



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL
TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EL FERIADO ANUAL EN CHILE
Y
EN EL DERECHO COMPARADO

Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

IVAN MARCELO SILVA ASTUDILLO

Profesor Guía: Osvaldo Gonzalez Ransanz

Santiago, Chile
2001

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	1
1	
2 CAPITULO I	
ELEMENTOS DOCTRINARIOS DEL FERIADO	2
I.1 Concepto y elementos	2
I.2 Fundamento material del feriado	18
I.3 Naturaleza jurídica del feriado anual	22
I.4 El feriado anual y la suspensión de la relación laboral	27
I.5 Características del feriado anual	35
I.5.1 Derecho personalísimo	35
I.5.2 Finalidad protectora	36
I.5.3 Carácter de orden público	37
I.5.4 Irrenunciabilidad	40
I.5.5 No compensable en dinero	41
I.5.6 Derecho absoluto	43
I.5.7 De aplicación general.....	4

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo tiene por finalidad proteger al trabajador, es por ello que se ha limitado la jornada laboral buscando brindarle el descanso adecuado con el fin de evitar su extenuación física y moral, en este ámbito se constató la necesidad de que existiesen lapsos de descanso más prolongados que el semanal luego de un periodo extenso de trabajo, la respuesta a esta necesidad fueron las vacaciones o feriado anual.

Las vacaciones constituyen en la actualidad un derecho del trabajador tan básico que se suele olvidar que son una conquista reciente, incluso ha sido un tanto olvidado su estudio por la doctrina de manera que generalmente solo es analizado superficialmente en los diversos textos de derecho laboral, así también muchas veces en la vida diaria no se lo exige con la fuerza que se debiera y por ello frecuentemente los trabajadores (en ocasiones con su consentimiento) son privados de ellas por diversas vías.

En este trabajo busco brindar un completo cuadro de la normativa que rige el feriado anual en el derecho chileno y en el ámbito del derecho laboral internacional, fundamentalmente dentro de la regulación dada por la Organización Internacional del Trabajo, y además comparar nuestra legislación con la existente en los principales países de Hispanoamérica.

De esta manera espero aportar algo al estudio de un derecho del trabajador que considero realmente importante.

I) ELEMENTOS DOCTRINARIOS DEL FERIADO

I.1) Concepto y elementos.

Respecto del Feriado o Vacaciones anuales se han formulado diversas definiciones que buscan reflejar de manera más exacta el concepto de Vacación o Feriado Legal Anual, la más conocida es la aceptada por la Organización Internacional del Trabajo, que lo hace de la siguiente manera: "Por vacaciones anuales retribuidas, se entiende un número previamente determinado de jornadas consecutivas, distintas de los días festivos, de los días de enfermedad y convalecencia, durante los cuales, cada año, llenando el trabajador ciertas condiciones de servicio, interrumpe totalmente su trabajo y continua percibiendo su remuneración habitual", de esta manera las distingue de la suspensión de la relación laboral provocada por enfermedad o convalecencia, además señala las características de ser remunerado y de consistir en jornadas consecutivas en que el trabajador interrumpe la prestación de sus servicios.

La definición anterior es muy similar a la dada por el autor francés A. Lorch quien señala: " Por vacaciones anuales pagas de los asalariados, se entiende un número predeterminado de jornadas consecutivas, distintas de los

días feriados y de los días de enfermedad o convalecencia, durante los cuales en cada año el asalariado, reuniendo ciertas condiciones en el servicio, interrumpe totalmente su trabajo y continua percibiendo su remuneración habitual,”¹ como se ve esta definición y la anterior son similares, siendo una el antecedente de la otra.

Otra definición es formulada por Gustavo Bachelier: “Por vacaciones anuales remuneradas se entiende un cierto número de días consecutivos durante los cuales, cada año, el trabajador que cumplió ciertas condiciones de servicio, suspende su trabajo recibiendo sin embargo su remuneración habitual.”²

Las definiciones anteriores han sido criticadas por omitir un elemento que es el fundamento mismo de las vacaciones, esto es, su finalidad higiénica - social, consistente en la rehabilitación y recuperación de las fuerzas del trabajador tanto físicas como intelectuales desgastadas por el trabajo diario.

Por su parte Clement Argentier da una definición más extensa, “ Por vacaciones remuneradas debe entenderse la autorización concedida al trabajador de suspender totalmente su trabajo durante cierto número de días consecutivos, determinados anticipadamente, en atención a su reposo físico y moral, con exclusión de los días feriados, de las licencias por enfermedad y

¹ A. Lorch, citado por Hugo Sylvester, "Diccionario Jurídico del Trabajo", Ed. Claridad, 1960, pag.193.

² Gustavo Bachelier, "Les Conges Annuels Payés", 1937.

convalecencia, con la permanencia del contrato de trabajo y del pago íntegro de la remuneración normal"³ así esta definición incluye los principales elementos que configuran la institución de las vacaciones: En primer lugar, el trabajador queda eximido de continuar la prestación de sus servicios; En segundo, que esta situación del trabajador se extiende por espacio temporal predeterminado; En tercer lugar, que este periodo es de días consecutivos; En cuarto, que la naturaleza de este periodo es diversa de la naturaleza jurídica de las licencias por enfermedad o convalecencia; En quinto, que este descanso es remunerado y, por último, que este descanso tiene por finalidad el reposo físico y moral del trabajador. Es necesario hacer un alcance respecto a la expresión "suspensión" que se utiliza en la definición, esta debe entenderse en el sentido que tiene en el lenguaje corriente el término, como sinónimo de interrupción, y no en el sentido de "suspensión del contrato de trabajo", puesto que como se verá más adelante esta es, a mi juicio, una institución diversa.

El señor Jose Montenegro Baca elabora la siguiente definición con base en las características de la legislación peruana: "Las vacaciones son el derecho del trabajador a suspender la prestación del servicio en la oportunidad señalada por la ley, sin pérdida de la remuneración habitual, a fin de atender a los deberes de restauración orgánica y de vida social, siempre que hubiere cumplido con los requisitos exigidos por las disposiciones legales"⁴.

³ Clement Argentier, "Les Stude Practique de Droit Comercial".

⁴ Jose Montenegro Bacca, "Jornada de Trabajo y descansos Remunerados", Vol. I pag. 436 y 437

En nuestra doctrina el señor Hector Humeres define el Feriado como "El descanso anual obligatorio que debe concederse al asalariado, con goce de su remuneración, a fin de que reponga las energías gastadas en su trabajo,"⁵ concepto este que resalta el aspecto higiénico - social de las vacaciones, pero omite referirse a la necesidad de que el trabajador cumpla ciertos requisitos y no las diferencia claramente de los casos de licencia médica por enfermedad o convalecencia

Don Guido Macchiavello se refiere al Feriado como: " El período, durante la vigencia del contrato, en que el trabajador, luego de un año de servicios, tiene derecho a que se suspendan sus obligaciones laborativas subordinadas a fin de que se desligue de tales deberes, goce su libertad personal y de su propia capacidad de trabajo, recibiendo en el intertanto su remuneración habitual, como si hubiera estado en funciones."⁶

Otra definición es formulada en la obra "Código del Trabajo. DL 2200 de 1978", que señala: "El Feriado es aquel beneficio instituido por la ley para los trabajadores que, habiendo prestado servicios para un empleador por un tiempo determinado gocen de un descanso durante el cual percibirá su remuneración completa. Su objeto fundamental es, el que estos prestatarios de servicios recuperen las energías gastadas durante el año."⁷

⁵ Hector Humeres Magnam, "Derecho del Trabajo y Seguridad Social", pag. 141. Ed. 1977

⁶ Guido Machiavello."Derecho del Trabajo: Teoría Jurídica y Análisis de las Actuales Normas Jurídicas Chilenas". Ed. Fondo de Cultura Económica. Pag. 341.

⁷ Ximena Gutierrez, Francisco Walker Errazuriz, Ramón Rivas Guzmán, Carlos Koch Zalazar."Código del Trabajo: DL 2200 de 1978".Ed. Jurídica de Chile. Pag 175.

Las dos últimas definiciones, ajustadas al derecho chileno, destacan el hecho de que el feriado es un derecho de los trabajadores para interrumpir la prestación de sus servicios, a diferencia de las otras definiciones que (seguramente con la finalidad de ser lo más universales posibles) omiten esta circunstancia, debiendo en este punto considerar que el feriado anual remunerado es un derecho recientemente conquistado por los trabajadores, de manera que en el tiempo en que se formularon las primeras definiciones del concepto la legislación respecto a las vacaciones era escasa.

De los conceptos anteriores podemos extraer los principales elementos que configuran la institución del Feriado o Vacación Anual:

Es un lapso de tiempo predeterminado, esta determinación de su duración inicialmente se realizaba por el empleador que concedía las vacaciones o por el convenio o contrato colectivo, posteriormente cuando el feriado comenzó a recibir sanción legal, su duración fue determinada por la ley, lo que no obsta a que convencionalmente se establezca un período mayor, ya que el que fija la ley es solo un mínimo irrenunciable.

En la actualidad la tendencia generalizada es a otorgar vacaciones por un periodo de quince días, siendo estos días generalmente de días hábiles, como es previsible, esto varía de nación en nación, siendo en algunas bastante más extenso, como por ejemplo en Cuba en que alcanza el lapso de un mes por cada once meses de trabajo, entendido el mes como de treinta días

naturales, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 88 del Código del Trabajo de aquella nación.

En España el feriado se extiende por treinta días naturales de acuerdo al Artículo 98 del Estatuto de los Trabajadores de España, en cambio en México de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo, el feriado es de seis días laborables, para el trabajador que cumple un año de servicios, que se puede extender en dos días más por cada año subsecuente de servicios, no pudiendo exceder en total de doce, en Chile de acuerdo al Código del Trabajo publicado en el Diario Oficial de 24 de Enero de 1994, el feriado básico para el trabajador que cumple un año de servicios es de quince días.

Este lapso de tiempo es de diversa naturaleza que los periodos de licencia médica por enfermedad o convalecencia, ello se debe a la diversa finalidad perseguida por el feriado anual y por la licencia médica, esta última tiene el objetivo de permitir al trabajador enfermo o en recuperación ausentarse de su trabajo sin que ello implique la pérdida de este, permitiendo el reposo necesario para recuperar su salud siguiendo las indicaciones médicas correspondientes, en cambio el feriado tiene por objeto que el trabajador recupere sus fuerzas desgastadas mediante el descanso y la actividad social recreativa, disfrutando el feriado libre de las tensiones que implica el trabajo diario.

En nuestro Derecho la Dirección del Trabajo a resuelto:

"Si se considera que el objetivo principal del feriado anual es permitir al trabajador reponerse del desgaste ocasionado por un año de labor, sin perjuicio de las finalidades de distracción, recreación y fomento de la vida familiar que también conlleva, posible resulta afirmar que el goce del beneficio que nos ocupa debe efectuarse en condiciones que permitan el logro efectivo de los fines perseguidos por el legislador al establecer las normas sobre el descanso anual, cual es un objetivo distinto al perseguido por el derecho a las licencias médicas, cuyo fin es la reparación o restablecimiento de la salud, según lo dispone el Artículo 1° del D.S. N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud."⁸

Esta diversa naturaleza se traduce en consecuencias prácticas importantes, las que se analizara posteriormente.

También se distingue de los días festivos y de los descansos semanales por ello en casi todas las legislaciones occidentales no se consideran para él computo de la duración de las vacaciones los días inhábiles, en México se habla de "días laborables", incluso en nuestra legislación no se contabiliza el día Sábado si para la empresa es laborable, de manera que este pasa a ser día inhábil de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 69 del actual Código del Trabajo que señala " Para los efectos del feriado, el día Sábado se considerará siempre inhábil", esto sin embargo varía de legislación en

⁸ Dirección del Trabajo, dictamen Ordinario N° 4590/261 de 04-08-1997.

legislación, así en Cuba se habla de "días naturales", es decir se cuentan los días inhábiles, lo mismo ocurre en España, y en Ecuador se usa la expresión " Includos los días no laborables."

El feriado es de días consecutivos, por lo menos en doctrina el principio es este, sin embargo por razones prácticas y económicas, se acepta el fraccionamiento en determinados casos, como ocurre en Chile en donde el periodo de quince días de vacaciones se puede fraccionar en un periodo de diez días consecutivos, pudiendo gozar los otros cinco días con posterioridad, en este punto debe aclararse que este periodo de diez días, es aquel que no puede fraccionarse y el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo según lo establecido en el inciso primero del Artículo 70 del actual Código del Trabajo que dispone lo siguiente: "El feriado deberá ser continuo, pero el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo".

Disposiciones similares relativas a la continuidad de las vacaciones existen en las legislaciones latinoamericanas, en el Código del Trabajo de Ecuador se habla de "un periodo ininterrumpido de quince días", en México se señala que los trabajadores " deberán disfrutar en forma continua seis días de vacaciones, por lo menos," en el Código del Trabajo de Paraguay se habla de "días corridos".

De esta manera se considera que debe ser de días consecutivos porque si se fracciona excesivamente el feriado, el trabajador no podrá disfrutarlo adecuadamente y no cumplirá su finalidad.

En la oportunidad determinada por la ley a ello se refieren las definiciones doctrinarias, ya que las diversas legislaciones y recomendaciones de la OIT, buscan que la época en que se concedan las vacaciones sea la más favorable para que el trabajador pueda disfrutarlas realmente y así se obtengan los fines rehabilitadores perseguidos por la institución.

Lo anterior no obsta a la posibilidad que las partes acuerden conceder las vacaciones en una época distinta de la indicada en la ley, si así resulta más favorable para el trabajador, ello porque se pueden dar una serie de circunstancias prácticas que indiquen algo distinto, en este punto también se considera el interés de la empresa; así en las diversas legislaciones se autoriza a la empresa a conceder las vacaciones en la época que resulte más conveniente para ella, sin que esto pueda perjudicar al trabajador, y debiendo además tener reglas claras para ello, por esta razón en nuestro país la ley señala que esto debe establecerse en el Reglamento que dicte la autoridad.

Durante este tiempo el trabajador ha sido liberado de la obligación de prestar servicios al empleador, manteniendo sin embargo la existencia del contrato. Se produce una interrupción o paralización temporal de la prestación laboral, del trabajo; pero el contrato de trabajo, el vínculo jurídico, subsiste.

Respecto de este punto analizaré más adelante si existe diferencia entre el feriado anual y la suspensión de la relación laboral.

Este tiempo no trabajado en forma efectiva de acuerdo a la opinión del señor Guido Machiavello se considera, en nuestra legislación, como si el trabajador hubiese prestado sus servicios⁹ y por ello se lo toma en consideración para otros efectos, como se verá mas adelante.

El trabajador debe percibir la misma remuneración que habría percibido por la prestación de sus servicios en forma efectiva, a ello se refieren las definiciones usando diversas expresiones: “remuneración completa”, “remuneración normal”, “remuneración íntegra” (como señala nuestra legislación). En este punto las legislaciones presentan algunas diferencias pero en general es este principio el que prima.

En el campo internacional tenemos el Convenio N° 52 de 1936, que establece en su Artículo 3° lo siguiente: "Toda persona que tome vacaciones, en virtud del artículo 2 del presente Convenio, deberá percibir durante las mismas: a) su remuneración habitual, calculada en la forma que prescriba la

⁹ Guido Machiavello. Obra Citada. Pag. 345 y 346.

legislación nacional, aumentada con la equivalencia de su remuneración en especie, si la hubiere; o b) la remuneración fijada por contrato colectivo."

A su vez el Convenio N° 54 del mismo año 1936, relativo a las Vacaciones Pagadas de la Gente de Mar, establece en su Artículo 4°: "1. Toda persona que tome vacaciones, en virtud del artículo 2 del presente Convenio, deberá percibir su remuneración habitual mientras duren aquéllas."

En el Convenio N° 146 del año 1976, relativo a las Vacaciones Pagadas de la Gente de Mar, se establece una norma que recoge el principio de que las remuneraciones deben ser pagadas:

"Artículo 7 N° 1 La gente de mar que tome las vacaciones prescritas en el presente Convenio percibirá, por el período entero de las mismas, por lo menos su remuneración normal (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración pagada en especie), calculada en la forma que se determine en cada país por la autoridad competente o por medio de procedimientos apropiados", norma similar se contiene en el Convenio N° 132 de 1970 sobre las Vacaciones Pagadas.

El señor Montenegro Bacca señala al respecto lo siguiente: "Las vacaciones son obligatoriamente remuneradas en la legislación comparada. No se las concibe de otro modo; solo así es dable conseguir que no se pierda su finalidad, que es la de permitir el abandono total del trabajo por cierto tiempo, sin la preocupación de la falta de salario. Por otra parte, es justo que el empleador remunere las vacaciones, porque él también se beneficia con ese

descanso; este permite al servidor restaurar íntegramente las energías perdidas, por lo que al reintegrarse a su trabajo, desarrollará con mayor eficacia su faena, con positivas ventajas para el dador del trabajo." ¹⁰

La finalidad esencial del feriado, es la restauración de las fuerzas físicas y psíquicas del trabajador que han sufrido un desgaste a consecuencia del desempeño de su trabajo, desgaste que se traduce en una serie de consecuencias negativas para la persona física del trabajador, para la convivencia familiar, el funcionamiento de la empresa, y mirado el conjunto de trabajadores, para la sociedad entera.

El señor William Thayer en su obra " Manual del derecho del Trabajo", afirma " El feriado legal es un derecho irrenunciable de los trabajadores, y su finalidad consiste en permitir la recuperación síquica y física del trabajador, producto del agotamiento que el trabajo genera en él." ¹¹

Sobre este punto volveré más tarde al referirme al fundamento del feriado.

¹⁰ Montenegro Bacca. Obra Citada. Pag. 438.

¹¹ William Thayer. "Manual de Derecho del Trabajo", tomo III, pag.277, Editorial.Jurídica de Chile.

El feriado constituye un derecho, este aspecto tan importante inicialmente no era tal, puesto que el feriado anual remunerado es una conquista reciente de los trabajadores, en sus orígenes el feriado era una concesión graciosa que hacían algunos empleadores a sus trabajadores, luego se convirtió en cláusula frecuente de convenciones colectivas y posteriormente recibió consagración legal, actualmente es considerado por la doctrina y la legislación mundial un derecho del trabajador, como aparece claramente en nuestra legislación, derecho cuyas características analizaremos más adelante.

El señor De la Cueva¹² indica que las vacaciones no son un premio de buena conducta sino una necesidad fisiológica y moral para el hombre, es un verdadero derecho de los trabajadores, independiente de la conducta que observen, máxime que las faltas cometidas se sancionan bien en el reglamento interior de trabajo, bien conforme a lo estatuido en los contratos de trabajo.

La razón de esto está precisamente en el hecho de que el feriado se hizo necesario debido a la nueva forma de organización de la estructura económica mundial, que debió ser regulado jurídicamente, evolucionando rápidamente hasta convertirse en un derecho irrenunciable del trabajador.

El feriado ha sido consagrado como derecho por la doctrina laboral, las legislaciones nacionales y por los convenios y recomendaciones

¹² Mario de la Cueva. "Derecho Mexicano del Trabajo". Ed. Porrúa. México. 4° ed.

internacionales, así a modo de ejemplo, ocurre en la legislación peruana desde la entrada en vigencia de la Ley N° 7.505 de 08 de Abril de 1932, que así lo reconoce en su Artículo 3°, respecto de las vacaciones de los obreros, y respecto de las vacaciones de los empleados desde la Ley N° 9.049 de 13 de Febrero de 1940.

De la misma manera también lo reconoce la legislación cubana en el Artículo 88 del Código del Trabajo del año 1984, que establece: " Los trabajadores tienen derecho al disfrute de un mes de vacaciones pagadas por cada once meses de trabajo efectivo", disposición semejante existe en la legislación de Ecuador que establece en el Artículo 69 del Código del Trabajo de 1997 lo siguiente: "Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso," de esta manera el feriado como derecho de los trabajadores se reconoce en todas las legislaciones occidentales.

En la normativa internacional este derecho ha sido consagrado en diversos pactos y Convenciones, de esta manera se consagra en el Artículo segundo del Convenio 52 del año 1936, que establece: "Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables por lo menos", norma similar se establece en el Convenio Número 54 sobre las Vacaciones Pagadas de la Gente de Mar, que en su Artículo 2 establece: "Toda persona a la que se aplique el presente convenio tendrá derecho,

después de un año de servicio continuo en la misma empresa, a vacaciones anuales pagadas", ambos convenios han sido revisados posteriormente, el relativo a las Vacaciones Pagadas de la Gente de Mar en 1949, por el Convenio N° 72 y en 1949 por el número 91, y el Convenio 52 por el Convenio Número 132 del año 1970, en todas estas revisiones se ha conservado la norma que consagra el feriado como derecho del trabajador.

También se debe recordar que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, en su artículo 24 establece entre los derechos que debe gozar toda persona el de las "vacaciones periódicas pagadas."

El trabajador para gozar del feriado debe cumplir ciertos requisitos este elemento varía mucho según las diversas legislaciones, sin embargo el requisito común es la necesidad de que el trabajador preste servicios durante un tiempo determinado, la forma en que se calcula la extensión de este periodo de tiempo es lo que suele variar. A esto el autor peruano Montenegro Bacca lo llama "periodo adquisitivo"¹³, consistente en que el trabajador debe prestar servicios en forma efectiva durante un periodo determinado, criticando el que estuviese enmarcado dentro de un plazo determinado ya que debido a ello se llegaba frecuentemente a privar al trabajador de sus vacaciones.

Esta exigencia de prestar servicios por un tiempo determinado fue dominante durante los primeros dos tercios del siglo XX, este era el criterio de

¹³ Jose Montenegro Bacca. Obra citada. Pags. 439 y 440.

nuestro Código del Trabajo de 1931 (respecto de los obreros), también era el criterio de la OIT manifestado en las recomendaciones Números 52 y 54 de 1936 y como ocurre actualmente en Cuba y en Paraguay.

Posteriormente debido a las críticas efectuadas ante las situaciones injustas que solían ocurrir se optó por una alternativa consistente en que las vacaciones se ganan una vez transcurrido un determinado plazo aunque en el no haya existido prestación de servicios en forma efectiva siendo suficiente que la relación laboral se mantenga vigente durante un determinado plazo, este es el criterio que prima en Chile con el actual Código del Trabajo, a este requisito general se suelen agregar por las diversas legislaciones nacionales otros requisitos, generalmente por vía reglamentaria.

