha por aumentar el descanso, cuando este realmente no se utiliza para lo que se quiso?

Las vacaciones se fraccionan, se interrumpen, se compensan, se computan para no sancionar ausencias, se utiliza como política de lucha contra el desempleo, para promover el consumo interno y para muchas cosas más, todas ellas alejadas de su fin principal.

Las reglas legales no hacen más que acentuar las brechas entre lo imaginario y lo real, en un derecho que poco a poco se ha reducido a una simple forma de limitación de la jornada anual.

Las inconsistencias derivadas de estos conflictos, se trasladan del discurso a la norma y de la norma a la sentencia judicial, con la complicidad de empleadores y trabajadores y ayudados por la ausencia de medidas que garanticen una educación para el ocio y una retribución digna para ello.