De los antecedentes anteriores podemos aventurar la siguiente definición del concepto de Vacación o Feriado Anual: “ Es el derecho del trabajador que cumple los requisitos legales, a gozar en la oportunidad legal, de un período predeterminado de días consecutivos, distintos de los periodos de suspensión de la relación laboral debidos a días feriados, enfermedad o convalecencia, durante los cuales está exento de la obligación de prestar servicios al empleador pero manteniendo éste la obligación de pagarle la remuneración íntegra, con el fin de recuperar las fuerzas físicas y síquicas desgastadas por el trabajo diario.”

I.2) Fundamento material del feriado.

El Derecho tiene como finalidad regular las relaciones interpersonales en el mundo real, por ello siempre sus normas tienen como fundamento cercano o lejano un antecedente fáctico, en el caso de las Vacaciones o Feriado Anual esto aparece claro, las vacaciones no son un capricho del legislador o un invento de los tratadistas del derecho, nació de la vida social, de las relaciones entre empleadores y trabajadores, de una necesidad real creada por las nuevas condiciones sociales y económicas, siendo luego reglada y desarrollada por el derecho.

Bachelier, tratadista francés, afirma: " La vida moderna, con el maquinismo, la racionalización del trabajo, el trabajo malsano de las fábricas, el desenvolvimiento de los centros urbanos, crea un género de existencia antinatural, y hace nacer la necesidad de reposar algunos días al año."

El señor Hugo Sylvester, al referirse al fundamento del feriado anual cita a Sussekind quién afirma "El instituto de las vacaciones reconoce fundamentos de orden biológico, social y económico. De orden biológico en cuanto permite al trabajador la restauración integral de sus energías físicas e intelectuales disminuidas como consecuencia de las continuadas jornadas de labor. De carácter social en cuanto pone al trabajador más en contacto con el núcleo familiar y le brinda la posibilidad de conocer nuevos ambientes, ampliando sus conocimientos y alejando su espíritu de las preocupaciones

diarias. Y, por último, de carácter económico en cuanto promueve el mayor rendimiento del trabajador como consecuencia de la desaparición de la fatiga propia del esfuerzo económico."¹⁴

El señor Guido Machiavello afirma "En la visión materialista contemporánea, el Derecho enfrenta: A) La necesidad de defender al trabajador en cuanto hombre "sometido" a otro y evitar que la secuela de su dependencia y el trabajo subordinado dañen su personalidad, individual y sociológicamente; B) la necesidad de preservar su capacidad laborativa, evitando que la fatiga acumulada en largos periodos malogre o reduzca sus habilidades y C) la necesidad de custodiar el valor de riqueza nacional que conforman los trabajadores considerados como elemento fundamental del proceso productivo."¹⁵

De lo anterior se puede concluir que el Feriado Anual surgió como una necesidad ineludible ante la nueva realidad social generada por la estructura económica mundial que luego de la Revolución Industrial terminó por culminar el proceso que venía ya desde antes, de destrucción de la antigua estructura económica agraria y patriarcal, en la cual las vacaciones no eran vistas como una necesidad esencial, por una estructura industrial, competitiva, agotadora e inhumana, en que se generó una organización del trabajo, que redundó en que los trabajadores enfrentaran jornadas y condiciones laborales

¹⁴ Diccionario Jurídico del Trabajo. Pag. 193 Ed. Claridad. 1960.

¹⁵ Guido Machiavello. Obra citada. Pag. 342.

que los llevaron a niveles de fatiga moral y física similares a las de los esclavos.

Debido a que en el inicio de la revolución Industrial se crearon condiciones económicas completamente nuevas que transformaron el orden económico de la sociedad, esta no estaba preparada para ello y no existía legislación laboral, ni organizaciones obreras esto generó un cuadro de tremenda desigualdad social, situación de todos conocida, fue por ello que surgió el derecho laboral buscando proteger al trabajador, dentro de las medidas protectoras se planteó por los trabajadores y algunos empresarios la necesidad de brindar vacaciones anuales, con las finalidades ya señaladas.

En la actualidad nos encontramos insertos en un marco económico caracterizado por una gran tecnología, competitividad, exigencia de eficiencia y calidad sometiendo a los trabajadores a constante tensión en todos los niveles de las empresas desde los obreros a los ejecutivos, en donde las vacaciones se siguen presentando como una gran medida de protección del trabajador y se han extendido a casi todas las categorías de estos.

Don Guido Machiavello resalta otro aspecto que es el efecto que provoca en el trabajador la posición subordinada que mantiene respecto de su empleador, señala lo siguiente: "La función subordinada que cumple el trabajador compromete y afecta su personalidad, ya que está en una situación de subordinación, en un ambiente ajeno, en donde solo debe hacer lo que le ordenan en beneficio de otro y en que debe posponer lo suyo, jornada tras

jornada, día a día y por años."¹⁶ El feriado de esta manera surge como el medio para restablecer la plenitud de la personalidad del trabajador, respetando sus valores personales, su libertad, brindando el espacio para que se dedique a su familia y sus aficiones.

¹⁶ Guido Machiavello. Obra citada. Pag. 342.

I.3) Naturaleza jurídica del feriado.

Para determinar la naturaleza jurídica del Feriado Anual debemos mirarlo desde dos diversas perspectivas, correspondientes a las partes de la relación laboral, el empleador y el trabajador.

En primer lugar para el empleador se constituye en una obligación de Hacer y de Dar, de Hacer en cuanto está obligado a consentir que el trabajador deje de prestar sus servicios durante el tiempo comprendido por el feriado y de Dar porque tiene la obligación establecida por la ley de pagar al trabajador la remuneración que le habría correspondido si hubiese trabajado en esos días.

Esta obligación del empleador tiene en la actualidad un origen legal, el estado a través de la ley laboral impone al empleador la obligación de conceder al trabajador cierto número de días de descanso y de seguir pagando al trabajador la remuneración. No es una obligación emanada del contrato en su aspecto privado, sino que emana de la intervención del estado en el contrato. Esto se refiere al feriado legal, aquel que por sobre este acuerden las partes adquiere el carácter de una obligación puramente contractual privada, de manera que queda en la condición de un derecho patrimonial del trabajador, perfectamente transable.

En segundo lugar para el trabajador se constituye en un derecho personalísimo que lo autoriza a desligarse de su obligación de prestar servicios para el empleador, también queda exento del deber de obediencia y

subordinación, sin embargo subsiste el deber de fidelidad y de no divulgación de secretos. Además se genera una obligación de No Hacer, consistente en no desarrollar una actividad contraria a la finalidad perseguida por las vacaciones.

Respecto del último aspecto señalado, esto es la obligación del trabajador de abstenerse de trabajar, se ha producido una evolución en doctrina y en la legislación.

Inicialmente la doctrina realizaba el siguiente razonamiento: El trabajador tiene la obligación de no trabajar o desarrollar una actividad remunerada durante las vacaciones porque ello vulnera el fin perseguido por estas, esto tiene las siguientes consecuencias: en primer lugar el empleador como contrapartida de la obligación del trabajador, tiene el derecho a exigir el cumplimiento de ella, y por otro lado la infracción de esta obligación debe tener una sanción.

Partidario de esta doctrina es el autor argentino Luis Alberto Despontín quien sostenía lo siguiente: "Al trabajar durante dicho período de veda, se viola el contrato, desde que el individuo pierde la oportunidad de remozar o renovar su organismo o su mente, gastados en la tarea con su empleador habitual."¹⁷ y al respecto cita en su obra la sentencia de un tribunal argentino de la Capital Federal que resolvió que era causal de despido si el empleado se ocupa también para terceros durante el tiempo de su licencia, también cita el Decreto N° 32.412/45 de la República Argentina relativo al goce

¹⁷ Luis Alberto Despontin. "La Jornada de Trabajo". Ed. Bibliográfica Argentina. Pag. 404.

de Vacaciones de los menores de entre 14 a 18 años, que establece que en caso que el menor trabaje durante el transcurso de las vacaciones tendrá como sanción la pérdida del salario.

El señor Hugo Sylvester, argentino, era de la mismo opinión, basado en la legislación argentina sostenía que las vacaciones constituían para el empleado un derecho y una obligación, la de abstenerse de trabajar durante el periodo de vacaciones. "Es lógico que de esta obligación surja para el empleador un derecho, que es el de exigir su cumplimiento." ¹⁸

El jurista venezolano Rafael Caldera, basado en la legislación de su país, sostiene que el trabajador al gozar de las vacaciones "ha contraído la obligación del descanso, obligación que no puede infringir sin exponerse a la sanción legal. Esta sanción consiste en la pérdida del derecho a la remuneración, que envuelve la obligación de reintegrarla si, ha recibido la remuneración en el momento en que la vacación debió comenzar", al respecto también cita a Nikisch que señala: " Las vacaciones se dan no solo en interés del trabajador, sino regularmente también en el del patrono; " y señala también que "es una infracción al deber de lealtad."¹⁹

Esta corriente doctrinaria también se reflejó en los Convenios Internacionales adoptados por la OIT, así en el Convenio 52 de 1936, relativo a

¹⁸ Hugo Sylvester Obra citada. Pag. 194.

¹⁹ Rafael Caldera. "Derecho del Trabajo". Ed. El Ateneo. 2ª edición. 1960. Pag. 496

las Vacaciones Pagadas se estableció en su Artículo 5° lo siguiente: " La legislación nacional podrá prever que toda persona que efectúe un trabajo retribuido durante sus vacaciones anuales pagadas sea privada de la remuneración que le corresponda durante dichas vacaciones".

Con ocasión de lo anterior se discutió acerca de este punto y de los 74 estados presentes en la Conferencia, 24 consideraron que esto debía hacerse, en sentido negativo se manifestaron 8 y los restantes consideraron que esta idea era de difícil aplicación práctica; también existieron algunas objeciones en cuanto se afirmaba que no todo trabajo remunerado era contrario a la finalidad de las vacaciones y por lo tanto se debía efectuar dicha distinción. La misma disposición se repitió en el Convenio N° 54 Sobre vacaciones Pagadas de la Gente de Mar, del mismo año 1936.

Con el transcurso del tiempo la doctrina señalada fue siendo dejada de lado ya que en lugar de proteger al trabajador terminaba perjudicándolo, sin considerar la dificultad practica que involucraba hacer efectiva la sanción, de manera que las disposiciones legales que establecían dicha sanción fueron derogadas y en la actualidad, en las legislaciones laborales de las naciones hispanoamericanas, ya no existe dicha disposición. Respecto de los convenios Números 52 y 54 de la OIT, en sus posteriores revisiones, las normas señaladas anteriormente fueron modificadas y en cambio comenzó a indicarse que se podrían establecer sanciones siempre que la actividad remunerada

desarrollada por el trabajador durante las vacaciones fuese contraria a la finalidad perseguida por estas.

En la actualidad el criterio predominante es que el trabajador debe descansar y recrearse, debiendo el estado brindarle los medios para ello a través de programas adecuados, y en caso de que el trabajador trabaje durante las vacaciones, no existe sanción para él. El empleador solo podrá objetar dicho trabajo cuando atente de manera directa contra el deber de lealtad del trabajador, como sería el caso del trabajador que durante las vacaciones trabajara para una empresa de la competencia.

Por lo expuesto en los párrafos anteriores se puede decir que el feriado es para el empleador una obligación legal impuesta por el estado que se traduce en un Hacer y un Dar, esto es, permitir al trabajador no prestar sus servicios y a la vez pagarle su remuneración; y para el trabajador es un derecho y a la vez una obligación, un derecho a quedar libre del deber de prestar sus servicios al empleador y seguir percibiendo su remuneración, y una obligación de No Hacer en cuanto debe abstenerse de realizar alguna actividad contraria al fin de las vacaciones anuales.

I.4) El feriado anual y la suspensión de la relación laboral.

En este punto busco determinar si las vacaciones anuales constituyen un caso de suspensión de la relación laboral como sostienen numerosos autores o bien pertenece a una clasificación diversa.

En primer lugar se debe tener presente que algunos autores distinguen entre suspensión e interrupción, otros autores las consideran una misma figura, y, en el caso de Guillermo Cabanellas, distinguen entre suspensión e interrupción pero dando a este término un sentido diverso como explicaré más adelante.

Ambas figuras jurídicas (sí se las considera figuras independientes) son manifestación del principio de estabilidad en el empleo, este considera que el contrato de trabajo se constituye en fuente de subsistencia del trabajador y su familia, por lo tanto tener una fuente de trabajo permanente, con un contrato estable y duradero, se vuelve un elemento que considerados los trabajadores en su conjunto constituye un elemento de orden y paz social, por lo tanto se busca proteger la existencia del contrato estableciendo normas que permiten la subsistencia de este ante situaciones que normalmente causarían el término del contrato, como es la inejecución de las obligaciones de las partes.

Partiré por examinar que es la suspensión. Tenemos las siguientes definiciones: el señor Eugenio Pérez Botija señala que se debe entender la palabra suspensión en el sentido de: "Cese parcial de los efectos del contrato

de trabajo durante un cierto tiempo, volviendo a tener plena eficacia una vez desaparecidas las circunstancias que motivaron la interrupción"²⁰. El señor Jorge Vida Soria define la suspensión del contrato señalando que "Es una situación anormal por la que el mismo (el contrato) atraviesa, caracterizada por la interrupción temporal de la ejecución de sus prestaciones fundamentales y la continuidad del vínculo jurídico"²¹, por su parte el señor Mario de la Cueva la define como: "el conjunto de normas que señalan las causas justificadas de incumplimiento temporal de las obligaciones de los trabajadores y de los patrones y los efectos que se producen"²²; el señor William Thayer Arteaga la define como: " La cesación justificada y temporal de la obligación de trabajar o de pagar la remuneración en su caso, o de ambas a la vez, impuestas en el contrato de trabajo, subsistiendo el vínculo contractual"²³.

Los elementos distintivos de la suspensión son el incumplimiento de las principales obligaciones derivadas del contrato, que como sabemos, son la prestación de servicios por parte del trabajador y el pago de la remuneración por parte del empleador, ahora bien la mayoría de la doctrina señala que en algunos casos habría pago de la remuneración.

²⁰ Eugenio Perez Botija. "Curso de Derecho del Trabajo". Ed. Dosset. 3° Edición. 1952.

²¹ Jose Vida Soria."La Suspensión del Contrato de Trabajo". Ed. Institutode Estudios Políticos. Madrid,1965.

²² Mario de la Cueva. "Derecho Mexicano del Trabajo". Ed. Porrúa. México.4°ed. pag.773.

²³ William Thayer-Patricio Novoa,"Manual de derecho del Trabajo",Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, primera edición, 1980, Pag. 348.

El señor Eugenio Pérez Botija realiza una clasificación material de las causas de suspensión de acuerdo al derecho español, señalando que estas son: biológicas(enfermedad, maternidad), físico-económicas (accidentes, incendio de local, crisis, paro, etc.), político - administrativas (servicio militar), político - sociales (huelgas y lock out), jurídico penales (detención o procesamiento del trabajador, suspensión disciplinaria, cierre de la empresa por la autoridad).²⁴

El señor William Thayer realiza una serie de clasificaciones: Legal o convencional, según fuente que la origina; absoluta o relativa, según libera a una o ambas partes del cumplimiento de sus obligaciones; total o parcial, si se suspende el cumplimiento de todas las obligaciones o solo de parte de ella; individual o colectiva, si afecta a uno o más trabajadores considerados como individuos aislados o en conjunto; regular o irregular, según tiene normas fijas preestablecidas o no; previsible o imprevisible, según si se sabe con anticipación si se producirá o no.²⁵

Mayoritariamente se considera que una característica de la suspensión es que existe un incumplimiento de las prestaciones de ambas partes y excepcionalmente de una de ellas (del trabajador), y que esto se debe a situaciones extraordinarias, por causas externas al contrato, pero que al

²⁴ Eugenio Perez Botija,obra citada, pag. 252 y sgts.

²⁵ William Thayer-Patricio Novoa, obra citada, pags. 351 y 352

ocurrir con cierta frecuencia han sido reguladas por la ley, optando esta, en consideración a la naturaleza de estas circunstancias, por mantener la vigencia del contrato, esto debido a que el incumplimiento del trabajador o empleador no le fue imputable a ellos, es el caso de las licencias por enfermedad, accidentes, maternidad, servicio militar, lock out, cierre de la empresa por orden de la autoridad, incendio de local, y las otras causas señaladas anteriormente en la clasificación de Pérez Botija.

Luego de revisar someramente en que consiste la suspensión de la relación laboral pasamos a examinar en que consiste la interrupción de la relación laboral.

Esta ha sido definida como: "La situación producida dentro del desarrollo de dicha relación consistente en la cesación temporal- cualquiera sea la causa- de la obligación que le asiste al trabajador en virtud del contrato de trabajo de ejecutar la labor o servicio material e intelectual convenidos, pero sin que ello importe la cesación simultánea del cumplimiento por parte del empleador de la principal prestación que le asiste, por imperativo del contrato, de cancelar la remuneración y demás retribuciones acordadas"²⁶.

La anterior definición elaborada por Ricardo Aguilar Le-Bert, me parece un tanto extensa y prefiero dar mi propia definición de interrupción de la relación laboral, si es que esta se considera independiente de la suspensión:

²⁶ Ricardo Aguilar Le Bert. "Interrupción y Suspensión de la Relación Jurídica Laboral", memoria de prueba, Santiago, Chile, 1980, pag.29.

"Es aquella situación en que el trabajador por causa justificada cesa temporalmente en el cumplimiento de contrato, manteniendo este su vigor y conservando el empleador la obligación de pagar la remuneración y demás prestaciones emanadas del contrato", de esta manera en la interrupción del contrato solo una de las partes de la relación laboral, el trabajador, queda exento de cumplir su obligación de prestar sus servicios y el empleador debe continuar pagando la remuneración, a juicio de los autores que consideran que la interrupción de la relación laboral es independiente de la suspensión, esta característica es la que justifica la distinción entre suspensión e interrupción de la relación laboral, desde este punto de vista las vacaciones serían claramente un tipo de interrupción de la relación laboral.

Por lo expuesto considero que la interrupción de la relación laboral, tal como ha sido definida anteriormente, puede ser englobada fácilmente dentro del concepto de suspensión relativa, y por lo tanto no existe un argumento que haga necesaria la diferencia entre interrupción y suspensión.

En razón de lo anterior considero que esta categoría de interrupción de la relación laboral en los términos definidos anteriormente no tiene una razón de existencia real, porque solo sería una especie dentro del género de la suspensión, en consecuencia deberíamos considerar a las vacaciones como un caso de suspensión relativa, porque solo libera al trabajador de su obligación de prestar servicios y en cambio mantiene la obligación del empleador de pagar la

remuneración, sin embargo, no creo que esta sea la opción correcta, las vacaciones no son un simple caso de suspensión de la relación jurídica laboral.

Para dar con la respuesta correcta considero importante la opinión del señor Guillermo Cabanellas quien se refiere a este tema aceptando la distinción entre suspensión absoluta y relativa, también se refiere a la interrupción señalando que esta es diversa de la suspensión pero sin darle el carácter anteriormente señalado sino que la toma en el sentido de paralización temporal de la prestación del trabajo, sin que exista término del contrato, dando un sentido corriente al término, aunque lamentablemente no lo define ni analiza mas profundamente.

Respecto a esto señala "las interrupciones son meramente pasajeras, momentáneas; como cuando el trabajador, por una causa imputable, se ve impedido de concurrir al trabajo. La interrupción momentánea carece de la causa específica de la suspensión, y durante ella el trabajador tiene un motivo justificado que le exime de la obligación de prestar servicio; o el patrono puede invocar también esa causa legal para liberarse de la obligación de dar ocupación al trabajador", "El problema vuelve a surgir cuando se trata de distinguir entre la suspensión del contrato de trabajo y aquellas interrupciones en la prestación de servicios que se originan en licencias, vacaciones o descansos establecidos por la ley. En estos casos, en realidad, se trata de instituciones, que si bien se asemejan a la suspensión del contrato de trabajo, se diferencian por cuanto la interrupción se produce por obra del legislador, el

empresario está en condiciones de dar trabajo al trabajador y este de prestarlo, y, sin embargo, por decisión del legislador no se puede efectuar esa prestación de servicios. Por el contrario, en la suspensión del contrato de trabajo, tiene que haber una imposibilidad propia de hechos solo inherentes al trabajador o a la empresa."²⁷

El jurista venezolano Rafael Caldera, desde otro punto de vista da otro argumento aplicable a este punto y que es coincidente con lo afirmado por Cabanellas, al afirmar que las vacaciones son un "descanso legal obligatorio", "no constituye una interrupción (en el derecho venezolano interrupción es sinónimo de extinción del contrato) de la relación de trabajo, y como hemos sostenido ni siquiera una mera suspensión de la misma", sostiene al respecto que "la suspensión envolvería paralización temporal en el cumplimiento de las partes; en la vacación no hay nada de esto. Para todos los fines legales, para el cómputo de su antigüedad, lo mismo que para el pago de las cotizaciones del Seguro Social, el trabajador en vacaciones se considera como si estuviera en servicio", "la relación de trabajo no ha sufrido alteración ninguna. Solamente, el trabajador ha sido relevado de la concurrencia a su diaria faena."²⁸

²⁷ Guillermo Cabanellas, "El Contrato de Trabajo", Ed. Bibliográfica Omeba, única edición, 1964, Vol. III, pag.28.

²⁸ Rafael Caldera, obra citada, pag.495.

En conclusión, adhiero a la opinión sostenida por Cabanellas y Caldera por considerar que el feriado anual o vacaciones constituyen un descanso legal obligatorio como afirma Rafael Caldera, que evidentemente se traduce en una interrupción (en el sentido corriente del término, como sinónimo de discontinuidad) de la prestación de servicios por parte del trabajador, pero sin que se pueda considerar un caso de suspensión de la relación laboral, ni siquiera relativa, por las razones ya expuestas.

I.5) Características del Feriado Anual.

Anteriormente analizamos los elementos que integran el concepto de feriado, ahora pasare a realizar un examen de las principales características del feriado en cuanto derecho del trabajador.

I.5.1) Derecho personalísimo

El feriado es un derecho actualmente establecido por la ley, cuyo contenido principalmente es de tutela, adicionado por el aspecto remunerativo patrimonial. El carácter de personalísimo se traduce en que el derecho a vacaciones no es compensable en dinero, es intransable, no es un derecho patrimonial establecido para el lucro del trabajador sino que tiene una finalidad superior de protección del trabajador, en este punto se debe aclarar que esto ocurre mientras se mantiene la relación laboral, ya que una vez terminada esta el derecho a vacaciones es sustituido por el derecho a una indemnización por no haber gozado las vacaciones a que tenia derecho.

Se a controvertido el carácter de personalísimo señalando que de tener este carácter no se podría heredar por el trabajador a su familia (como ocurre en algunas legislaciones), sin embargo lo que hereda la familia en caso de muerte del trabajador no es el derecho a vacaciones, sino que a la indemnización que correspondería a este por no haber podido gozar de ellas, lo

mismo ocurre en el caso del trabajador que es separado de su trabajo sin haber gozado de ellas, en que el derecho a las vacaciones es subrogado por el derecho a una indemnización.

I.5.2) Finalidad Protectora

El feriado tiene como fundamento y finalidad de su existencia la protección de la salud del trabajador tanto en su aspecto físico como en su aspecto psíquico.

Como señalamos anteriormente en el párrafo destinado a comentar el fundamento material del feriado el trabajador a consecuencia del ritmo moderno de trabajo y las tensiones que él conlleva, sufre un constante desgaste de sus habilidades físicas y psíquicas, lo que se traduce en fatiga que al acumularse deriva en una menor productividad del trabajador y en una mayor frecuencia de los accidentes del trabajo.

El feriado surge como una herramienta para proteger la salud física y psíquica del trabajador al brindarle la oportunidad de desligarse de su actividad laboral, sin perder la fuente de sus ingresos y de esta manera pueda desarrollar actividades recreativas y sociales junto a su familia, permitiéndole recuperar sus energías, pudiendo ocuparse de sus asuntos, de su familia y su persona, recuperando la libertad personal restringida por su trabajo y pudiendo desarrollar su personalidad.

De esta manera el feriado se transforma en una de las medidas de protección del trabajador más importantes del derecho del trabajo. Este carácter protector se traduce en otra característica del feriado: su carácter de Orden Público.

I.5.3) Carácter de Orden Público

De lo señalado en el párrafo anterior y en el párrafo dedicado a analizar el fundamento del feriado se desprende que existe comprometido en el feriado un "interés público", no se trata de un simple acuerdo entre particulares, entre empleador y prestador de servicios, sino que el Estado ha intervenido regulando legalmente esta materia porque busca proteger al trabajador en cuanto este está subordinado a otro, también busca proteger la salud del trabajador y así resguardar la principal fuente de riqueza de una nación: sus trabajadores, esto porque si el trabajador no está protegido debidamente aumenta el índice de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales con el consiguiente perjuicio económico para el país y se generan tensiones sociales que si no son atendidas oportunamente desencadenan graves conflictos.

Como se señala en el párrafo destinado a la evolución histórica del feriado anual, este es un derecho reciente, reducido inicialmente a ciertas categorías privilegiadas de trabajadores (como señala el informe N° IV de la

OIT del año 1958) y cuya extensión a las grandes masas de trabajadores solo se produjo en la primera mitad del siglo XX, de manera que inicialmente la doctrina no consideraba que en el feriado estuviese envuelta una norma de orden público, es así como algunos autores le atribuían un carácter mas bien privado, incluso cuando ya había recibido sanción legislativa existieron casos como el de la ley minera del Estado de Guanajuato, México, de 30 de Agosto de 1924 en que se exigía que el trabajador para tener derecho a vacaciones, además de haber cumplido un año de servicios, no debía haber faltado a sus labores y tenido buena conducta, de manera que las vacaciones no eran consideradas un derecho sino que un premio y por lo tanto tenían un carácter privado, dependiendo en definitiva de la voluntad del empleador.

Representante de la corriente de pensamiento que rechazaba el Feriado como norma de Orden Público es Luigi Barassi, que en su obra "Tratado de Derecho del Trabajo", año 1952, rechazaba que el feriado fuese una norma de Orden Público señalando al analizar el régimen jurídico de las pausas en el trabajo, que el descanso diario y el dominical recibían una mayor protección legal que la dada a los días festivos y las vacaciones, "la razón de este diferente grado de intensidad en el rigor de la norma, (según Barassi) radica sobre todo en la naturaleza de las diversas pausas. Las primeras dos (descanso dominical y pausas cotidianas) son las más esenciales, y tanto es ello así que el Estado a debido intervenir para frenar la posibilidad de abusos de parte del patrón"

"Finalmente (afirma Barassi) es menester reconocer que las vacaciones son una institución reciente, signo de que no representan una exigencia primordial del trabajador, aunque hoy se la haya generalizado a todos", además de la razón anterior Barassi afirmaba que la legislación laboral "no es derecho publico en ninguna parte, al faltarle sanciones penales" y continuaba: " En este sentido, la existencia o no de una sanción penal es lo que únicamente constituye el criterio decisivo, frente al cual no es suficiente contraponer la afirmación genérica de un interés social para decir, por ejemplo, que el derecho a las vacaciones "tiene la alta finalidad de permitir a los que están expuestos al desgaste de las tareas diarias de reemplazar su vigor físico e intelectual."²⁹

La corriente representada por Barassi fue superada y dejada en el pasado, y actualmente la distinción entre Orden público y Orden privado ya no se busca en la clasificación de ramas del Derecho, sino que se considera que la distinción está en el valor protegido por la norma, al respecto dicen Kaskel y Dersch "El Derecho del Trabajo es un ejemplo típico de que la evolución moderna del derecho conduce cada vez más a un entrecruzamiento de derecho privado y derecho público, sin que con esto nazca una tercera categoría"³⁰

Actualmente no existen dudas acerca del carácter de derecho público

²⁹ Luigi Barassi, "Tratado de Derecho del Trabajo", Ed. Alfa, tomo II, 1953, pags. 537 a 560.

³⁰ Kaskel, Walter y Dersch, Herman, "Derecho del Trabajo", Ed. Depalma, pag. 6.

de la institución del Feriado Anual, debido a que el bien jurídico protegido es en definitiva la salud física y mental del trabajador lo que es indudablemente de interés público. Consecuencia del carácter de Orden público del feriado tenemos su siguiente característica: la Irrenunciabilidad.

I.5.4) Irrenunciabilidad

Establecido el feriado como un derecho revestido del carácter de orden público, no encontramos con un principio fundamental del Derecho Laboral que consiste en que los derechos mínimos de los trabajadores establecidos por la ley son irrenunciables, en nuestra legislación laboral así lo establece el Artículo 5° inciso primero del actual Código del Trabajo que dispone: "Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo," lo anterior ocurre porque el derecho del trabajo cumple una función tutelar del trabajador, busca protegerlo de los abusos de que pueda ser víctima por parte de los empleadores, que son la parte económicamente más poderosa de la relación laboral.

La irrenunciabilidad al derecho a vacaciones también ha sido consagrado por la legislación ecuatoriana que establece: "Artículo 72: las vacaciones anuales constituyen un derecho irrenunciable."

Esta irrenunciabilidad al derecho a feriado anual es recogido en las otras legislaciones hispanoamericanas y también en los Convenios de la OIT,

en los que se establece claramente la irrenunciabilidad del feriado, así en el Convenio N° 52 de 1936, en el Artículo 4° establece: " Se considerará nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones anuales pagadas o la renuncia a las mismas," norma idéntica se establece en el Artículo 5° del Convenio N° 54 Sobre las Vacaciones Pagadas de la Gente de Mar del Mismo año 1936, disposición que se repite en los posteriores convenios relativos a las vacaciones.

De esta manera es claro e incontrovertible el carácter irrenunciable del feriado, ello porque como se ha señalado existe un interés público en que el trabajador goce de este derecho por las razones ya expuestas, por ello el feriado actualmente no es un asunto privado que involucre solo al trabajador y al empleador, no queda al arbitrio de este y aquel determinar si el feriado será usado o no, el feriado no es una mercancía sobre la cual pueda disponer el empleador o el trabajador, por la finalidad que persigue y el interés del que nace.

I.5.5) No compensable en dinero

Consecuencia de las características del feriado anual de tener una finalidad protectora, de ser norma de orden público y un derecho irrenunciable, es que el feriado no es compensable en dinero.

Esto ocurre porque si el feriado fuese compensable en dinero sería habitual que el trabajador en lugar de gozar de las vacaciones, aceptará una determinada cantidad de dinero, lo que se traduciría en que en la práctica el trabajador no gozaría de las vacaciones y no obtendría los beneficios perseguidos por esta institución, con el consiguiente perjuicio individual y social.

En nuestra legislación esto está establecido claramente en el Artículo 73 inciso primero del Código del Trabajo actual en que expresamente se señala: "El feriado establecido en el artículo 66 no podrá compensarse en dinero."

En el Artículo 72 del Código del Trabajo de Ecuador, luego de establecer la irrenunciabilidad del Feriado se establece que este no puede compensarse en dinero y a continuación se dispone que "ningún contrato de trabajo podrá terminar sin que el trabajador con derecho a vacaciones las haya gozado, salvo lo dispuesto en el Artículo 74", el Artículo 74 se refiere al caso de postergación de las vacaciones que por esto se acumulan a las del año siguiente y si el trabajador sale del servicio y no llega a gozar de ellas, tendrá derecho a las remuneraciones correspondientes a las no gozadas, con el ciento por ciento de recargo.

En el Código del Trabajo de México se establece también en el Artículo 79: "Las vacaciones no podrán compensarse con una remuneración."

El Código del Trabajo de Venezuela establece en su Artículo 226 lo siguiente: " El trabajador deberá disfrutar las vacaciones de manera efectiva.

Mientras exista la relación de trabajo, el convenio mediante el cual el patrono paga la remuneración de las mismas sin conceder el tiempo necesario para que el trabajador las disfrute, lo dejará obligado a concederlas con su respectiva remuneración, sin que pueda alegar en su favor el hecho de haber cumplido anteriormente con el requisito del pago".

Las anteriores disposiciones presentadas a modo de ejemplo nos demuestran que el principio de que el feriado no es compensable en dinero ampliamente aceptado y reconocido, esto por que es un derecho del trabajador que tiene como fundamento un interés público.

I.5.6) Derecho Absoluto

Respecto este punto el señor Guido Machiavello³¹ sostiene que por las características anteriormente señaladas del derecho a vacaciones, esto es, ser personalísimo, irrenunciable, no compensable en dinero, carácter público y por sobre todo por su finalidad protectora, el feriado debe ser gozado por el trabajador y el empleador debe permitirle su goce, por ello en teoría no podría suspenderse su goce, ni posponerse por razones de buen funcionamiento de la empresa o porque al trabajador no le conviene hacer uso de sus vacaciones.

³¹ Guido Machiavello, obra citada, pag. 343 y 3444.

Las vacaciones son un derecho que se impone al trabajador y al empresario, por ello no se debería permitir que las vacaciones no fuesen gozadas por el trabajador, ni pospuestas en caso alguno.

Esto está vinculado al hecho de ser el feriado un descanso legal obligatorio, además de ser un derecho del trabajador, es una obligación impuesta por la ley al trabajador y al empleador por que se persigue una finalidad superior que es la protección de la fuerza laboral del país.

1.5.7) De aplicación general

El derecho a feriado es de aplicación general, esto significa que todos los trabajadores tienen derecho a ella, su normativa se aplica a todas las categorías de trabajadores salvo que existan normas especiales en contrario, las que normalmente se deben a que el fin protector perseguido por las vacaciones se obtiene por otra vía, como es el caso del Artículo 80 del Código del Trabajo chileno, que como veremos más adelante, es una excepción aparente porque en realidad en este caso los trabajadores gozan de vacaciones anuales pagadas.

II) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FERIADO ANUAL Y SU DESARROLLO EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

II.1) Antecedentes Históricos

El Feriado Legal o Vacaciones Anuales Remuneradas, como he señalado reiteradamente, es una conquista reciente de los trabajadores. A lo largo de la historia no se registran casos de vacaciones como las entendemos en la actualidad, a diferencia de lo que ocurre con el descanso semanal el que siempre ha existido, si bien con un fundamento principalmente religioso, lo mismo ocurre con los días festivos los cuales con diversos motivos siempre han existido, sin embargo de las vacaciones anuales no existe antecedente histórico alguno, el jurista peruano Jose Montenegro Bacca se preocupó de este tema, remontándose al Código de Hamurabi, las Leyes de Manú y la Biblia señalando que solo en esta última tienen cierta similitud con las vacaciones anuales el de las Fiestas de las Enramadas o de las Cabañas, las que sin embargo eran una celebración de carácter religioso donde solo se descansaba el primero y octavo día, dedicándose los demás días a ceremoniales religiosos. En las antiguas culturas del Oriente tampoco existen referencias a ellas, lo mismo ocurrió, excepción hecha de los “saturnales”, que en definitiva eran simplemente una fiesta religiosa, ya que resulta evidente que en una civilización

con una economía basada en la esclavitud no se ocupó de establecer vacaciones.

En la Edad Media tampoco existen antecedentes, lo que es comprensible en una sociedad en que existía un número realmente enorme de días festivos. El Señor Rafael Caldera³², considera como antecedente de las vacaciones la costumbre de los artesanos de suspender su trabajo cada año, además del domingo, durante un número considerable de días consagrados a fiestas religiosas, sin embargo esto no constituían vacaciones tal como las estudiamos ahora.

El Señor Jose Montenegro Baca sostiene que el único caso que podría ser llamado feriado o vacaciones anuales que se haya dado en las antiguas civilizaciones sería el que se daba en el Imperio Incaico, con las fiestas de Inti-Raymi o Pascua del Sol, que duraban nueve días, durante los cuales los súbditos del imperio no trabajaban y se limitaban a divertirse, cubriendo el estado Inca los gastos de subsistencia y diversión, de manera que concurrían las características de ser un periodo anual, de días determinados en los que se debía descansar y los gastos de los súbditos eran cubiertos por el estado, que dentro del sistema social del Incanato era el equivalente al empleador³³.

³² Rafael Caldera, obra citada, pag.489.

³³ Jose Montenegro Bacca, obra citada, Tomo I, pags 440 y 115 a 118.

Dando un gran salto en el tiempo llegamos a los tiempos modernos y nos encontramos con que en el continente Europeo a consecuencia de la Revolución Industrial se originó una situación de extrema desigualdad, como respuesta a ello surgen principalmente en Inglaterra y en Alemania movimientos sindicales que buscaron mejorar sus condiciones de empleo, fue así como comenzó la lucha por una serie de derechos laborales entre las que se encontraba el feriado anual pagado.

Inicialmente el feriado anual fue privilegio de algunas categorías de trabajadores, fundamentalmente funcionarios públicos, así por ejemplo uno de los primeros casos curiosamente es el de Venezuela país en que aquellos movimientos no existían, en que por Decreto de fecha 27 de Agosto de 1881, el presidente Guzmán Blanco estableció una vacación general con goce de sueldo para todos los empleados públicos, desde el 15 de Agosto al 15 de Septiembre, salvo el despacho de los asuntos de carácter urgente, vacaciones que fueron eliminadas por decreto de 06 de Agosto de 1906 y restablecidas por Decreto de 13 de Agosto de 1910. Resulta curioso que las vacaciones para los funcionarios públicos se implantaran tempranamente en un país donde la legislación laboral era considerado algo "exótico" e innecesario hasta entrado el siglo XX, como comenta el autor venezolano R. Caldera al referirse a la actitud que tenían las clases dominantes en su época acerca de la legislación laboral, posteriormente los movimientos obreros consiguieron que este derecho se fuera extendiendo masivamente.

En Europa la normativa relativa al feriado anual nació por la vía de los convenios o contratos colectivos que luego fueron siendo recogidos por las legislaciones nacionales. En Alemania algunas empresas, en el período de 1900 a 1905, concedían descanso anual a sus trabajadores en forma espontánea, en la misma época existían convenios colectivos que concedían vacaciones a los trabajadores en Suecia, Noruega, Dinamarca y Suiza.

Fue recién en el siglo XX cuando comenzó a extenderse lentamente la legislación relativa a las vacaciones anuales pagadas, en los años 1905 y 1908 las Leyes del Cantón de Berna en Suiza fueron promulgadas concediendo vacaciones anuales pagas a los aprendices y obreras, en Islandia el año 1909, se establecieron vacaciones en favor de los aprendices, otro caso de aplicación general de las vacaciones a los trabajadores de las empresas privadas fue la Ley de Austria de 1910.

Con motivo de la primera Guerra Mundial y los cambios que en todo el orden social fueron consecuencia de ella, las vacaciones anuales recibieron una mayor aceptación y consagración en las legislaciones nacionales, influyó en ello la actuación de la OIT que buscó impulsar el establecimiento legal de vacaciones anuales pagadas, como complemento a la limitación de la jornada ordinaria de trabajo, pero por sobre todo fue la actuación de las organizaciones obreras que adquirieron gran fuerza lo que impulsó la legislación laboral y la celebración de convenios y contratos colectivos en que se consagró el derecho a vacaciones anuales pagadas.

El año 1920 en Brasil se dictó la ley que estableció el feriado a favor de todos los trabajadores.

En Perú por ley N° 7505 de 08 de Abril de 1932 se reconoció el derecho a vacaciones de los empleados y obreros. En Chile el año 1924 la ley 4059 sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares estableció el feriado anual a favor de estos y posteriormente en virtud de lo dispuesto por el Código del Trabajo de 1931 se extendió este beneficio a los obreros.

En Colombia se dicta el año 1931 la Ley N° 72 que reglamenta el descanso dominical y las vacaciones.

En Uruguay el año 1933 la ley N° 9000 establece la licencia anual remunerada para los empleados del comercio y de las oficinas de propiedad privada, recién el año 1945 se dicta la ley N° 10.684 que establece la licencia anual remunerada para todos los trabajadores.

En Argentina el año 1934 se dicta la ley 11.729 que establece el feriado anual a favor de los empleados del comercio y de la industria, en el año 1945 con el decreto 1740 dictado el 24 de Enero, se extiende este derecho a la masa de los trabajadores, también se reglamentó las vacaciones de los menores de 14 a 18 años en el Decreto 32.412 del mismo año 1945, el año siguiente con fecha 28 de Diciembre se dictó el decreto 23.854 que reglamentó el otorgamiento de vacaciones a los trabajadores a domicilio.

En Venezuela la Constitución de 1936 estableció la obligatoriedad de las vacaciones remuneradas. Anteriormente había existido la ley del Trabajo de 1928, pero no tuvo ninguna aplicación práctica.

En Bolivia el año 1939 se dicta el Decreto Supremo de 23 de Mayo de 1939, que contiene la Ley General del Trabajo, llamada comúnmente Código del Trabajo de 1939 y el mismo año con fecha 23 de Agosto de 1943, se dicta el Decreto Reglamentario de la misma, en el Código se establece el derecho a vacaciones de los obreros.

En México por tratarse de un estado federal, las leyes laborales fueron implantando en los diversos estados normas relativas al feriado, la primera que se refirió al feriado anual fue la Ley del Trabajo del Estado de Durango del 14 de Octubre de 1922 que en su artículo 27 fracción IX establece la obligación de los patrones de conceder a los trabajadores 15 días de vacaciones con goce de sueldo después de un año de servicios, la Ley Minera del Estado de Guanajuato de 30 de Agosto de 1924 a la que ya me referí anteriormente estableció las vacaciones dando a estas un carácter premial, es decir, que estas revestían el carácter de un premio a la buena conducta del trabajador, estableciendo una serie de requisitos que en la práctica dejaban al criterio del empleador el conceder o no el feriado.

Otras de las primeras leyes dictadas en otros estados mexicanos fueron las de Oaxaca de 21 de Mayo de 1926, de Zacatecas de 17 de Mayo de 1927 y de Hidalgo de 28 de Noviembre de 1928.

En España las vacaciones fueron establecidas por la Ley de Contrato de Trabajo del año 1931, que en su artículo 56 establecía que el trabajador tenía derecho a siete jornadas de trabajo después de un año de servicios, posteriormente esta ley fue reformada por ley de 02 de Septiembre de 1941.

II.2) La OIT y la regulación del Feriado Anual

En la rápida extensión del reconocimiento del derecho a vacaciones pagadas influyó de manera notable la actividad de la OIT, esta organización fue creada con ocasión del Tratado de Versalles de Junio de 1919, anterior a ella se habían realizado algunas conferencias laborales internacionales que habían buscado crear un Derecho Internacional del Trabajo, de esta manera se realizó la Conferencia de Berlín, impulsada por el emperador de Alemania Guillermo II y que recibió el apoyo de S.S. el Papa León XIII, quién también promulgó la Encíclica "Rerúm Novarum", al año siguiente de esta conferencia, posteriormente el año 1897 se realizó el "Congreso Obrero" de Zurich y el "Congreso Internacional de Legislación del Trabajo", en Bruselas, consecuencia de este último se realizó el año 1900, en París, el "Congreso Internacional de Legislación Laboral", que dio origen a una "Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores" y de una "Oficina Internacional del Trabajo", que comenzó a funcionar en Basilea en Mayo de 1901, con

financiamiento proveniente de diversos estados. El año 1905 se realizó la llamada Conferencia de Berna, que volvió a realizarse el año 1906.

Durante todo este periodo se fue extendiendo la convicción de que era necesario que las medidas de protección a los trabajadores debían extenderse a todos los países como única forma de que perduraran, de lo contrario aquellos países en que los trabajadores gozaran de mayores beneficios no podrían afrontar la competencia de las naciones en que los trabajadores tuvieran una condición desfavorable ya que sus costos serían menores, esta convicción se reforzó con la Primera Guerra Mundial y la Revolución Rusa. Por sobre todo fue decisivo para la creación de la OIT el fortalecimiento de los movimientos sindicales, que durante la guerra estrecharon lazos y fortalecieron su influencia.

Las organizaciones sindicales fueron los protagonistas en la creación de la OIT, en primer lugar la A.F.L. (American Federation of Labour) norteamericana, adoptó una resolución llamando a las organizaciones obreras a participar en la conferencia que daría fin al conflicto, en segundo lugar resultado de diversos congresos sindicales europeos se realizó la Conferencia Sindical internacional, en Berna en Febrero de 1919, que solicitó a la Conferencia de Paz de Versalles la creación de un sistema Internacional del trabajo, a través de reuniones de trabajadores y gobiernos, el mismo año sindicatos cristianos realizaron en París una Conferencia en donde se solicitó la creación de un "Instituto Internacional del Trabajo", todo esto llevó a que la Conferencia

Preliminar de Paz, adoptara la decisión de crear una Comisión destinada a estudiar la reglamentación internacional del trabajo, decidir cual debía ser la forma de una organización internacional permanente y recomendar los pasos necesarios para crear una organización anexa a la Sociedad de las Naciones. Por último producto del trabajo de la comisión se incorporó al tratado de Versalles las disposiciones relativas a un sistema internacional del Trabajo y se creó la Organización Internacional del Trabajo.

La primera Conferencia Internacional del Trabajo tuvo lugar en Washington entre el 29 de Octubre y el 29 de Noviembre de 1919, ese año se redacta el Convenio N° 1 relativo a la duración de la jornada diaria de los trabajadores en el se establece ya una norma relativa a las vacaciones, en el Artículo 4, que establece que el límite de duración de la jornada ordinaria de trabajo fijado en el Artículo 2° de dicho convenio (8 horas por día y 48 por semana) podría ser excedido en: " los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana." á continuación de dicha disposición se establece lo siguiente: "Este régimen no influirá en las vacaciones que puedan ser concedidas a los trabajadores, por las leyes nacionales, en compensación del día de descanso semanal", de esta manera se buscaba proteger el derecho a vacaciones que los trabajadores de las distintas naciones hubieran obtenido.

La OIT realiza su labor fundamentalmente a través de dos instrumentos: los Convenios y las Recomendaciones, que tienen como diferencia entre sí el que los primeros están expresamente destinados a crear obligaciones, en cambio las segundas tienen la finalidad de definir pautas legislativas que son comunicadas a los estados miembros para que las pongan en ejecución por medio de la legislación o de otro modo.

Los Convenios al ser ratificados se convierten en instrumentos internacionales obligatorios, su finalidad precisamente es esa, crear obligaciones internacionales para los estado miembros.

Las Recomendaciones tienen por finalidad influir en la legislación y en la política nacionales, definiendo una norma internacional en casos, en que por su complejidad y diversidad de circunstancias reinantes en los diversos estados, no pueden reducirse a una misma formula, siendo imposible o no aconsejable adoptar un convenio, para que el estado tenga libertad para aplicar esa norma en la forma que más convenga a su situación.

La distinción entre Recomendación y Convenio no significa establecer una diferencia normativa jerárquica entre ellas, sino que solo persiguen objetivos diversos, adaptandose a las diversas circunstancias.

Otros medios de que se vale la OIT para uniformar y orientar las legislaciones, son las resoluciones de la Conferencia Internacional del trabajo, resoluciones y conclusiones de expertos y conferencias, resoluciones e informes de organismos donde se manifiestan las opiniones e intereses de las

industrias, sectores de la economía o categorías de trabajadores especiales por ej. Comisión Paritaria Marítima, Comisión de industria, Comisión Permanente Agrícola.

La OIT se ha valido de estos diversos medios para impulsar la conformación de un sistema internacional del trabajo, que busca establecer en las diversas naciones un sistema laboral justo que beneficie por igual a trabajadores y empleadores, permitiendo avanzar en la conquista de la paz y la justicia social.

La OIT a adoptado una serie de convenios y recomendaciones relativas específicamente a las vacaciones anuales, que pueden ser agrupados en tres grandes categorías atendiendo a la labor en que se desempeñan los trabajadores a quienes se aplican: relativas a las vacaciones pagadas de los trabajadores en general, relativas a las vacaciones pagadas de la gente de mar y relativas a las vacaciones pagadas de los trabajadores agrícolas, a continuación examinaré brevemente el contenido de estos cuerpos legales buscando determinar las diferencias entre ellas y apreciar los avances que ha experimentado la regulación internacional de las vacaciones.

II.2.1) Convenios y Recomendaciones relativos a las vacaciones pagadas en general.

II.2.1.1) Convenio N° 52 del 24 de Junio de 1936:

Este Convenio es el primero referido específicamente al tema de las vacaciones anuales pagadas, en el se establecen varias normas que consagran en el ámbito internacional los principales principios doctrinarios que rigen el derecho a vacaciones anuales pagadas, normas que con leves variaciones fueron recogidas en los convenios posteriores.

Para establecer el ámbito de aplicación del convenio, se enumera una serie de categorías de trabajadores, según el rubro de la empresa o industria en la que laboran, realizando una larga enumeración, que en definitiva lleva a que se aplicara a los trabajadores que se desempeñen en las siguientes empresas y establecimientos: las industrias manufactureras, empresas de construcción, establecimientos comerciales, de transportes, establecimientos mineros, comerciales, oficinas, establecimientos médicos y lugares de diversión, fueran estas empresas y establecimientos públicos o privados (art. 1 n°1 letras a - k). En cuanto a la determinación de que empresas y establecimientos están comprendidos o no por el convenio se establece que la autoridad competente de cada país deberá determinarlo, previa consulta a las organizaciones de empleadores y trabajadores, si es que estos existen (art. 1

nº2), asimismo se faculta a la autoridad competente de cada estado para excluir de la aplicación de este convenio a las empresas o talleres familiares y los organismos de la administración pública que otorguen a sus empleados derecho a vacaciones iguales, a lo menos, que las establecidas por el convenio (Art.1 a y b).

El convenio establece normas referentes a la duración de las vacaciones, forma de cómputo de estas, remuneración, periodo de calificación, fraccionamiento, acumulatividad, progresividad, irrenunciabilidad, indemnización compensatoria por vacaciones no gozadas, y disposiciones respecto la realización de actividades remuneradas durante las vacaciones por parte del trabajador.

En cuanto a la duración de las vacaciones estas debían ser de seis días laborables de vacaciones anuales pagadas, a lo menos, luego de haber cumplido un año de servicio continuo (art. 2 nº1), no establecía norma alguna respecto al caso de los trabajadores que hubieran prestado servicios continuos por menos de un año, esto es confirmado en memorandum de la Oficina Internacional del Trabajo, de fecha 16 de Septiembre de 1960, en respuesta a una consulta del gobierno austríaco, en que se señala claramente que en este caso el convenio no establece obligación alguna de conceder vacaciones.

A continuación se acordaron vacaciones especiales para los menores de 16 años, incluidos los aprendices, estos tenían derecho a 12 días laborables de vacaciones anuales pagadas, "por lo menos" (art. 2 nº2).

Si comparamos las anteriores disposiciones con lo dispuesto en el código de 1931 en Chile, vemos claramente que nuestra legislación brindaba mayores beneficios que los concedidos por el convenio 52, ya que en Chile el régimen general del feriado anual para los obreros era de 15 y 7 días según el número de días trabajados y en el caso de los empleados particulares de 15 días, aunque nosotros carecíamos de un régimen especial para los menores en cuanto al feriado anual.

Para efectos de las vacaciones no se debía computar los días feriados oficiales o establecidos por la costumbre y las inasistencias al trabajo debidas a enfermedad, en cuanto a los días establecidos por la costumbre de acuerdo a interpretación realizada por la Oficina Internacional del Trabajo, el convenio se refería a días que sin haber sido objeto de una decisión de las autoridades públicas, son festivos en virtud de un uso constante considerado obligatorio por los interesados; tal situación puede tener un carácter general o interesar solamente según los casos a una región, a una profesión o a un sector de actividad determinado.

El artículo 2° n° 1 establece que las vacaciones son pagadas debiendo el trabajador percibir durante ellas su "remuneración habitual", calculada de acuerdo a la legislación nacional, aumentada con la equivalencia de su remuneración en especie, si la hubiere o bien lo que se fije en el convenio colectivo respectivo (art. 3 letras a y b).

El feriado debe ser ininterrumpido, el Artículo 2) n° 4 dispone que la legislación nacional podrá aceptar " a título excepcional" el fraccionamiento del feriado en la parte que este exceda del mínimo establecido por el convenio, por lo tanto la regla es que sea continuo o ininterumpido.

Se reconoce la irrenunciabilidad de las vacaciones, señalando expresamente que se declarará nulo todo pacto que implique el abandono de las vacaciones o la renuncia a las mismas (art. 4), esta disposición será repetida en forma invariable por todos los convenios posteriores relativos a las vacaciones pagadas.

Este convenio se refiere al aumento progresivo de las vacaciones, estableciendo que ellas deben aumentar progresivamente con la duración del servicio, de la forma establecida por la legislación nacional (art. 2 n°5). Esto ha sido acogido en las diversas legislaciones en mayor o menor medida, como veremos al analizar el régimen legal de las vacaciones en los principales países de Hispanoamérica.

Se establece la indemnización compensatoria por vacaciones anuales no gozadas, disponiendo que en caso de despido "imputable al empleador" este debe pagar al trabajador la remuneración correspondiente al número de días de vacaciones a que este tuviese derecho (art. 6).

En cuanto al caso del trabajador que realice una actividad remunerada durante las vacaciones, el artículo 5° determina que la legislación nacional podrá prever que toda persona que efectúe un trabajo retribuido

durante las vacaciones sea privada de la remuneración que le corresponda durante dichas vacaciones. Esto, como vimos anteriormente, se debe a que en aquellos tiempos se consideraba que el trabajo remunerado vulneraba la finalidad de las vacaciones, puesto que el trabajador no descansaría y recuperaría sus energías, y esto, además de perjudicar al trabajador, perjudicaría al empleador ya que este también tenía involucrado un interés en el descanso del trabajador, puesto que ello aumentaría su productividad, por lo tanto para evitar que el beneficiado con las vacaciones no les diera otro uso se debía establecer esta medida.

Entre las disposiciones finales se dispone que cada estado miembro que ratifique el convenio deberá establecer un régimen de sanciones a fin de garantizar la aplicación de sus disposiciones y se establece que los empleadores deberán llevar un registro de vacaciones a fin de fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de la normativa.

La fecha de entrada en vigor de este convenio fue el 22 de Septiembre de 1939 y fue ratificado por 55 estados, entre los estados que han ratificado el convenio se encuentran Argentina, Colombia, Cuba, República Dominicana, México, Panamá, Paraguay, Perú, Brasil, España, Uruguay, países que menciono por estar mas cercanos a nuestro ámbito cultural y jurídico, de estos estados Brasil el 23 de Septiembre de 1998, España el 10 de Junio de 1972 y Uruguay con fecha 02 de Junio de 1977 denunciaron el convenio.

II.2.1.2) Recomendación N° 47 de 24 de Junio de 1936.

Esta recomendación tuvo por fin complementar el Convenio anteriormente examinado y en el se dan algunas indicaciones referidas a precisar el modo como se debe dar cumplimiento a este. Los principales puntos son:

1) Continuidad en el servicio requerida para adquirir el derecho a vacaciones: no debería verse afectada por interrupciones ajenas a la voluntad del trabajador como por ej. La realización del servicio militar, enfermedades o accidentes. (N°1 párrafo 1)

2) Trabajos que no se realizan en forma regular en el año: se debía considerar cumplida la condición de continuidad en el servicio cuando el trabajador haya laborado durante cierto número de días dentro de un periodo determinado, porque de lo contrario estos trabajadores serían en la práctica privados del derecho a vacaciones (N° 1 párrafo2).

3) Trabajadores con diversos empleadores en el año: deberían tener derecho a vacaciones y se debía adoptar medidas tendientes a evitar que el último empleador soporte solo la carga de pagar las vacaciones (N°1 párrafo 3). Esta sugestión fue acogida en Chile por la ley N° 10.988 de 13 de Noviembre de 1952 que en su artículo 3° estableció que para efectos del feriado de los hombres de mar que hayan trabajado para distintos armadores,

estos pagarán el sueldo o salario correspondiente al feriado en proporción a los días trabajados para cada armador.

4) Fraccionamiento de las vacaciones: se acepta solo en circunstancias especiales, pero no debe contrarrestar la finalidad de estas y si se acepta debe realizarse en dos períodos como máximo, uno de los cuales debería corresponder a las vacaciones mínimas previstas, salvo circunstancias excepcionalísimas (N°2).

5) Las vacaciones progresivas según antigüedad en el servicio se debían implantar lo mas pronto posible y debiendo realizarse por etapas regulares, de manera que en un plazo razonable el trabajador gozase de un período adecuado de vacaciones, en Chile esta sugerión solo se recogió con la Ley 15.475 de 24 de Enero de 1964.

6) Trabajadores con remuneraciones variables, en que la remuneración se calcula a destajo o por rendimiento, se debía considerar la ganancia media en un periodo lo suficientemente prolongado para compensar lo más posible las variaciones de remuneración.

II.2.1.3) Recomendación N° 98 de 23 de Junio de 1954.

En esta Recomendación se estimula a los gobiernos a adoptar medidas tendientes a que todos los trabajadores gocen de vacaciones pagadas, se dan indicaciones acerca de las medidas que se deberían adoptar para implantar las vacaciones pagadas (N° 1 y 2).

Se dan indicaciones acerca de los siguientes puntos:

a) Duración de las vacaciones: estas deberían ser de por lo menos dos semanas laborables por doce meses de servicio (N°4.1).

b) Debería existir un organismo con facultades relativas a las vacaciones para establecer las modalidades que presente esta (N°4.2)

c) Se reitera que no se debe contabilizar dentro de las vacaciones los días feriados o festivos, que las interrupciones en el servicio que no obedezcan a la voluntad del trabajador no afecten el transcurso del plazo necesario para adquirir las vacaciones, que las interrupciones de la prestación del servicio que no implican término de la relación laboral o aquellas en que el trabajador no deja de percibir su salario no afecten o menoscaben el derecho a vacaciones del trabajador.

d) Se reitera que las vacaciones deben ser pagadas y que el trabajador debe recibir la remuneración normal o promedio que habría recibido de haber trabajado en ese número de días.

e) Se recomienda asimismo escuchar a las organizaciones de trabajadores y empleadores a fin de proceder a determinar la legislación respectiva y colaborar en la actuación de los organismos encargados de vigilar el cumplimiento de la normativa.

II.2.1.4) Convenio 132 Sobre las Vacaciones Pagadas de 24 de Junio de 1970.

Fue adoptado en la quincuagésima cuarta reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en este convenio se introducen varias de las indicaciones contenidas en las recomendaciones Números 98 y 47, además en el se recoge la experiencia recogida en el largo periodo de tiempo que media desde el convenio N° 52. Nos referiremos a las variaciones que ha experimentado con respecto al anterior convenio.

Un primer y gran cambio se refiere a los trabajadores a quienes se aplica esta normativa, en el Convenio 52 se efectuaba una enumeración de categorías de trabajadores a quienes se aplicaba atendiendo al rubro económico del empleador, en este convenio en cambio, se aplica "a todas las personas empleadas por cuenta ajena, con excepción de la gente de mar" (Art. 2 n°1), facultando, sin embargo, a los diversos estados para legislar excluyendo a determinadas categorías de trabajadores cuando razones de importancia así lo establezcan, debiendo para ello consultar a las organizaciones de empleadores y trabajadores, si es que estas existen, requiriendo además que

existan problemas especiales de importancia en la aplicación del convenio o bien que existan razones constitucionales o legales para ello(Art.2 n°2).

La duración de las vacaciones deberá ser fijada por cada estado en el término que considere conveniente pero se establece como límite mínimo tres semanas, lo que significa un enorme avance frente a los seis días laborables que establecía el Convenio 52, y que ya se había anunciado en la Recomendación N° 98, que como vimos señalaba que esta debía ser de dos semanas por lo menos por cada doce meses (Art. 3), si bien se debe tener presente que lo dispuesto en este convenio era reflejo de que en buena parte de los países integrantes de la OIT las vacaciones eran de alrededor de 15 días hábiles.

Para el caso de trabajadores cuyo periodo de servicios prestados en el año no fuese suficiente para tener derecho al total de vacaciones prescrito anteriormente se establece un feriado especial, consistente en vacaciones proporcionales a la duración de sus servicios en el año.

Reitera que los días festivos dentro del feriado no se considerarán para efectos del cómputo de la duración de este (Art.4).

Respecto a interrupciones en la prestación de los servicios que no se deban a la voluntad del trabajador como en caso de enfermedad o accidente, se deben considerar como parte del periodo de servicios, lo que se complementa con lo dispuesto en el Número 2 del Artículo 6 que señala que dichos periodos

de incapacidad no podrán ser contados como parte de las vacaciones.(Art. 5 n°4)

Se establece que la remuneración deberá ser la normal o media y deberá ser pagada antes de las vacaciones (Art.7). Respecto del fraccionamiento de estas, se deberá efectuar de tal manera que una de las fracciones tenga una duración de por lo menos dos semanas laborables ininterrumpidas (Art. 8). Esta fracción deberá gozarse dentro del año siguiente a aquel en que se ganaron las vacaciones y la fracción restante deberá concederse dentro del plazo de 18 meses desde que se cumplió el antedicho año (Art. 9 n°1).

Se acepta la posibilidad de posponer las vacaciones por sobre el periodo señalado en el párrafo anterior (Art.9 n°2), siempre que sean en una fracción que exceda a un mínimo predeterminado y dentro de un periodo máximo, más allá del cual no podrá aplazarse.

Referente a la oportunidad en que se deben conceder las vacaciones señala que esta debía ser determinada por el empleador, debiendo este conjugar las necesidades del funcionamiento de la empresa y las posibilidades de esparcimiento del trabajador, de manera de no perjudicarlo, debiendo ser consultado el trabajador interesado (art. 10).

En cuanto a las sanciones que se autorizaba imponer a los trabajadores que efectuaran servicios remunerados durante las vacaciones, esto fue modificado de manera que se autoriza imponer "reglas especiales"

para los trabajadores que efectúen actividades remuneradas incompatibles con la finalidad de las vacaciones, ya no se habla directamente de sanciones, y se restringen estas normas especiales solo al caso de que vaya contra la finalidad de las vacaciones (art. 13).

También se establece que en caso de terminarse la relación de trabajo, el trabajador que haya completado el mínimo de servicios requeridos por el Convenio, tendrá derecho al terminarse la relación de trabajo, a vacaciones proporcionales a la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones, a una indemnización compensatoria o a un crédito de vacaciones equivalente (art. 11), es de notar que en este caso se refiere a la terminación de la relación de trabajo sin señalar que esta sea imputable al empleador, como se hacía en el Convenio 52.

Por último se establecen normas relativas a los trabajadores agrícolas, respecto de ellos el Artículo 15 n°1 establece que todo miembro que ratifique el convenio "puede aceptar las obligaciones de este Convenio en forma separada:

- A) Con respecto a las personas empleadas en sectores económicos distintos de la agricultura.
- B) Con respecto a las personas empleadas en la agricultura".

Este convenio entró en vigencia el 30 de Junio de 1973, y ha sido ratificado hasta la fecha por 30 estados, entre estos tenemos a Brasil que especificó la duración de las vacaciones en treinta días laborables, España lo

ratificó especificando la duración de las vacaciones en tres semanas, Uruguay por su parte fijó la duración de las vacaciones en veinte días laborables, solo estos países dentro del ámbito hispanoamericano han ratificado este convenio.

Además de estos convenios y recomendaciones que se refieren a las vacaciones pagadas en general, se han elaborado convenios y recomendaciones referentes a las vacaciones pagadas en áreas determinadas, como son los trabajadores agrícolas y la gente de mar.

II.2.2) Convenios y Recomendaciones relativas a las vacaciones pagadas de la Gente de Mar.

En esta materia se han adoptado una serie de convenios que han sido revisados continuamente debido a las características de la actividad marítima misma y la diversidad de modalidades que adopta en los distintos países, por ello ha sido difícil llegar a establecer una normativa general internacional. El primer convenio adoptado en esta materia fue el N° 54 Sobre Vacaciones Pagadas de la Gente de Mar, de 24 de Octubre de 1936, que posteriormente fue revisado por el Convenio N° 72 de 1946 y en 1949 por Convenio N° 91, a su vez el convenio N° 91 fue revisado por el convenio N° 146 de 1976.

II.2.2.1) Convenio N° 54 de 1936

Como señalé anteriormente este convenio pronto fue revisado por el Convenio 72 por ello solo comentaré sus aspectos principales, en este convenio se parte por establecer su ámbito de aplicación, disponiendo en el artículo primero n° 1 que se aplicaría a los capitanes, oficiales y miembros de la tripulación, incluidos los radiotelegrafistas al servicio de una compañía de radiotelegrafía, que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que lo sean de buques destinados a la navegación marítima, de propiedad pública o privada. En cuanto a cuando se considera que un buque está dedicado a la navegación marítima se dispone en el n° 2 del mismo artículo que las diversas legislaciones nacionales deberán establecerlo.
- b) Que dichos buques estén matriculados en un territorio para el cual se halle en vigor el convenio.
- c) Que estén destinados, con un fin comercial, al transporte de mercancías o pasajeros.

En este mismo Artículo primero, en el numeral tercero, se realiza una enumeración de personas a quienes no se aplica el convenio.

El Artículo 2 N°1 establece que toda persona a la que se aplique el convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo en la misma empresa, a vacaciones anuales pagadas cuya duración será de doce días laborables, por lo menos, para los capitanes, oficiales y operadores radiotelegrafistas y de nueve días laborables, por lo menos, para los demás miembros de la tripulación.

En cuanto al computo del periodo de servicio necesario para adquirir el derecho a vacaciones se establecen las siguientes reglas que serán reproducidas en los siguientes convenios con ligeras modificaciones: se considerará cualquier servicio prestado no prescrito en el contrato de enrolamiento, no se considerarán como interrupción del servicio las interrupciones de corta duración del servicio no imputables a falta o acto del

interesado, ni afectará la continuidad en el servicio un cambio en la gestión o propiedad del buque o buques en que haya servido el interesado, además se establece que no podrá computarse para los efectos de las vacaciones anuales los días feriados oficiales o establecidos por la costumbre, las interrupciones en el servicio producidas por enfermedad y las vacaciones concedidas en compensación de los días de descanso semanal y los días feriados pasados en el mar(art. 2 N°2 y 3).

En este convenio se reiteran con leves modificaciones las normas ya vistas en los convenios 52 y 132 respecto a: remuneración de las vacaciones (art. 4°), irrenunciabilidad de estas y nulidad de los pactos que impliquen su renuncia o abandono (art.5°), continuidad(art. 2 n°2 b) y fraccionamiento(art.2 n°4 a), trabajador que efectúa actividades remuneradas durante el feriado (art. 6) e indemnización compensatoria en caso de término de contrato por vacaciones no gozadas (art.7).

Respecto a la irrenunciabilidad existe una norma que es contradictoria con este principio y el de no compensabilidad en dinero, por cuanto el artículo 2° N° 4 letra b, estableció que las vacaciones anuales pagadas pueden ser sustituidas, en casos excepcionales, cuando el servicio del buque así exija, por una indemnización en metálico que equivalga, por lo menos, a la remuneración prevista en el artículo 4° (la remuneración habitual)", disposición que equivale, en la práctica, a autorizar a trabajador y empleador para, sin hacerlo en forma

expresa, a renunciar a las vacaciones a cambio de una indemnización en dinero.

En cuanto al lugar en que se deben conceder las vacaciones deberán otorgarse en un puerto del territorio donde el buque esté matriculado, pudiendo corresponder al puerto inicial de salida, el puerto donde el beneficiario de las vacaciones fue enrolado, y el de destino definitivo del buque, pese a esto puede establecerse de mutuo acuerdo que las vacaciones se concedan en un puerto extranjero (Art. 3).

Este convenio tuvo dificultades para ser ratificado, al igual que los otros convenios relativos a la gente de mar y posteriormente fue revisado por el Convenio N° 72, sin embargo su contenido básico experimentó pocas modificaciones y fue la base de los siguientes convenios que modificaron casi exclusivamente la norma referida al ámbito de aplicación.

II.2.2.2) Convenio N° 72 de 1946 Sobre Vacaciones Pagadas de la Gente de Mar.

Este convenio fue adoptado por la Conferencia General de la OIT, con fecha 28 de Junio de 1946 y se decidió que este convenio revisaría al anterior. La gran modificación se refiere al ámbito de aplicación de su normativa, mientras el anterior se refería a determinados miembros de la

tripulación, este se refiere a los buques, ya que se dispone que "Este Convenio se aplica a todo buque", que reúna los requisitos siguientes:

a) Estar dedicados a la navegación marítima. En este punto el numeral segundo del artículo primero establece que la legislación de cada país debe determinar que navegación es marítima.

b) Que debe ser de propulsión mecánica.

c) No se distingue si es de propiedad pública o privada.

d) Debe estar destinado, con fines comerciales, al transporte de mercancías o de pasajeros.

e) Debe estar matriculado en un territorio para el cual se halle en vigor este Convenio.

Manteniendo la exclusión de determinadas categorías de buques (art. 1°).

Respecto de los sujetos a quienes se aplica el convenio, se tiene un criterio inverso al Convenio 54, ya vimos que en aquel se mencionaban a determinadas categorías de personas a quienes se aplicaba, en cambio en el convenio 72 artículo 2° se señala que "Este Convenio se aplica a toda persona empleada en una función cualquiera a bordo de un buque", y luego en el número 1 realiza una enumeración de los sujetos a quienes no se aplica el convenio.

Se faculta a excluir de la aplicación del convenio a los capitanes, primeros oficiales y capitanes de máquinas, previa consulta las organizaciones

correspondientes de armadores y gente de mar, siempre que estos gocen de beneficios iguales o superiores a los de este convenio, en su legislación nacional o en convenios colectivos (art. 2 n°2).

La duración de las vacaciones se establece para los capitanes, primeros oficiales y radiocablegrafistas en 18 días laborables, por cada año de servicio, por su parte los demás miembros de la tripulación debían gozar, por lo menos, de 12 días laborables de vacaciones.

En cuanto a la posibilidad de sustituir las vacaciones por una suma de dinero, dicha norma se mantiene, pero se recalca que esto solo podrá establecerse por medio de convenios colectivos o por la legislación nacional y en casos muy excepcionales en que las necesidades del servicio así lo exijan.

En los demás puntos no existen mayores innovaciones con respecto al convenio N°54. Este convenio también fue objeto de revisión, solo tres años después de haber sido adoptado, a través del convenio N° 91 del año 1949.

II.2.2.3) Convenio N°91 de 18 de Junio de 1949

Respecto al ámbito de aplicación se mantienen las normas establecidas en el artículo 1° del Convenio 72, recién examinado, en ello no se realiza cambio alguno con respecto al anterior convenio, por ello no lo comento mayormente. De la misma manera se mantiene la normativa relativa a las

personas a quienes se aplica y a quienes no se aplica el convenio, manteniendo la posibilidad de excluir de la aplicación del convenio a determinadas personas, reproduciendo los números 1 y 2 del Artículo 2 del Convenio 72, lo mismo sucede con la duración de las vacaciones.

La gran modificación es la introducción del feriado proporcional, al disponer en el Número 2 del Artículo 3, lo siguiente: " Toda persona que haya prestado, por lo menos seis meses de servicio ininterrumpido tendrá derecho, al dejar el servicio, por cada mes completo de servicio, a un día y medio laborable de vacaciones, si se trata de un capitán, oficial u operador de radiotelegrafía y a un día si se trata de cualquier otro miembro de la tripulación", de esta manera se establece que al término de los servicios, sin distinguir si esto se debía a renuncia, término del plazo, despido u otra causa, se debía una indemnización equivalente a un día de remuneraciones o día y medio según el caso, por cada mes completo de servicio, siendo el único requisito para adquirir este derecho, la prestación de servicios en forma ininterrumpida por lo menos por seis meses. Esta disposición es seguida de una norma muy similar que concede el mismo beneficio a: "Toda persona que haya sido despedida, sin culpa de su parte, antes de haber completado seis meses de servicio ininterrumpido".

En los demás aspectos de las vacaciones no se introducen cambios, siendo la única gran innovación la referida a las vacaciones proporcionales y en lo demás se mantuvo casi sin variaciones el texto del convenio N° 72, este

Convenio 91 fue dejado de lado y revisado por el Convenio N° 146 del año 1976.

II.2.2.4) Convenio N° 146 de 29 de Octubre de 1976.

Este convenio establece como su ámbito de aplicación, el siguiente: "Este Convenio se aplica a todas las personas que trabajan como Gente de Mar" (art. 2 n°1), a continuación procede a definir esta expresión: "A los efectos de este Convenio, la expresión Gente de Mar designa a las personas empleadas en cualquier función a bordo de un buque dedicado a la navegación marítima matriculado en el territorio de un Estado que haya ratificado el presente convenio, que no sea: a) Un buque de guerra, ó, b) un barco destinado a la pesca o a operaciones directamente relacionadas con esta actividad, o a la pesca de la ballena u operaciones análogas" (art. 2 n°2), junto a lo anterior, se faculta a las legislaciones nacionales para, previa consulta a las organizaciones de armadores y de gente de mar, si estas existen, determinar que buques han de considerarse destinados a la navegación marítima (art. 2 n°3), de manera tal que este concepto queda abierto al significado que se le dé en cada legislación nacional. Asimismo se faculta a los estados que ratifiquen el convenio para que amplíen su aplicación a personas no comprendidas en la expresión gente de mar, con las modificaciones que implique la respectiva actividad o industria (art.2 n°4).

En el Artículo 2° n° 7 se establece que los estados podrán, previa consulta a las organizaciones de armadores y de gente de mar, si estas existen, y en la medida que esto sea necesario, excluir del campo de aplicación del convenio a determinadas categorías limitadas de personas que trabajen a bordo de buques dedicados a la navegación marítima.

El convenio establece el derecho de la gente de mar a gozar de vacaciones anuales pagadas de una duración determinada, que el miembro deberá especificar en declaración anexa a la ratificación del tratado, pero con la limitación de que en ningún caso podrán ser inferiores a treinta días civiles por año de servicios (art. 3).

Respecto de la gente de mar cuyo periodo de servicios no alcance a completar el tiempo de servicios necesarios para gozar del total del periodo de vacaciones indicado anteriormente, dentro de un año, se le concede el derecho respecto de ese año, a vacaciones anuales pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho periodo. En el mismo artículo se define el significado de la expresión año dentro del convenio indicando que significa: "Un año civil o cualquier otro periodo de la misma duración."(art. 4)

Para la determinación del periodo de servicios necesario para tener derecho a vacaciones anuales se establece que la forma de cálculo deberá ser determinada en cada país por la autoridad competente o por procedimientos adecuados, debiendo considerar como parte del periodo de servicio las ausencias para realizar cursos de capacitación autorizados, los servicios no

considerados por el contrato de enrolamiento y las interrupciones involuntarias debidos a enfermedad, accidentes o maternidad(art. 5), en ambos casos bajo la premisa de que esto debe ser en "las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por medio de procedimientos apropiados"

En cuanto a la duración de las vacaciones mismas se establece en el artículo 6°, que no se considerarán como parte de ellas los días de feriados oficiales o establecidas por la costumbre, las licencias por enfermedad, accidente o maternidad, las licencias temporales en tierra concedidas a la gente de mar durante el contrato de enrolamiento, reproduciendo aquí normas similares a las contenidas en anteriores convenios relativos a las vacaciones.

Las exclusiones anteriores tienen por finalidad clara evitar descuentos injustos a las vacaciones anuales pagadas a que tenga derecho la gente de mar, y fueron incluidas debido a que se daban frecuentemente en la práctica.

Se reitera que las vacaciones son remuneradas, señalando que la gente de mar deberá percibir la remuneración normal, incluyendo en esto el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración pagada en especie, debiendo efectuarse el pago antes del inicio de las vacaciones y por último se reitera el derecho a una indemnización compensatoria por vacaciones no gozadas en caso de término de contrato (art.7).

El convenio también establece normas referidas a la época y lugar en que se deben tomar las vacaciones, similares a las de los anteriores convenios,

disponiendo que la oportunidad debe ser la que disponga el armador, salvo lo que dispongan laudos arbitrales, reglamentos, u otro medio y en cuanto al lugar debe preferirse el de reclutamiento o enrolamiento según la cercanía al domicilio del trabajador, en caso de requerir traslado los gastos serían de cargo del armador. También se reiteran las disposiciones relativas a fraccionamiento y acumulatividad, que si bien se aceptan, se reafirma la regla general de que las vacaciones deben ser continuas (art. 8).

El artículo 9° del convenio reitera la norma contenida en los anteriores convenios que dispone que "en casos excepcionales" podrá disponerse por la autoridad competente o por medio de procedimientos apropiados en cada país la sustitución de las vacaciones anuales debidas en virtud del presente convenio por un pago en efectivo equivalente por lo menos a la remuneración prevista en el artículo 7.

Un punto del párrafo visto es interesante ya que se habla de "un pago en efectivo equivalente, por lo menos, a la remuneración prevista en el artículo 7", es decir en caso de gozar de las vacaciones o en caso de termino de la relación laboral se habla de "remuneración", en cambio en este caso como las vacaciones son sustituidas, se habla de un "pago equivalente", debido precisamente a que ya no opera la ficción jurídica que entiende el periodo de las vacaciones como trabajado efectivamente y por lo tanto ya no se está remunerando al trabajador, sino que se lo está indemnizando por no haber

gozado de las vacaciones, por ende este pago se acumula a la remuneración que perciba por la prestación efectiva de sus servicios.

Se mantiene el principio de declarar nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones anuales pagadas o la no utilización de estas, salvo en los casos excepcionales previstos por el artículo 9° del convenio, referido al caso de la sustitución de las vacaciones por un pago equivalente a lo menos a la remuneración normal, en casos excepcionales.

Este convenio entró en vigor el 13 de Junio de 1979, hasta el momento ha sido ratificado por trece estados, pero su influencia en cuanto a ser modelo para las legislaciones nacionales a sido destacada.

II.2.3) Convenios y Recomendaciones relativas a los Trabajadores Agrícolas.

II.2.3.1) Convenio N° 101 Sobre las Vacaciones Pagadas en la Agricultura.

Este Convenio adoptado con fecha 04 de Junio de 1952, por la Conferencia General de la Organización del Trabajo reunida en Ginebra, fue el primero dedicado específicamente a la situación de los trabajadores agrícolas, estableciendo normas mínimas en cuanto a las vacaciones.

Se dispone que los trabajadores empleados en empresas agrícolas y en ocupaciones afines deberán disfrutar de vacaciones anuales pagadas después de un periodo de servicio continuo con un mismo empleador (art. 1), no se señala un período de tiempo determinado quedando su fijación a la libre determinación de cada país, también se da libertad a cada país para establecer la forma en que han de concederse las vacaciones y el periodo de servicio mínimo requerido para tener derecho a vacaciones.

Se establece como regla reiterada en los diversos artículos del convenio que la legislación nacional, los contratos colectivos o las sentencias arbitrales, organismos especiales encargados de la reglamentación de las vacaciones en la agricultura o por cualquier otro medio aprobado por la autoridad competente deberán regular la forma de concesión de las vacaciones, la intervención de los trabajadores y empleadores en esta reglamentación, el

período mínimo de servicio continuo exigido y la duración de las vacaciones, los límites del fraccionamiento de estas y la forma de cálculo de la remuneración.

El artículo 4 establece que los estados miembros que ratifiquen el convenio podrán establecer a que empresas, ocupaciones y categorías de personas mencionadas en el artículo primero deberán aplicarse las disposiciones del convenio (párrafo 1), estableciendo como requisito para esto que se debe oír a las organizaciones interesadas mas representativas de empleadores y trabajadores si estas existen, a continuación en el párrafo 2 se faculta a los estados para excluir de la aplicación de algunas o de todas las disposiciones del convenio a categorías de personas cuyas condiciones de trabajo hagan inaplicables estas disposiciones.

El artículo 5° determina que se deberá establecer de acuerdo al procedimiento apropiado establecido por la reglamentación de las vacaciones un tratamiento más favorable para los jóvenes, incluidos los aprendices, también se recomienda el establecimiento de vacaciones progresivas, y luego se refiere al caso del trabajador cuyo periodo de servicio continuo no es suficiente para tener derecho al total de las vacaciones, pero que ha excedido de un periodo mínimo determinado de conformidad con el procedimiento establecido, en esta situación existe la opción de establecer un sistema de vacaciones proporcionales o bien una indemnización compensatoria.

En cuanto al computo de la duración de las vacaciones se establece que se deben excluir los días feriados oficiales y consuetudinarios, los periodos

de descanso semanal y dentro de las limitaciones fijadas según el procedimiento establecido las interrupciones temporales en la asistencia al trabajo debidas a enfermedad o accidente.

En cuanto a la remuneración del trabajador durante las vacaciones el Artículo 7° número 1) establece que este deberá percibir durante la duración de estas su remuneración habitual o bien la remuneración que sea prescrita de acuerdo a lo prescrito en los párrafos 2 y 3 del mismo artículo. El párrafo 2 se refiere al cálculo del monto de la remuneración y el párrafo 3, por su parte se refiere al caso del trabajador cuya remuneración comprenda en parte especies, en este caso se podrá pagar en efectivo la equivalencia de dichas prestaciones.

Respecto del caso del trabajador que haya sido despedido por causa no imputable a él, sin haber gozado las vacaciones a que tenga derecho, el artículo 9° establece que deberá recibir, por cada día de vacaciones a que tuviera derecho según el convenio, la remuneración a que tenga derecho según lo previsto por el artículo 7°.

Se reitera la norma referente a que se considerará nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones anuales pagadas o la renuncia a las mismas.

Este convenio fue complementado por la Recomendación Sobre las Vacaciones Pagadas en la Agricultura de O4 de Junio de 1952, y posteriormente fue revisado por el Convenio N° 132 de 1970, visto anteriormente.

II.2.3.2) Recomendación N° 93 Sobre las Vacaciones Pagadas en la Agricultura.

Esta Recomendación tuvo por objeto complementar las disposiciones del Convenio N°101 recién comentado, tiene fecha de 26 de Junio de 1952, en ella se dan algunas recomendaciones a los estados miembros para que estas las pongan en práctica tan pronto se dieran las condiciones adecuadas, estas recomendaciones son las siguientes:

En cuanto a la duración de las vacaciones, se señala que esta deberían tengan una duración mínima de una semana de trabajo por un periodo de un año de servicio continuo y a continuación se señala que se debería establecer vacaciones proporcionales para los casos en que la duración del servicio haya sido inferior a un año.

Respecto a los trabajadores jóvenes señala que se les debía dar un régimen más favorable acorde a su desarrollo físico.

En cuanto a la continuidad del servicio las interrupciones temporales involuntarias no deberían afectar la continuidad en el servicio requerido para tener derecho a vacaciones (párrafo 4).

En el párrafo 5 se trata de las vacaciones progresivas, en este punto se señala que la autoridad competente debería establecer un sistema de aumento progresivo de las vacaciones cuando esto fuera posible.

En cuanto al fraccionamiento de las vacaciones si bien se acepta en casos especiales, se debería evitar que este fraccionamiento fuese contraproducente con la finalidad de las vacaciones que consiste en el reposo del trabajador para que este recupere sus fuerzas y para ello se recomienda que, a lo menos, uno de los periodos en que se fraccionen las vacaciones sea disfrutado en forma ininterrumpida y que no debería ser inferior al periodo mínimo establecido.

Por último se recomienda que cuando sea pertinente las autoridades adopten conforme a los procedimientos adecuados medidas tendientes a que las vacaciones no afecten periodos de trabajo de gran importancia, ni causen perjuicio grave a la producción agrícola.

II.2.3.3) Convenio N° 110 Sobre las Plantaciones

Este convenio tiene como fecha 24 de Junio de 1954 y persiguió establecer normas mínimas para el trabajo realizado en las llamadas "Plantaciones", que corresponden a un determinado tipo de organizaciones agrícolas que por su estructura, la naturaleza de los territorios en que se dan y por sobre todo por factores culturales y económicos, se encontraban (y se encuentran en muchas naciones) virtualmente al margen de la legislación laboral.

En primer lugar se debió determinar el concepto de "Plantación", el que después de largas discusiones fue fijado en el artículo 1ºnº1 de la siguiente manera: "A los efectos del presente Convenio, el término plantación comprende toda empresa agrícola, situada en una zona tropical o subtropical, que ocupe con regularidad a trabajadores asalariados y que principalmente se dedique al cultivo o producción, para fines comerciales, de: café, té, caña de azúcar, caucho, plátanos, cacao, coco, maní, algodón, tabaco, fibras (sisal, yute y cáñamo), frutas cítricas, aceite de palma, quina y piña. Este Convenio no es aplicable a las empresas familiares o pequeñas empresas que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados".

La anterior definición es complementada por el número 3 del mismo artículo 1 que dispone que para los efectos de este convenio el término plantación comprenderá normalmente el procedimiento de transformación primaria del producto o productos de la plantación.

El convenio 110 trata el tema de las vacaciones en su Parte V, que comprende los artículos 36 a 42, en ellos se deja amplia libertad a los diversos estados para fijar las diversas normas relativas a las vacaciones pagadas, es así como se reconoce el derecho de los trabajadores a gozar de vacaciones anuales pagadas después de un período de servicio continuo con un empleador pero sin señalar plazo determinado para el periodo de calificación, ni tampoco para la duración de las vacaciones, también se da libertad para que cada estado determine la forma en que se establecerá y reglamentará el derecho a

vacaciones, lo mismo sucede con los demás puntos relativos a las vacaciones que ya hemos visto en anteriores convenios, como son: trato especial más favorable para los trabajadores menores de edad, vacaciones proporcionales o indemnización compensatoria en caso de no cumplir el plazo para adquirir el derecho a vacaciones, establecimiento de vacaciones progresivas, remuneración de las vacaciones, etc.

Este convenio en definitiva se limitó a establecer la obligación para los estados que lo ratificasen de conceder vacaciones anuales pagadas, señalando los requisitos que estas debían tener pero sin establecer límites fijos a fin de que cada estado lo aplicara según sus propias circunstancias, esto debió hacerse debido a las profundas diferencias de los sistemas económicos y las características culturales de los diversos estados en que se realizan estos tipos de explotaciones agrícolas, por ejemplo son diversas las condiciones que se verifican en Brasil, India, China o Ceylan. No analizo o reproduzco las diversas disposiciones referentes a las vacaciones contenidas en este convenio ya que sería repetir innecesariamente las reglas relativas a las vacaciones contenidas en el convenio 101 sobre las vacaciones pagadas en la agricultura, visto anteriormente.

II.2.4) Aplicación de la Normativa Internacional en Chile

Después de haber examinado brevemente los convenios y recomendaciones internacionales relativos a las vacaciones anuales pagadas, debo determinar que aplicación han tenido estos en la normativa chilena.

Lo primero que sorprende en este punto es constatar el hecho de que Chile no ha ratificado ninguno de estos convenios, a pesar de ello nuestra legislación se ha ido adecuando a las exigencias impuestas por ellos e incluso muchas veces las ha superado, especialmente en la reglamentación que ha recibido a partir del DL 2200, lo que continuó con los códigos de 1987 y 1994, en estos cuerpos legales se introdujo en forma clara y expresa la mayor parte de las normas internacionales respecto del feriado, antes de ellos sin embargo la normativa internacional se fue aplicando por la vía jurisprudencial y de los convenios colectivos, pues muchos de los aspectos no regulados por el Código del Trabajo de 1931, fueron regulados a través de normas especiales o convenios colectivos, además los tribunales aplicaron los principios doctrinarios en la resolución de los conflictos presentados entre empleadores y trabajadores, en que estaba envuelto el derecho a vacaciones.

III) EL FERIADO EN EL DERECHO CHILENO

III.1) LA EVOLUCIÓN DEL FERIADO ANUAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

III.1.1) Primeras leyes laborales.

Durante el siglo XIX no existió legislación laboral en Chile, esto era ajeno a la mentalidad de la época dominada por el pensamiento económico liberal clásico, el mejoramiento social se buscó a través de la educación y el desarrollo económico, por ello la actividad económica y las relaciones laborales a que esta daba origen no recibieron una regulación especial, salvo lo dispuesto en los artículos 1987 a 1995 del Código Civil, referidos al Arrendamiento de Criados Domésticos, actualmente sin aplicación, normas posteriormente muy criticadas, pero que encuentran su explicación en la realidad de la época. Existieron tentativas de implantar medidas de carácter social pero no pasaron de meras aspiraciones aisladas que no se tradujeron en medidas concretas.

Esta situación cambió completamente en el siglo XX, como bien se sabe las grandes transformaciones sociales, en nuestro país, comenzaron en la última década del siglo XIX, adquiriendo caracteres dramáticos en el primer cuarto del siglo XX, en respuesta a ellas se dictaron las primeras leyes de carácter laboral que fueron la ley 1.990 sobre Descanso Dominical de 1907 que fue reemplazada por la Ley 3.321 de 1917, Ley 1.838 sobre Habitaciones para

Obreros de 1920, la Ley de Sillas de 1915 y la Ley 3.185 de 1917 sobre Salas Cunas.

El nueve de Octubre de 1919 Chile se adhiere a OIT, bajo la presidencia de don Juan Luis Sanfuentes. En el año siguiente don Arturo Alessandri Palma encarga la elaboración de un Código del Trabajo, proyecto elaborado por don Moises Poblete Troncoso y que fue enviado al Congreso en 1921, estancándose ahí hasta 1924 en que bajo la presión de un movimiento militar encabezado por el Mayor Don Carlos Ibañez del Campo, se despachó el proyecto pero no en forma de código sino que como leyes aisladas; fueron estas las conocidas leyes 4053 sobre contrato de trabajo, 4054 sobre seguro obrero, 4055 sobre accidentes del trabajo, 4056 sobre organización sindical, 4058 sobre sociedades cooperativas y 4059 sobre contrato de empleados particulares.

Posteriormente, en su primera presidencia, Don Carlos Ibañez del Campo dispuso que se refundiera la legislación social en un solo cuerpo legal, lo que se cumplió con el DFL N°178 de 28 de Mayo de 1931, conocido con el nombre de Código de 1931.

Este cuerpo legal se consideró en la práctica como el punto de referencia para los derechos mínimos de los trabajadores contenidos en los contratos de trabajo individuales y colectivos, de esta manera los trabajadores que no estaban regidos por el código del trabajo consideraron que a ellos se les debía conceder derechos a lo menos iguales que los establecidos por el Código

de 1931, además a este se le fueron efectuando modificaciones e incorporando las normas que inicialmente estaban contenidas en leyes diversas, de esta manera experimentó numerosas modificaciones durante el tiempo de su vigencia, puede afirmarse que todas o casi todas las conquistas sociales obtenidas por los trabajadores durante los primeros tres tercios del siglo XX fueron incorporadas a este código.

El código de 1931 rigió hasta 1978 en que sus libros I y II fueron reemplazados por el DL 2200 que pasó a regular las relaciones individuales de trabajo, esto significó prácticamente la derogación del Código de 1931, lo que se acentuó con los decretos leyes N° 2.755, 2.756, 2.757, 2.758, 2759, 2760 y 2761 de Julio de 1979 que constituyeron el llamado Plan Laboral y muchas de cuyas normas se incorporaron al código del trabajo, especialmente las contenidas en los decretos leyes 2.756 y 2.758, finalmente el código de 1931 fue reemplazado por el código de 1987 y este a su vez se reemplazó por el código de 1994, estos dos último cuerpos legales, sin embargo no efectuaron grandes modificaciones en cuanto a la regulación de las vacaciones pagadas anuales que es la materia de este trabajo.

A continuación examinaré las principales normas referentes a las vacaciones anuales pagadas en los diversos textos legales mencionados a fin de observar la evolución que la regulación legal de estas ha experimentado en el tiempo.

III.1.2) CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1931

Este código diferenciaba entre obreros y empleados particulares, según primara el esfuerzo físico o intelectual, también se daba regulación especial a los empleados domésticos, y los obreros marítimos de bahía, fluviales y otros.

En cuanto a las vacaciones anuales existían normas diversas según la categoría de trabajador de que se trate y por ello seguiré esa distinción

III.1.2.1- Obreros en general: Originalmente de acuerdo al artículo 98 del código, tenían un feriado de siete días, con derecho a salario íntegro, como requisito para esto debían haber trabajado 220 días en el año en la empresa o faena.

Posteriormente la ley N° 5.405 de 14 de Febrero de 1934, modificó este artículo estableciendo dos categorías de feriado, un feriado de quince días con derecho a salario íntegro para los obreros que hayan trabajado doscientos ochenta y ocho días en el año en la empresa o faena y otro feriado de siete días para los que hayan trabajado mas de doscientos veinte días y menos de doscientos ochenta y ocho días debiendo otorgarse de acuerdo con las formalidades establecidas en el reglamento. Esta norma perduró hasta que que el código fue reformado por el DL2200.

Dentro de esta normativa se pueden señalar como requisitos generales para tener derecho a feriado los siguientes:

- Que el obrero haya trabajado a lo menos un año en la empresa.
- Que haya trabajado el número de días exigido por la ley.
- Que se distribuya y otorgue de acuerdo con el reglamento interno de la empresa.
- Que se deje testimonio escrito de su concesión.

Todo esto de acuerdo a lo establecido por el código en su artículo 98, en conjunto con el Reglamento N° 545 de Condiciones Generales de Vida y Trabajo en las Empresas Industriales, de 24 de Mayo de 1932, artículos 10 y 11.

Con posterioridad la Ley 15.475 de 24 de Enero de 1964, en su artículo 1 letra b) estableció el Feriado Progresivo para los obreros agregando el siguiente inciso al artículo 98 del código: "Todo obrero después de diez años de trabajo continuos o no, tendrán derecho a un día más de feriado anual por cada tres nuevos años trabajados en las mismas condiciones de los incisos anteriores", a esto se agregó lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 16.424 de 8 de Febrero de 1966, que dispuso: "el empleado u obrero con más de quince años trabajados y sesenta o más años de edad tendrá derecho a un feriado legal que no podrá ser inferior a veinticinco días." A continuación se establece que "el empleado u obrero tendrá derecho a un día de feriado legal por cada año de servicio sobre los quince establecidos anteriormente", por lo

tanto un obrero mayor de sesenta y cinco años que hubiera trabajado treinta años tenía derecho a 40 días de feriado, lo que resulta evidente en casos como este es que ese trabajador seguramente no era contratado por empresa alguna.

En relación con los obreros se debe recordar que la mencionada ley N°16.424 que en sus artículos 4 y 5 resuelve dos situaciones que solían afectar a los trabajadores.

En primer lugar el artículo 4° establece que todo obrero que haya trabajado en forma continua en las industrias o empresas 220 a 228 días, tendrá derecho a las vacaciones que correspondan a los días trabajados en el caso de ser despedido aún cuando no haya cumplido un año de trabajo.

En segundo lugar el artículo 5° establece que los obreros que no hayan cumplido 220 días de trabajo en las empresas o industrias tendrán derecho, en caso de ser despedidos o retirarse voluntariamente a percibir su feriado proporcionalmente a los días trabajados.

Sin embargo no solucionó una situación bastante común y que consistía en que aquel obrero que por cualquier causa no alcanzaba a completar el mínimo de 220 días trabajados en el año y continuaba en su puesto, es decir no era despedido o no renunciaba y por ende no se encontraba en el caso de la anterior disposición, no tenía derecho a vacaciones lo que resultaba evidentemente injusto.

III.1.2.2- Obreros de Empresas Mineras: Estos originalmente no eran mencionados en forma especial en el código pero luego la Ley N°10.486 de 29 de Septiembre de 1952, agregó un inciso al artículo 98 estableciendo que estos obreros, excluidos los que trabajen fuera de la provincia donde estén ubicados los establecimientos mineros respectivos, tendrían una escala especial: Los que trabajen doscientos ochenta y ocho días en el año tendrían un feriado anual de 25 días con derecho a salario íntegro, en cambio este feriado sería de quince días para los que hayan trabajado más de doscientos veinte días y menos de doscientos ochenta y ocho.

Posteriormente la Ley N° 11.828 de 5 de Mayo de 1955 agregó una norma especial respecto de los obreros de la gran minería del cobre a quienes solamente se les exigía para estos efectos que hubieran trabajado doscientos sesenta días en el año.

III.1.2.3- Empleados Domésticos: Según el artículo 65 del Código de 1931 tenían derecho a un feriado anual de siete días con derecho a sueldo íntegro, luego de haber servido más de un año sin interrupción en una misma casa, luego la Ley 5.405 en su artículo primero aumentó el feriado a quince días.

El artículo 1 letra c) de la Ley N° 15.475 de 24 de Enero de 1964 agregó un inciso al señalado artículo 65 estableciendo el feriado progresivo para esta categoría de trabajadores, inciso que disponía lo siguiente: "aquellos

que hayan cumplido diez años de trabajo continuos o no tendrán derecho a un día más de feriado anual por cada tres años trabajados, cumplida que sea la condición del inciso anterior" esto último se refería a que además de los diez años se debía trabajar un año completo mas para adquirir el derecho a feriado básico y por sobre ello se tenia derecho al día extra.

III.1.2.4- Empleados Particulares: Estos trabajadores fueron a quienes primero se les otorgó el derecho a feriado anual con la ley 4.059 de 27 de Septiembre de 1924 que en su artículo 12 estableció que los empleados tendrían anualmente un feriado de quince días seguidos, que sería gozado en la época que acordasen el empleador y empleado, dando preferencia a los meses de Verano, disfrutando íntegramente de su sueldo durante ellas.

Con el Código de 1931 los empleados particulares pasaron a constituir la segunda gran categoría de trabajadores reglada por el código, continuaron disfrutando de un feriado anual de quince días hábiles con derecho a sueldo íntegro, de acuerdo con las formalidades establecidas por el reglamento, según disponía el artículo 158 del código.

La ley N° 6.812 de 8 de Marzo de 1941 agregó dos incisos al artículo 158 en los que estableció un feriado especial de 25 días hábiles dentro de cada año para los empleados que residían en las provincias de Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Magallanes, concediendo el mismo beneficio para los empleados públicos, sin perjuicio de los derechos que les acuerden las leyes;

luego la ley 10.486 en su artículo 1 modificó este inciso ampliando el beneficio señalado a las provincias de Aysen y Magallanes y para los empleados que trabajen en empresas mineras, con exclusión de los que presten sus servicios fuera de la provincia donde estén ubicados los establecimientos mineros respectivos.

En el año 1952 se agregó un artículo referente a los empleados de bahía marítimos y terrestres, y para los que trabajaban en empresas de navegación fluvial o lacustre al que se asignó el número 158 a) el que hace aplicables a los empleados arriba señalados lo dispuesto en los incisos tercero y siguientes del artículo 83 del código que versa sobre los obreros marítimos de bahía, fluviales y otros que veremos más adelante.

Este artículo posteriormente fue objeto de una nueva modificación hecha por el DFL N° 338 de 1960, que recogió la normativa establecida respecto de los empleados fiscales trasladándola al inciso 4° del artículo 158 y ampliándola a los empleados fiscales, semifiscales, municipales y los de las empresas del estado, de administración autónoma o independiente, sin perjuicio de los derechos que les otorgaren otras leyes.

Una última modificación fue hecha por la letra a) del Artículo 1 de la Ley 15.475 de 24 de Enero de 1964 que modificó el artículo 158 agregando un inciso segundo estableciendo el feriado progresivo a favor de los empleados particulares, concediendo un día más de feriado anual por cada tres nuevos

años trabajados luego de haber cumplido diez años de trabajo continuos o no, con uno o varios empleadores

A continuación el artículo 159 se refería a los empleados que no tenían derecho a feriado cuando trabajaban en determinadas empresas que por razones propias de su naturaleza dejaban de funcionar durante ciertos periodos del año, con dos requisitos: Que el tiempo de la interrupción no sea inferior a quince días y que durante dichos periodo hayan disfrutado normalmente del sueldo establecido en el contrato.

La situación de los empleados particulares se encontraba regida por el Artículo 158, que en definitiva contemplaba los siguientes tipos de feriados:

A) Feriado general de quince días luego de un año de servicio con derecho a sueldo íntegro.

B) Feriado de veinticinco días hábiles dentro de cada año para las siguientes categorías de empleados:

B.1) Los que residan en las provincias de Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Chiloé, Aysen y Magallanes.

B.2) Los empleados que trabajen en empresas mineras, con exclusión de los que presten sus servicios fuera de la provincia en donde estén ubicados los establecimientos mineros respectivos.

B.3) Los empleados fiscales, semifiscales, municipales, y los de empresas del estado, de administración autónoma o independiente, sin perjuicio de los derechos que les otorgaran otras leyes.

C) Feriado progresivo consistente en un día extra para todo empleado después de diez años de trabajos continuos o no, con uno o varios empleadores, por cada tres nuevos años trabajados en las condiciones del inciso primero referente al feriado general.

III.1.2.5- Obreros marítimos de bahía, fluviales y otros: Inicialmente el artículo 83 del código de 1931 se refería a obreros marítimos de bahía, fluviales y otros y además a los obreros que trabajaran en empresas de navegación fluvial, lacustre, aérea o en labores submarinas y subterráneas, respecto a todos estos trabajadores se hicieron aplicables las disposiciones del Título II del Libro I referente al contrato para obreros, sin señalar norma específica referente al feriado anual por ello se presentaba el problema de que dentro del Título II no existían normas referentes al feriado, ya que estas se regulaban por lo dispuesto en el artículo 98 ubicado en el Título III De las Condiciones Generales de Vida y Trabajo en las Empresas Industriales. Lo anterior fue subsanado por la Ley N° 6.005 de 10 de Febrero de 1937, que determinó lo siguiente en su artículo primero: “Los obreros a que se refiere el artículo 83 del DFL n° 178 de 13 de Mayo de 1931, gozarán del beneficio del feriado, desde un año antes de la publicación de la presente ley en el Diario Oficial”, norma que fue complementada por la ley N° 7.946 de 10 de Noviembre de 1944.

Posteriormente el artículo 1° de la Ley N° 10.988 de 13 de Noviembre de 1952 agregó siete incisos al artículo 83, en los que se estableció en primer

lugar que el feriado de estos obreros se regiría por lo dispuesto en el artículo 98 del código y a continuación establecía normas referentes al pago y calculo de la remuneración y cómputo de los días trabajados.

En cuanto a la remuneración, se establecía que en el caso de los trabajadores que prestaren servicios a diversas empresas se computaría el tiempo trabajado en el año para todas ellas, y cada una pagaría el salario correspondiente en proporción a los días u horas trabajados en cada empresa, y el pago lo efectuaría quién estuviese usando los servicios del obrero al momento de que este hiciese uso de este beneficio, para estos efectos las horas trabajadas en exceso sobre la jornada establecida se totalizarían y computarían por el número de días de trabajo que representen.

También se estableció que se consideraría día trabajado la jornada establecida en el contrato o reglamento y se tendrá como trabajado aquel que no se completó por causa ajena a la voluntad del obrero, y aquellas en que los obreros deban permanecer a disposición de los patronos, además se establece la obligación de las instituciones o asociaciones patronales de llevar un control de los días u horas trabajadas y de otorgar el feriado.

Finalmente se establece un feriado especial consistente en un día de feriado por cada veinte de labor en aquellos casos en que por causas inherentes a la discontinuidad del trabajo que ejecuten no alcanzaren a completar doscientos ochenta y ocho días trabajados en el año.

Por último debo mencionar el artículo 3 de la Ley 16.259 de 11 de Junio de 1965 que establece que para los obreros de que hablamos y los hombres de mar en general el cálculo y pago de la remuneración del feriado se hará sobre la base del total de las remuneraciones imponibles en el respectivo instituto previsional.

III.1.2.6- Oficiales y tripulantes de las naves de la marina mercante nacional: Esta categoría de trabajadores se encontraba reglada por el Título V del código que, a pesar de contener una reglamentación bastante minuciosa, no hacía mención al feriado y por lo tanto en virtud de lo dispuesto por el artículo 238 se les deberían aplicar las reglas de los obreros a los simples tripulantes y de los empleados particulares a los oficiales en cuanto fuesen aplicables a ellos, esto sin embargo era insuficiente debido a las características del trabajo marítimo y por ello la Ley N° 10.988 de 13 de Noviembre de 1952 agregó cuatro incisos al artículo 238 los que establecieron en primer lugar que para los efectos del feriado de los hombres de mar que hayan trabajado para distintos armadores en el año, se computaría el tiempo trabajado para todos ellos, los que pagarán el salario correspondiente al feriado en proporción a los días trabajados para cada armador.

En segundo lugar respecto de la continuidad de los servicios se establece una norma a favor de los oficiales, consistente en que esta no se entendería interrumpida por los intervalos que en total no excediesen de seis

semanas dentro del año que mediaran entre uno y otro contrato con una misma empresa.

En tercer lugar se estableció la obligación de las instituciones o asociaciones de armadores que suscribiesen contratos o convenios colectivos con sindicatos de oficiales y tripulantes, de llevar el control del tiempo trabajado a cada empresa o armador y otorgar el feriado a los que tengan derecho a este beneficio.

Por último se establece que regirá para el feriado de los hombres de mar lo dispuesto en el inciso final del artículo 83 del código, ya señalado anteriormente y que consiste en un día de feriado por cada veinte días trabajados en aquellos casos en que por razones inherentes a la discontinuidad de la labor desempeñada no se alcance a completar los doscientos ochenta y ocho días trabajados en el año.

III.1.2.7) Obreros a domicilio: Respecto de esta categoría de trabajadores el Código del Trabajo y el Reglamento no contenían normas específicas respecto del feriado, por ello fue la Dirección del Trabajo la encargada de resolver sobre este punto y dictaminó que estos obreros carecían de este derecho, por estimar que el feriado obrero es incompatible con el régimen de trabajo a domicilio, en razón de que por la naturaleza de éste resulta imposible establecer control en cuanto al número de días trabajados,

máxime que casi siempre el trabajo se ejecuta a trato, según el número de piezas confeccionadas.

III.1.2.8- Otros aspectos de la regulación del feriado en el código de 1931.

Luego de haber examinado las principales normas del régimen del feriado según las distintas categorías de trabajadores bajo la vigencia del Código de 1931, veremos si este regulaba o no algunos aspectos relativos a los principios generales o características esenciales que hemos visto revisten el feriado, como son su irrenunciabilidad, su no compensabilidad en dinero, etc.

En primer lugar la irrenunciabilidad no estaba contemplada por el código específicamente con respecto al feriado, sino que era expresión del principio general contemplado por este con relación a que los derechos que el otorgaba son irrenunciables.

Respecto a que debe ser remunerado el artículo 98 inciso primero establecía el derecho a salario íntegro, esto fue entendido por la jurisprudencia administrativa y judicial como que el salario que debía recibir el obrero durante el feriado debía calcularse sobre la base del salario que el trabajador percibía al momento de hacer uso del derecho, en el caso de los obreros a trato se consideró que el salario sería el promedio de lo ganado en los días efectivamente trabajados que le daban derecho al feriado, debiendo contarse

esos días desde que volvió de las anteriores vacaciones o desde que debieron ser otorgadas en caso de postergación, dentro del salario de los obreros debía considerarse para efectos del feriado el valor de las horas extraordinarias trabajadas normal y permanentemente en la empresa³⁴.

Respecto a la oportunidad del pago el código nada decía y la jurisprudencia optó por la equivocada doctrina de señalar que el empleador no tenía obligación legal de pagar el feriado al iniciarse este, sino que debía pagarse en los respectivos periodos de pago³⁵.

En cuanto a que el feriado debe ser de días hábiles la ley nada decía pero la jurisprudencia y la doctrina consideraron que esto debía ser así porque los domingos y festivos son feriados generales, establecidos independientemente de la institución del feriado de los asalariados³⁶.

La no compensabilidad del feriado en dinero tampoco se establecía en forma expresa pero fue aceptado por la doctrina y la jurisprudencia en cuanto era consecuencia de la irrenunciabilidad del feriado, solo se aceptaba en caso de comprobarse que el obrero tenía los requisitos necesarios para hacer uso de este y era despedido por el empleador, por lo tanto la doctrina se

³⁴ Dictámenes Jurídicos de la Dirección del Trabajo N° 7775 de 26-08-1939, N° 2779 de 18-03-1943, N° 1190 de 28-01-1944, N° 2650 de 22-04-1968, N° 192 de 11-01-1967.

³⁵ Dirección del Trabajo dictamen ordinario N° 1952 de 04-03-1947.

³⁶ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 7486 de 08-10-1934.

adelantó a la legislación de la época aplicando el criterio que posteriormente se recogería por la ley.

En cuanto al cómputo del tiempo necesario para adquirir el derecho al feriado la Dirección del Trabajo estableció el criterio que entendía por día de trabajo la duración normal de la jornada establecida en el contrato o en el reglamento interno de la empresa, por ello no se debían considerar, ni totalizar las horas extraordinarias, en cambio se consideró que debía computarse el día como trabajado para los efectos del feriado, en caso de presentarse el obrero a sus labores y no existen labores por realizar debido a causas ajenas a la voluntad de este³⁷.

Trato injusto se dio a la mujer obrera (en situación diversa que la mujer empleada particular), ya que se resolvió por la Dirección del Trabajo que los días en que la mujer había gozado de licencia maternal no sería computado como día trabajado por ella³⁸, a diferencia de la situación del obrero acogido a reposo preventivo, respecto del cual este tiempo se reputaba como trabajado para efectos del feriado, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 54 del Decreto N° 360 de 09 de Mayo de 1938, si bien mientras el obrero se encuentre en reposo preventivo no tendría derecho a feriado de acuerdo a lo resuelto por la Dirección del Trabajo³⁹.

³⁷ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N°3680 de 19-05-1938 y sentencia de 02-07-1937, juzgado del trabajo de Antofagasta, Revista del trabajo N°6, año 1937, pag.62

³⁸ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 7413 de 02-08-1941.

³⁹ Dirección del Trabajo, dictámenes ordinarios N° 6813 de 05-07-1940 y N° 10.295 de 15-11-1948.

III.1.3) DECRETO LEY N° 2.200 DE 1978

Después de regir casi medio siglo el Código de 1931 había experimentado numerosas modificaciones, se habían dictado leyes que regulaban aspectos importantes de la relación laboral como por ejemplo la ley N°16.455 que fijó normas para la terminación del contrato de trabajo, estableciendo causales de término de contrato, normas procesales con respecto a la reclamación en caso de despido injustificado, respecto a candidatos, directores de sindicato y delegados del personal, lo que hacia necesario modificarlo y sistematizarlo; otro factor importante que influyó en la reforma del código era que la distinción entre obreros y empleados particulares era injusta y se deseaba eliminarla; un tercer elemento consistió en que el gobierno militar dentro de lo que llamó obra fundacional realizó profundos cambios en la estructura económica y política de Chile, asimismo se consideraron elementos de carácter técnico- legislativo esto porque como el Código del Trabajo de 1931 nació de la fusión de varios textos legales tenía una estructura precaria, careciendo de principios orientadores de carácter social.

Por las razones anteriores se planteó la necesidad de dictar un nuevo código del trabajo, siendo el primer paso hacia ello el DL 2200, posteriormente se dictaron los decretos leyes 2.755 y siguientes, que introdujeron cambios aún más profundos en la legislación laboral chilena.

Los principios inspiradores del DL 2200 fueron el principio de igualdad, de justicia social, de irrenunciabilidad de los derechos o imperatividad absoluta de la legislación laboral, finalidad distributiva de la ley laboral, principio de que el trabajo cumple una función social y constituye un deber y un derecho y por último el principio Pro Operario, que aún cuando no se consagra en forma expresa en el Título Preliminar, se desprende del contexto general del DL y, fundamentalmente, se manifiesta a través del sistema de presunciones que favorecen al trabajador⁴⁰. Además la comisión buscó introducir en la legislación los grandes principios relativos a las vacaciones pagadas contenidas en los convenios y recomendaciones internacionales relativas a este tema.

Como señalamos anteriormente el gran cambio que introdujo el DL 2.200 fue eliminar la injusta discriminación que se hacía entre obreros y empleados particulares, con esto se dio fin a un proceso que se había iniciado anteriormente mediante leyes que asimilaban a los obreros con los empleados particulares, ya sea declarando empleados particulares a grupos de obreros calificados o bien mediante leyes que establecían regímenes comunes, es el caso de la ley N° 16.455 sobre supresión del despido arbitrario, ley N° 16.625 sobre sindicación campesina y la ley 16.744 sobre Seguro Social de Accidentes del Trabajo, de esta manera el DL 2.200 habla de trabajadores y empleadores en forma genérica, dando el mismo tratamiento a las diversas categorías de trabajadores.

⁴⁰ DL 2200. Ximena Gutierrez y otros. Obra citada. Pag. 16 y 17

El DL 2.200 se refiere al feriado en el Título VII, artículos 72 a 81, en ellos se fijan las normas básicas del feriado anual que ahora son aplicables a la generalidad de los trabajadores, en general se consagraron en forma expresa los principios o reglas generales del feriado que tratamos en el primer capítulo de este trabajo, esta normativa fue acogida casi sin modificaciones por el código de 1987 y posteriormente por el código de 1994, debido a esta razón me limitaré a señalar sus normas principales, sin entrar en un examen más detallado.

El artículo 72 establece el derecho a un feriado anual de 15 días hábiles para los trabajadores que tengan más de un año de servicio con derecho a remuneración íntegra, que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 75 no podía exceder de treinta y cinco días “corridos” (por lo tanto se incluían los días inhábiles para estos efectos), esta norma se debía entender con relación al artículo 11 Transitorio del mismo DL 2200 que dispuso que aquellos trabajadores contratados con anterioridad a la vigencia del DL 2200 y que tengan un feriado superior a 35 días corridos, mantendrán dicho feriado.

Posteriormente la ley 18.018 modificó esta norma suprimiendo la expresión “días corridos”, y se agregó la frase “Incluidos los días inhábiles, sea por aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 (feriado progresivo), o de cláusulas contenidas en convenios o contratos colectivos o en fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva”, con lo que se limitó fuertemente la posibilidad de negociar este punto.

El plazo de un año se refiere a la vigencia del contrato y no ha que los servicios hayan sido efectivamente prestados como ocurría en el código de 1931, se reconoce expresamente que las vacaciones están compuestas por días hábiles, esto en el código no se expresaba claramente y fue un criterio aplicado por la jurisprudencia administrativa y judicial. El feriado es remunerado y se introdujo el concepto de remuneración íntegra, que se examinará más adelante.

Se mantuvo inicialmente el feriado especial de 25 días hábiles a favor de los trabajadores que residían en la I, II, III, XI, y XII regiones o en la provincia de Chiloé, norma que en el código del trabajo solo se aplicaba los empleados particulares, ahora en cambio fue de aplicación general, pero posteriormente esta norma fue derogada por la ley 18.018 de 14 de Agosto de 1981.

El artículo 73 se refiere a las vacaciones progresivas para los trabajadores que tengan diez años de trabajo para un mismo empleador, continuos o no, tendrían derecho a un día adicional de feriado por cada tres nuevos años trabajados, inicialmente el artículo decía “Con uno o varios empleadores”, pero esto se modificó por la ley 18.018 y quedó con la redacción “para un mismo empleador”.

El Sábado se consideró inhábil para efectos del feriado, en las empresas con jornada semanal distribuida en cinco días, según el artículo 74.

En el artículo 76 se consagra la continuidad del feriado, permitiendo el fraccionamiento solo en el caso que él señala, es decir respecto del exceso

sobre diez días hábiles, asimismo permite que se acumulen los feriados pero solo hasta por dos periodos consecutivos y requiriendo autorización escrita del trabajador.

Además el artículo 78 recoge una norma introducida por el DL 851, de 11 de Enero de 1975, artículo 2º, que consiste en que “si durante el feriado se produce un reajuste legal, convencional o voluntario de remuneraciones, este reajuste afectará también a la remuneración íntegra que corresponde pagar durante el feriado, a partir de la fecha de entrada en vigencia del correspondiente reajuste”.

El principio de que el feriado no es compensable en dinero es recogido por el artículo 79 que establece que la excepción se da solamente en el caso que “el trabajador que teniendo los requisitos para hacer uso del feriado deja de pertenecer por cualquier circunstancia a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido, siendo la otra excepción el feriado proporcional, normas que analizaremos al referirnos al Código de 1994.

El artículo 80 se refiere a los trabajadores sin derecho a feriado anual debido a que el establecimiento no labora en determinada época del año y que cumpla ciertos requisitos, esta disposición fue recogida sin variaciones por el código de 1987 y luego por el de 1994, por lo tanto la examinaré más adelante, al igual que la norma referente al feriado colectivo contenida en el artículo 81 del DL 2200.

En este breve examen hemos observado como el DL 2200 estableció la normativa básica referente al feriado, recogiendo en unos pocos artículos los principales elementos que configuran esta institución y acogiendo en forma expresa las principales normas contenidas en los convenios y recomendaciones internacionales, normativa que con muy pocas variaciones es la que nos rige en la actualidad.

III.1.4) CÓDIGOS DE 1987 y 1994

El Código de 1987 se originó en la necesidad de reunir la numerosa legislación laboral dictada desde la promulgación del código de 1931, ya vimos que el primer paso fue el DL 2.200, por ello el Gobierno de la época encargó el año 1985 a una comisión presidida por don William Thayer e integrada por los profesores señora Ximena Gutierrez, y los señores Alfredo Bowen, Rubén Mera, Patricio Novoa, Alfredo Valdés, Sergio Reiss y Luis Giachino, incorporándose posteriormente Don Daniel Bernales.

Esta comisión tuvo como misión no crear una nueva legislación laboral sino que darle forma de código a la que existía hasta ese entonces⁴¹, el criterio de la comisión fue elaborar un proyecto con una estructura semejante a la del anterior código, incluyendo las principales normas que regulaban el derecho del trabajo, ciñéndose a los textos legales vigentes introduciendo solo las modificaciones necesarias para mantener la coherencia del nuevo código.

Este código mantuvo casi sin variaciones la normativa del DL 2200 en cuanto a las vacaciones anuales pagadas, que fue regulado por los artículos 65 a 75, la única innovación introducida en esta materia fue recoger la norma contenida en el artículo 80-A del DL 2200, y ubicarla dentro de la normativa de las vacaciones en el artículo 74 del código de 1987 y reproducido en el artículo 75 del código de 1994, esta norma se refiere a los contratos de trabajo vigentes

⁴¹ "Código del Trabajo. 1987", 1º edición, 1987, Introducción por William Thayer A, pag. 15.

al mes de Diciembre del personal docente, cualquiera sea el sistema de contratación de este personal, estableciendo que estos contratos se entenderán prorrogados por los meses de enero y febrero, siempre que el docente tenga más de seis meses continuos en el establecimiento.

El Código de 1987 fue reformado por una serie de motivaciones: el gobierno de don Patricio Aylwin deseaba reformar un código que había criticado y al que no reconocía legitimidad social y política por provenir de un gobierno militar; el sector laboral deseaba modificar la legalidad que consideraba le había sido perjudicial; muchos juristas formulaban una serie de críticas a las normas del código, estas razones llevaron a que el Código de 1987 fuese objeto de una serie de modificaciones, que en definitiva llevaron a que en la Ley N° 19.250 se facultara al Presidente de la República a fijar en un DFL el texto refundido, coordinado y sistematizado del nuevo Código del Trabajo, las principales leyes que se incluyeron en esta obra fueron:

-La Ley N° 19.010, de 1990, sobre terminación del contrato de trabajo, que reemplaza el Título V del Libro I del Código de 1987.

-Ley N° 19.049, de 1990, sobre centrales sindicales, incorporado al Capítulo VIII del Título I del Libro III.

-Ley N° 19.069, de 1991, que reemplazó los Libros III y IV del Código.

-Ley N° 19.250, de 1993, que modificó los Libros I, II y V del Código de 1987.

Es así como estas leyes pasaron a constituir el actual Código del Trabajo, que se contiene en el DFL N°1, publicado en el Diario Oficial de 24 de Enero de 1994, cuya regulación pasaré a revisar a continuación.

III.2) LA REGULACIÓN DE LAS VACACIONES EN EL CÓDIGO DE 1994

El Código de 1994 trata esta materia en el capítulo VII, del Libro I, titulado “Del Feriado anual y de los permisos”, artículos 66 a 76. El primer artículo de este capítulo no se refiere propiamente al feriado anual sino que a una norma especial referida a los llamados permisos administrativos, esto porque el código no contempla el beneficio de los permisos administrativos, por ende en el ámbito de las relaciones laborales privadas este tema queda sujeto a lo que las partes de la relación laboral acuerden libremente, esta es la regla general, la excepción la constituye esta norma que establece que los trabajadores tendrán derecho a un día de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio.

Este permiso se otorga en tres situaciones: a) nacimiento de un hijo; b) muerte de un hijo; c) muerte de un cónyuge, se establece como requisito que debe hacerse efectivo este permiso dentro de los tres días siguientes al hecho que lo origine.

A continuación de esta norma el código pasa a regular el feriado propiamente tal, implantandose casi la totalidad de los principios doctrinarios relativos al feriado, que vimos en el capítulo I de esta obra, asimismo se han incorporado la mayoría de las normas contenidas en los convenios y recomendaciones de la OIT.

III.2.1- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DEL FERIADO

El artículo 67 del código del trabajo de 1994 establece la norma básica del feriado al señalar “Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento. El feriado se otorgará de preferencia en primavera o verano considerándose las necesidades del servicio”, en este artículo se establecen los elementos esenciales del feriado, que trataré en detalle en las siguientes secciones, en este capítulo analizaré el ámbito de aplicación personal de esta normativa, el que, en principio, se confunde con el ámbito de aplicación del código, sin embargo esto no es así porque veremos que el feriado es aplicable a trabajadores que no se encuentran sujetos al Código del Trabajo, como en el caso de los trabajadores sujetos al Estatuto Administrativo.

En primer lugar el artículo 1° del código establece el ámbito de aplicación del código, señalando que este código y sus leyes complementarias regularán las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, y a continuación establece a quienes no se aplica su normativa :

- Funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial.
- Trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que este tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos

funcionarios se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

Luego de realizar estas exclusiones, el código establece que los trabajadores de dichas entidades se sujetaran a sus normas en los aspectos o materias no reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos.

El señalado es el ámbito de aplicación de la normativa del Código del Trabajo que es la norma fundamental en nuestro derecho respecto de las relaciones laborales en el ámbito privado, y norma subsidiaria en otros campos, como acabamos de ver, pero el feriado es una institución que se extiende mas allá del ámbito privado, por lo que se encuentra regulado en todo ámbito en donde existen relaciones laborales, ello se debe a que las razones que fundamentan la existencia del feriado son comunes a toda actividad laboral subordinada, y por ello es aplicada no sólo en el ámbito privado, sino que también en el ámbito administrativo, es así como existen normas al respecto en el Estatuto Docente, en el Estatuto Administrativo y en el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales.

III.2.2- REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL TRABAJADOR PARA TENER DERECHO AL FERIADO ANUAL.

La legislación chilena a partir del DL 2200, solo establece un requisito para adquirir este derecho, haber trabajado un año para un empleador, este es el llamado “periodo de calificación”, el texto legal preciso es: “Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual”, a diferencia de lo que ocurría en el código de 1931 en que, como vimos, se exigía que el trabajador hubiese prestado servicios en forma efectiva una determinada cantidad de días al año y si no llegaba a ese mínimo, no tenía este derecho, aquí no se habla de “prestación efectiva” de los servicios, solo se habla de “más de un año de servicio”, por lo tanto la doctrina y la jurisprudencia administrativa y judicial han sido unánimes en entender que lo que se exige es que exista una relación laboral durante el plazo de un año, es decir basta que el contrato de trabajo se haya mantenido vigente durante ese plazo para que el trabajador tenga derecho a vacaciones.

Esta norma es aplicable a todo trabajador cuya relación laboral sea regida por el código del trabajo, sea en forma directa o supletoria, cualquiera sea su jornada de trabajo, aplicándose incluso a los trabajadores con jornada parcial.

Consecuencia de que solo se exija la vigencia del contrato de trabajo durante un año, nos encontramos con la situación del trabajador cuya relación

laboral se encuentra suspendida durante cierto lapso de tiempo por razones médicas u otras, pudiendo ser el lapso de la suspensión incluso superior a un año, en este caso el trabajador al reintegrarse a sus labores tiene pleno derecho a solicitar el goce de vacaciones, no pudiendo el empleador desconocer este derecho, ya que como sabemos la suspensión de la relación laboral solo paraliza los principales efectos del contrato (prestación de los servicios y pago de la remuneración), sin que desaparezcan las restantes obligaciones y efectos, manteniendo la vigencia del contrato de trabajo, por ello el tiempo de la suspensión debe ser computado para efectos del período de calificación.

La regla anterior se aplica a las licencias médicas por enfermedad, descanso pre y post natal de la mujer, huelgas y lock-out, y con las demás causas de suspensión de la relación laboral que pueden darse, incluidas las convencionales (como puede ser el caso de un permiso con o sin goce de sueldo), respecto de este punto existen numerosos Dictámenes de la Dirección del Trabajo⁴², es clara la diferencia con el régimen que establecía el Código de 1931, en que al exigirse la prestación efectiva de los servicios, no eran considerados para efectos del plazo para adquirir el derecho a feriado los periodos recién señalados de suspensión de la relación laboral.

⁴² A modo de ejemplo: dictámenes ord. 2.028/133, de 07.05.98; 4199/192, de 19.07.94; 2568/98, de 06.05.92; 4962/152, de 16.07.91.

El plazo de un año a que se refiere la ley se cuenta desde que la fecha del contrato de trabajo, de manera que es erróneo calcularlo a partir de la fecha de reintegro del trabajador a la empresa después de las anteriores vacaciones, ya que durante estas el contrato se mantiene vigente y solo se interrumpe la prestación de los servicios por parte del trabajador, además como veré más adelante existe la opinión que sostiene que la ley crea la ficción jurídica de considerar el lapso de las vacaciones como trabajado, por lo tanto se debe computar el lapso de las vacaciones.

Las variaciones que experimente la propiedad de la empresa en que labora el trabajador durante el plazo del año no afecta en nada el derecho del trabajador a adquirir vacaciones ya que se aplica el artículo 4° inciso segundo que establece que: "las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con él o los nuevos empleadores", siendo de cargo del adquirente el pago de las prestaciones que se deban a los trabajadores.

III.2.3) OPORTUNIDAD Y FORMALIDADES PARA GOZAR DEL FERIADO.

El artículo 67 inciso 2° del código regula parcialmente la oportunidad en que se debe hacer efectivo el goce del feriado, disponiendo que “se concederá de preferencia en primavera o verano, considerándose las necesidades del servicio”, esta norma está establecida en beneficio de los trabajadores por lo tanto no existe obstáculo en que estos soliciten se les otorgue el feriado en una época distinta.

De lo anterior se puede concluir que el derecho a optar por una época para hacer uso del feriado corresponde al trabajador y no al empleador, quién debe concederlo de acuerdo a las necesidades del servicio de la empresa pero no arbitrariamente, debiendo siempre respetar el interés del trabajador, el único caso en que es el empleador quién decide unilateralmente cuando se deben conceder las vacaciones a los trabajadores es el del feriado colectivo.

El código no contiene mayores normas respecto de la forma en que se debe solicitar hacer uso del feriado por lo tanto en principio esto queda sujeto a lo que disponga el respectivo reglamento interno de la empresa, sin embargo debe recordarse que en virtud del artículo 3° transitorio del Código del Trabajo debe entenderse vigente el reglamento N° 969 de 1933 en lo que no sea incompatible con él, al respecto este reglamento establece en su artículo 43 que el trabajador deberá solicitar hacer uso del feriado con treinta días de anticipación, por escrito, y el empleador deberá fijar la fecha dejando testimonio

por escrito de ello en el duplicado de la solicitud.

Se debe recordar el artículo 44 del mismo Reglamento, que establece que el empleador distribuirá el feriado en forma de poder mantener en servicio, a lo menos, las cuatro quintas partes del personal de cada departamento o sección de un negocio que tenga más de cinco empleados. Si tuviere menos de este número se distribuirá de manera que a la vez no haya más de un empleado gozando de feriado.

III.2.4) EXTENSIÓN TEMPORAL DEL FERIADO

III.2.4.1) El Feriado Básico y el Feriado Mayor

Como hemos visto el artículo 67 establece el derecho al feriado fijando la duración de este en “quince días hábiles”, este es el llamado Feriado Básico, que constituye el feriado mínimo a que tienen derecho los trabajadores.

La ley señala expresamente que se trata de días hábiles, de manera que los días feriados no se computan en caso alguno para efectos de determinar la duración del feriado, los días feriados están establecidos por la ley, la norma básica respecto a ellos es la Ley N° 2.977 de 01 de Febrero de 1915⁴³, que establece en su artículo 1° n°1, que se consideran feriados los días domingo de todo el año, en cuanto al día sábado en principio es día hábil, sin embargo el artículo 69 del actual código establece que “para los efectos del feriado, el día sábado se considerará siempre inhábil”, esta norma es de carácter general y se aplica a todos los casos en que existe derecho a feriado, la ley es expresa al señalar que se considerará “siempre” inhábil.

⁴³ Se debe tener presente la Ley n°18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones populares y escrutinios, art. 169.

La Dirección del Trabajo ha emitido varios dictámenes⁴⁴ con relación a este punto debido a la fuerte tendencia de muchos empleadores de reducir las vacaciones de sus trabajadores computando dentro de estas los días domingo y festivos, como suele ocurrir en el caso de los trabajadores contratados para trabajar los días domingo y los trabajadores que en conformidad a los artículos 38 y 39 están exceptuadas del descanso dominical y tienen distribución especial de la jornada de trabajo, en estos casos se aplica la regla señalada sin excepciones, por tanto dentro del feriado solo se considerarán los días hábiles de acuerdo a las reglas generales y se le deben agregar los días sábados, domingos y festivos que incidan en el período correspondiente.

Actualmente la ley no establece límite alguno a la extensión del feriado anual, siendo los quince días hábiles un mínimo irrenunciable que puede verse incrementado con el feriado progresivo establecido por la ley, o por medio de convenciones individuales o colectivas.

Respecto de este punto debemos recordar que el DL 2200 estableció un límite a la duración del feriado anual señalando que este, fuera legal o convencional, no podría exceder de 35 días corridos, con el fin de no perjudicar aún más a los trabajadores que gozaban de un feriado superior se contempló el artículo 11 transitorio, que permitió a los dependientes con contrato vigente al 1° de junio de 1978 y que tuviesen un feriado superior a 35 días corridos, conservar este derecho pero limitado al número de días que a esa fecha les

⁴⁴ Dictámenes ordinarios N°4.570/284 de 1993, N° 6.753 de 10-12-93, N°6752/390 de 10-12-

correspondía.

Dicho límite al feriado fue recogido por el artículo 68 del Código de 1987, aprobado por la ley 18.620, ley que contuvo en su artículo 2° transitorio una norma similar a la del artículo 11° transitorio del DL 2200, que dispuso lo siguiente: "los trabajadores con contrato vigente al 15 de junio de 1978 o al 14 de Agosto de 1981, que a esas fechas tenían derecho a un feriado anual superior al que establecieron el Título VII del DL 2200, de 1978 antes de su modificación por la ley 18.018, y el artículo 11 transitorio del primero de estos cuerpos legales, conservarán ese derecho, limitado al número de días que a esas fechas les correspondían, de acuerdo a las normas por las cuales se rigieron."

El límite a la extensión del feriado fue eliminado por la ley 19.250, que se incluyó en el Código del Trabajo de 1994, este código en su artículo 2° transitorio reprodujo la norma anteriormente transcrita, al eliminarse este tope los trabajadores efectos a él tienen pleno derecho a continuar incrementando el feriado que les corresponde de acuerdo a las normas del feriado progresivo, o bien por la vía convencional.

Aquellos trabajadores que en virtud de las normas transitorias mencionadas conservan derecho a un feriado superior al establecido por la actual normativa del código del trabajo, gozan del llamado Feriado Mayor, que como hemos visto depende de la subsistencia de los contratos vigentes al 15

de Junio de 1978, o al 14 de Agosto de 1981 en virtud de los cuales a esas fechas gozaban de derecho a feriado superiores a los establecidos por la normativa del DL 2200.

III.2.4.2) El Feriado Progresivo

Consiste en “el derecho del trabajador de ver incrementado su derecho a descanso anual por haber laborado más de diez años, continuos o no, con uno o varios empleadores, gozando de un día adicional por cada tres nuevos años trabajados sobre los primeros diez”⁴⁵, se encuentra normado por el artículo 68 del código y fue introducido en nuestra legislación por la Ley 15.475 de 24 de Enero de 1964.

En esencia el feriado progresivo consiste en aumentar el feriado legal o básico de quince días hábiles en un día adicional por cada tres años trabajados, el requisito para adquirir este día adicional es tener más de diez años de trabajo, en forma continua o no, para uno o varios empleadores, analizaré este requisito en sus diversos aspectos:

En primer lugar el código usa la expresión “diez años de trabajo”, esto se podría entender en el sentido de haber efectuado servicios en forma efectiva, sin embargo no es este el sentido de la expresión, ya que esta debe ser entendida en concordancia con el resto de la normativa del feriado, que

⁴⁵ Jimenez Roberto, Manual de Consultas Laborales y Previsionales, N° 174, Nov. 1999, pag.7.

como sabemos solo exige la vigencia de la relación laboral, por lo tanto lo que se exige es solamente la vigencia del contrato de trabajo durante el tiempo que da derecho al descanso anual, de manera que se computan todos los periodos en que el trabajador mantuvo una relación laboral, incluyendo dentro de esto los periodos de suspensión de la relación laboral, sin considerar los periodos en que el trabajador estuvo desempleado.

En segundo lugar el artículo 68 establece que los servicios pueden ser prestados a un empleador o a varios, en caso de referirse a un empleador no establece limite alguno, esta es la situación más sencilla.

En caso de haber prestado servicios a varios empleadores se fija un limite de diez años más allá del cual no pueden imputarse los servicios para efectos del feriado progresivo. Esta norma a experimentado variaciones en los diversos textos legales: inicialmente la ley N° 15.475 estableció respecto de los empleados que se podían imputar los años trabajados “a uno o varios empleadores”, en la norma respecto de los obreros no se mencionaba este punto, solo señalaba que debían ser “diez años de trabajo, continuos o no”, lo mismo sucedía con los empleados de casa particular, posteriormente el DL 2200, que como sabemos eliminó la distinción entre obreros y empleados y les dio un tratamiento común, dispuso que estos diez años podían haber sido trabajados para “uno o varios empleadores”.

El DL 2200 fue modificado por la Ley 18.018 de 14 de Agosto de 1981, que dispuso que solo debían computarse los años trabajados “para un

mismo empleador”, disponiendo, sin embargo, en el artículo 5° transitorio que los trabajadores que ya disfrutaban de un feriado progresivo adquirido con los servicios prestados a diversos empleadores lo conservarían, este artículo disponía: “Los trabajadores actualmente contratados que a la fecha de vigencia de la presente ley tengan un feriado superior al establecido en el Título VII del Decreto Ley n° 2.200, de 1978, conservarán ese derecho, limitado al número de días que a esa fecha les corresponda, de acuerdo a las normas por las cuales se regían”.

Como vimos al hablar del Feriado Mayor esta normativa fue recogida por el Código de 1987, que también estableció un artículo transitorio, el n° 2, con una norma similar a la recién transcrita.

La ley 19.250 modificó esta norma volviendo a la disposición original de la ley 15.475, permitiendo que se hiciesen valer los años trabajados para “uno o más empleadores”, forma en que fue mantenida por el actual código del trabajo promulgado por el DFL N°1 de 24 de enero de 1994. Este cuerpo legal también conservó las normas transitorias a que me he referido anteriormente al disponer en el artículo 2° transitorio: “los trabajadores con contrato vigente al 15 de Junio de 1978, o al 14 de Agosto de 1981, que a esas fechas tenían derecho a un feriado anual superior al que establecieron el título VII del Decreto Ley N° 2.200, de 1978, antes de su modificación por la ley N° 18.018, y el artículo 11 transitorio del primero de estos cuerpos legales, conservarán ese derecho, limitado al número de días que a esas fechas les correspondían, de acuerdo a

las normas por las cuales se rigieron.”

Lo dispuesto en la norma antes transcrita no impide en caso alguno que los trabajadores puedan con posterioridad incrementar su feriado en conformidad a las actuales normas sobre feriado progresivo, por esta misma razón el artículo 13 transitorio letra c) estableció lo siguiente: “los nuevos días feriados que resulten de la aplicación del artículo 66 del Código del Trabajo aprobado por el artículo 1° de la Ley N°18.620, modificado por el número 24 del artículo 1° de la Ley N°19.250, se agregarán, a razón de un día por cada año calendario, a partir del inicio del año 1993”. Esta norma es referida a los días adicionales resultantes de los servicios prestados a diversos empleadores, en el caso que los servicios hayan sido prestados a un mismo empleador y que no pudieron hacer valer anteriormente debido a estar sujetos a dicho límite, pueden hacerlos valer todos, sin que ello deba hacerse a razón de un día por año calendario a partir del inicio de 1993, como establece el artículo 13 transitorio letra C, porque esa norma transitoria se refiere a los años trabajados a diversos empleadores y no a un mismo empleador⁴⁶.

El código no hace distinción en cuanto a las calidades jurídicas de las diversas relaciones laborales que se hayan realizado, de manera que es procedente que se computen los servicios prestados en calidades distintas a las del sector privado o en regímenes distintos a los del Código del Trabajo, esto fue claramente establecido por el artículo 3° de la ley 16.424 que modificó la ley

⁴⁶ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N°752 de 01-01-1994

15.475, que dispone: "Para los efectos de esta ley se computarán los años trabajados como dependiente en cualquier calidad jurídica, sea como empleado particular, obrero, empleado público, semifiscal, municipal, etc.", esta norma no fue reproducida en los posteriores códigos pero el DL 2200 en el artículo 73 inciso 2° estableció una norma muy similar: "para el cómputo de los años de trabajo se considerarán incluso los servicios al estado y demás organismos públicos", la doctrina, la jurisprudencia administrativa y judicial consideran que este criterio se mantiene por cuanto la ley no efectúa distinción alguna y además es la conclusión lógica desde el momento que la ley aceptó se computen los años trabajados para diversos empleadores.

En cuanto a este plazo de diez años prestados a empleadores diversos del actual, la Dirección del Trabajo fue consultada en cuanto a si estos servicios debían haber sido prestados dentro del territorio nacional o también se podían computar los años trabajados fuera del país, la Dirección resolvió que interpretando el artículo 68 del Código del Trabajo en relación con el artículo 14 del Código Civil que consagra el principio de territorialidad del ordenamiento jurídico nacional en términos que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, en la medida que ellos habiten en el territorio nacional, no era procedente computar el tiempo trabajador por un extranjero fuera de Chile para estos efectos.

Sin embargo queda la pregunta respecto del chileno que efectúa un trabajo en el extranjero, en caso de tratarse de una empresa que envía al

trabajador fuera de las fronteras en virtud de un contrato celebrado en Chile, es lógico que este lapso deba computarse, pero ¿ qué ocurre con el chileno que emigra al extranjero y allá presta servicios para los nacionales de ese país?.

En principio podemos aplicar un criterio similar al anterior, siendo la ley chilena aplicable solo dentro del territorio nacional y que las relaciones laborales escapen al ámbito del artículo 15 del Código Civil, la ley laboral chilena no se puede aplicar al trabajador chileno que emigra y trabaja en el extranjero, que es regido por la ley del país en que se radica y por lo tanto no se debería considerar para efectos del feriado proporcional el tiempo que permanezca en el extranjero, aunque se puede contradecir este argumento basándose en que el código del trabajo nada dice respecto de que los servicios deban ser prestados dentro del territorio nacional.

La ley establece que estos servicios pueden ser continuos o discontinuos, esto se refiere a que los servicios pueden haber sido prestados a un mismo empleador pero existiendo pausas entre un contrato y otro, en este caso por ser un mismo empleador no rige el límite de diez años a pesar de no haber sido continuos, no siendo obstáculo el que el trabajador haya prestado servicios a otro empleador en el tiempo intermedio. En cuanto al caso de ser servicios continuos a un mismo empleador no existe problema alguno.

El feriado progresivo presenta diferencias con el feriado básico, en primer lugar el feriado básico o legal de quince días tiene un carácter principal (si así se puede decir), en cambio el feriado progresivo tiene un carácter

accesorio, el trabajador debe tener derecho al feriado básico para posteriormente adquirir derecho al feriado aumentado o progresivo.

En segundo lugar el feriado progresivo puede ser compensado en dinero, mientras que el feriado básico no admite compensación en dinero salvo en caso de término de la relación laboral sin que el trabajador haya gozado del feriado a que tiene derecho o en caso del feriado proporcional.

El artículo 68 establece respecto del feriado progresivo que “este exceso será susceptible de negociación individual o colectiva”, de manera que el o los trabajadores pueden transar los días extras de feriado a que tengan derecho, no haciendo uso de ellos a cambio de una suma de dinero, esta libertad tiene un límite ya que el artículo 73 inciso tercero establece que “las sumas que se paguen por estas causas al trabajador no podrán ser inferiores a las que resulten de aplicar lo dispuesto en el artículo 71”, artículo referente al concepto de “remuneración íntegra”.

La característica recién señalada de ser el feriado progresivo compensable en dinero plantea la pregunta acerca de si este es renunciable o no.

En el primer caso resulta contradictoria con lo establecido por el artículo 5° del Código del Trabajo, que dispone “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo”, el fundamento de la norma consiste en que la ley considera que el objetivo protector y de rehabilitación del trabajador perseguido por el feriado se cumple

de manera suficiente con el feriado básico, de manera que el feriado progresivo tiene una importancia menor en cuanto a esos fines, por ello se admite que el trabajador cuando así lo estime conveniente transe con el empleador su compensación por una suma de dinero, a pesar de ello considero que esto, en estricto derecho constituye la renuncia a un derecho laboral, ahora bien esto tiene su límite porque en ningún caso podría pactar con el empleador por ejemplo que a partir de tal fecha ya no adquirirá días adicionales de feriado.

En cuanto a la prueba del feriado el código actual no establece normas especiales, por lo tanto se deberían aplicar las normas comunes para probar la existencia de un derecho, en este punto la Dirección del Trabajo en diversos dictámenes⁴⁷, ha sostenido que en virtud del artículo 3° transitorio del Código del Trabajo que establece: “Las disposiciones reglamentarias vigentes a la fecha de entrada en vigor del presente Código, que hubieren sido dictadas en virtud de los cuerpos legales derogados por el artículo 2° de la ley 16.620 mantendrán su vigencia, en todo lo que fueren compatibles con aquél hasta el momento en que comiencen a regir los nuevos reglamentos” se debe aplicar la norma contenida en el artículo 10 del Decreto Reglamentario N° 586 de diecinueve de Abril de 1965, por cuanto sus normas se deben considerar vigentes en todo lo que resulte compatible con sus disposiciones. Esta disposición distingue entre el caso de aquellos trabajadores que hubieren realizado labores para un solo empleador y aquellos en que estos efectuaron

⁴⁷ Dictamen 4562 de 13-10-80, 98167 de 09-03-93, 752/39 de 31-01-94 y 2616/125 de 02-05-94.

labores para varios empleadores.

Si se trata de servicios prestados a un empleador, se debe estar al reconocimiento que deberá hacer este de acuerdo al contrato de trabajo y demás documentación probatoria de la fecha de ingreso del dependiente.

Si se trata de servicios prestados a diversos empleadores, se utilizan los siguientes medios:

1-Certificación otorgada por las Inspecciones del Trabajo, según los antecedentes que dispongan estos servicios.

2-Cualquier instrumento público en que conste la prestación de servicios de modo fidedigno como sentencias judiciales, convenios o fallos arbitrales, escrituras públicas o certificados otorgados por las respectivas instituciones de previsión a que el interesado pertenezca o haya pertenecido.

3-Informaciones de perpetua memoria, en conformidad a lo preceptuado por los artículos 909 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, debidamente aprobada por el tribunal competente.

III.2.5) CONTINUIDAD Y FRACCIONAMIENTO DEL FERIADO.

En el primer capítulo de este trabajo vimos que una de las características básicas del feriado era su continuidad, es decir, el feriado debe estar integrado por días seguidos, sin solución de continuidad entre ellos, esto es reafirmado por las normas contenidas en los convenios relativos a las vacaciones anuales pagadas de la OIT, vistos en el segundo capítulo de este trabajo (convenio 52 de 1936, artículo 2 párrafo 4°; Convenio 132 art. 8° N°1 y 2), esta regla es recogida por la mayoría de las legislaciones nacionales, y también es acogida en principio por la legislación chilena.

La regla básica respecto este punto se contiene en el artículo 70 del Código del Trabajo que establece “el feriado deberá ser continuo”, sin embargo la ley admite una graduación ya que se admite el fraccionamiento de las vacaciones con una limitación, una de las fracciones no puede ser inferior a diez días, y solo “el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo”, la OIT ha considerado que este sistema puede considerarse práctico y apropiado, siempre y cuando se reafirme “el principio de imponer límites al fraccionamiento de las vacaciones fijando la duración mínima de una de sus partes”.⁴⁸

La decisión de fraccionar las vacaciones no puede ser tomada unilateralmente por el empleador, la ley es clara al decir: “el exceso sobre diez

⁴⁸Informe VI sobre las Vacaciones Pagadas, Ginebra OIT ,pag. 55.

días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo”, por lo tanto el trabajador tiene pleno derecho a no aceptar que el empleador unilateralmente decida el fraccionamiento, sin incurrir por ello en falta alguna a sus obligaciones, este criterio ha debido ser reafirmado por la Dirección del Trabajo⁴⁹.

El DL 2200 señalaba que el fraccionamiento debía ser “de común acuerdo en conformidad al reglamento”, posteriormente esta referencia al reglamento fue suprimida y en la actualidad la ley solo exige el acuerdo de las partes.

En definitiva podemos afirmar que siendo la regla básica del feriado que sea continuo, la ley admite su fraccionamiento con los siguientes requisitos:

- a- Debe mediar un mínimo no fraccionable de diez días hábiles.
- b- Debe fraccionarse solo el exceso sobre los diez días.
- c- Debe adoptarse tal decisión de común acuerdo entre las partes.

Con relación a este punto se sometió al conocimiento de la Dirección del Trabajo el siguiente caso:

Se planteaba la discusión de sí los trabajadores que se encuentran exceptuados del descanso dominical y en días festivos, pueden solicitar las vacaciones fraccionadas en días lunes y viernes de tal manera que, en virtud de la regla que establece que el feriado es de días hábiles, se deberían agregar a este los días sábados, domingos y festivos que incidan en él, a esto se oponía el empleador afirmando que no era procedente que se agregaran los días

⁴⁹ Dictamen Ordinario 3741/230 de 26-07-1993; 4497/105 de 28-06-90.

sábado y domingo, ya que estos eran días de trabajo en la empresa por estar los trabajadores exceptuados de dicho descanso.

La Dirección del Trabajo basándose en la normativa examinada anteriormente acerca de la oportunidad y formalidades de la concesión del feriado y reiterando que, aún en el caso de los trabajadores exceptuados del descanso dominical y en días festivos según el artículo 38 del Código del Trabajo y aquellos con distribución excepcional de la jornada de trabajo y de descansos, para efectos del cómputo del feriado no deben considerarse como días hábiles los sábados, domingos y feriados legales, consideró que si el trabajador ha solicitado hacer uso del feriado fraccionadamente en días Viernes y Lunes, no siendo objetado por el empleador, corresponde se haga efectivo incluyendo dentro del feriado los días sábado y domingo por cuanto no son hábiles, aún cuando en la empresa sean días de trabajo.

III.2.6) ACUMULATIVIDAD DEL FERIADO

La normativa del feriado tiende a que el dependiente haga uso efectivo de este y así pueda descansar, se reintegre a su familia y conserve su capacidad laborativa, por ello el feriado es irrenunciable, no compensable en dinero y su fraccionamiento es excepcional y limitado, consecuente con todo lo anterior el feriado debería ser gozado todos los años por el trabajador, sin embargo la ley permite que el feriado no sea gozado un año acumulando al siguiente, esto es regulado por el artículo 70 inciso segundo que dispone:

“El feriado también podrá acumularse por acuerdo de las partes, pero solo hasta por dos períodos consecutivos”.

“El empleador cuyo trabajador tenga acumulados dos períodos consecutivos, deberá en todo caso otorgar al menos el primero de estos, antes de completar el año que le da derecho a un nuevo período”

Esta norma no tiene un fundamento claro, y suele prestarse para ser usado como vía para despojar al trabajador de su derecho a feriado, por la vía de acumularlo y posteriormente no concederlo.

Los requisitos que establece la ley para la acumulación son:

- Debe existir acuerdo de las partes. La acumulación no puede ser determinada por voluntad exclusiva del empleador.⁵⁰
- Solo pueden acumularse hasta dos períodos consecutivos.

⁵⁰ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario n°2.446/113 de 25-04-94.

Como vimos el inciso tercero del artículo 70 establece una obligación para el empleador: Si el trabajador tiene acumulados dos períodos consecutivos, “deberá otorgar en todo caso al menos el primero de éstos, antes de completar el año que le da derecho a un nuevo período”. Esta obligación es de cargo del empleador y por lo tanto el incumplimiento de ella lo hace incurrir en una falta laboral que debe ser sancionada con una multa.

En caso que el trabajador haya acumulado dos feriados consecutivos tiene pleno derecho a solicitar hacer uso de la totalidad de los días comprendidos por los feriados acumulados.

En este momento, por estar vinculado a este punto, debo referirme a la compensabilidad del feriado en dinero, sabemos que la regla general es que esto no es procedente, salvo determinadas excepciones que veré más adelante, esta regla se mantiene en este caso ya que los feriados acumulados no pueden ser compensados en dinero porque esto constituiría la renuncia de un derecho laboral, pero examinaré un aspecto que conduciría a que estos feriados acumulados en definitiva sean compensables en dinero.

Sabemos que el empleador tiene la obligación de otorgar, en todo caso, al dependiente que ha acumulado dos feriados consecutivos, a lo menos el primero de estos, antes de acumular un tercero, ahora bien si el empleador no lo hace debe ser sancionado, sin embargo esto no puede llevar a que el trabajador pierda su derecho a feriado en virtud de la prescripción extintiva.

Respecto de este punto debo recordar que el artículo 480 del Código

del Trabajo, dispone en su inciso primero: “Los derechos regidos por este Código prescribirán en el plazo de dos años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles”; con base en esta disposición se a tendido a considerar que el trabajador que ha acumulado más de dos feriados consecutivos ha visto extinguido a lo menos el derecho correspondiente al primero de los feriados acumulados, sin embargo esto es erróneo, ya que la obligación de otorgarlo es del empleador, si no lo hace quien incurre en falta es él y no el trabajador, quién no puede estar siendo perjudicado por la negativa del empleador, el que además estaría obteniendo un enriquecimiento sin causa justa, ya que se estaría beneficiando del trabajo del dependiente prestado en un periodo en que debió haber gozado del feriado.

Además del enriquecimiento sin causa del empleador, hemos visto que al ser el feriado no compensable en dinero, los feriados acumulados tampoco pueden serlo y por lo tanto el trabajador no puede pedir se le pague en dinero mientras dura la relación laboral.

Respecto de este punto sería conveniente que se estableciese claramente que el trabajador no será privado del derecho a que se le indemnice por concepto del feriado no gozado durante la relación laboral, por la vía de alegar la prescripción de este derecho, y evitar estas situaciones de injusto enriquecimiento del empleador.

Más adelante veré la situación dada en caso de término de la relación laboral cuando existen feriados acumulados y trataré del artículo 73 inciso

segundo, que señala que el trabajador tiene derecho a que se le compense el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido, cuando no a hecho uso de él teniendo todos los requisitos para hacerlo, por lo tanto como el trabajador tiene feriados acumulados de los que no a hecho uso debería ser indemnizado por la totalidad de este, la Dirección del Trabajo ha resuelto favorablemente en este sentido⁵¹, más adelante al hablar de la compensabilidad del feriado en dinero volveré sobre este punto.

⁵¹ Dictamen n° 78 de 12-01-82, y n°6.017/310 de 09-10-97.

III.2.7) REMUNERACIÓN DEL FERIADO ANUAL.

El artículo 67 del Código establece que los trabajadores tendrán derecho al feriado anual “con remuneración íntegra”, esta es una regla básica del feriado, este debe ser remunerado porque de otro modo sería perjudicial para el trabajador y las vacaciones no cumplirían ninguno de los fines perseguidos por ellas, todas las legislaciones así lo establecen y es principio recogido en todos los convenios internacionales.

Sin embargo se presentan dos puntos interesantes que veremos a continuación: el fundamento jurídico de la remuneración del feriado anual y el concepto de remuneración íntegra.

III.2.7.1) Fundamento jurídico de la remuneración del feriado.

El contrato de trabajo es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, las prestaciones se miran como equivalentes. Las prestaciones consisten en que el trabajador debe prestar los servicios personales para los que fue contratado y el empleador debe pagar una remuneración; desde el punto de vista del empleador la remuneración es la contraprestación por los servicios del trabajador.

El concepto de remuneración es definido en el artículo 41 del código de la siguiente forma: “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en

dinero y las adicionales en especie evaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”, como señalé en el anterior párrafo, es importante dentro de esta definición el término “contraprestaciones”, la remuneración es una contraprestación, esto es consecuencia de la sinalagmaticidad del contrato de trabajo.

El artículo 42 complementa el concepto anterior definiendo determinados términos (sueldo, sobresueldo, comisión, participación, gratificación) que constituyen remuneración, en todas ellas la causa del pago es el trabajo del dependiente.

La sinalagmaticidad del contrato de trabajo se rompe con el feriado legal anual, aquí el empleador se encuentra en el deber de continuar pagando la remuneración al trabajador, pero este ha sido liberado de la obligación de prestar servicios, entonces la remuneración pierde el carácter de contraprestación por los servicios del dependiente, falta el elemento fundamental que define a la remuneración, en consecuencia no deberíamos hablar de remuneración.

Respecto de este punto el señor Guillermo Cabanellas considera que lo que se paga durante las vacaciones no es salario (término que él usa para hablar de la remuneración) y señala: “realmente las vacaciones no constituyen salario, pues no se estipula salario sino descanso; y la compensación no debe traducirse en dinero, sino en reposo”. Sin embargo, la legislación chilena, la legislación comparada, al igual que los convenios y recomendaciones

internacionales hablan de remuneración, ¿cuál es la explicación de esto?, y además ¿cuál es el origen de la obligación del empleador de pagar la remuneración si no existe prestación de servicios por parte del empleador?.

Respecto del primer punto considero que se debe tener presente la opinión de don Guido Machiavello, quién afirma que dentro de la institución de las vacaciones existen aspectos dogmáticos, en que con fines determinados, la ley establece presunciones o da por sentadas determinadas circunstancias aunque estas no correspondan a la realidad.

En este caso afirma que la ley ha planteado “una suposición imperativa de considerarse el tiempo en que el trabajador goza del descanso de su feriado, como si dicho periodo hubiera sido trabajado”⁵², consecuencia de lo anterior, junto con mantener la vigencia del contrato de trabajo y evitar la ruptura de la relación laboral, se permite que el empleador mantenga su obligación de remunerar al trabajador.

El señor Machiavello justifica esta medida señalando “la ley ha debido recurrir a esta medida de dogmática, porque de lo contrario el trabajador, en la realidad, no habría podido ejercer su derecho al goce del feriado, pues el descanso, con la suspensión de su obligación de trabajo, le dejaba sin retribución, y por ende, sin sustento para sí y su familia.”

Con el argumento anterior el señor Machiavello brinda una explicación satisfactoria respecto de porqué la ley habla de remuneración, ya

⁵² Guido Machiavello, obra citada, pag. 345, 346 y 347.

que por los motivos señalados, al considerar el tiempo de las vacaciones como si hubiesen sido efectivamente trabajados se genera la obligación del empleador de pagar la remuneración.

Lo anterior también brinda respuesta al segundo punto que se ha planteado, esto es cuál es el origen de la obligación del empleador de pagar la remuneración durante el feriado.

Hemos visto que esta obligación no se origina en el contrato de trabajo por sí solo, ya que este exige la prestación de servicios; tampoco es donación efectuada por el empleador, la obligación se origina claramente en la ley, que por consideración a los fines de orden público perseguidos por las vacaciones establece la ficción anteriormente examinada y por consiguiente establece la obligación del empleador de pagar la remuneración.

Lo anterior lo hace la ley con el fin de resguardar de mejor manera los derechos de los dependientes, impidiendo de esta manera que estos sufran una disminución de sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del feriado legal, y asegurarle durante el mismo periodo, la remuneración que habitualmente le correspondería en caso de encontrarse prestando servicios.

III.2.7.2) Concepto de remuneración íntegra.

El DL 2.200, en su artículo 77, introdujo una norma que ha sido conservada por los diversos códigos hasta el actual, sin modificaciones: El Código de 1987 la contenía en el artículo 70 y el actual código la contiene en el artículo 71.

La norma en cuestión se preocupa de regular que se debe entender por remuneración íntegra para efectos del feriado, con ella se solucionaron una serie de problemas que presentaba la aplicación de la norma contenida en los artículos 67,98 y 158 del Código del Trabajo de 1931, ya que esta hablaba de “salario íntegro”, respecto de los obreros y de “sueldo íntegro” respecto de los empleados particulares, pero no lo definía debiendo la doctrina y la jurisprudencia administrativa hacerlo.

Respecto de este punto el criterio de la Dirección del Trabajo durante la vigencia del Código de 1931, fue que, tratándose de obreros, debía computarse toda la remuneración que tuviera los caracteres de permanencia, fijeza y regularidad propios del salario⁵³, también se debían incluir las horas extraordinarias que se efectuasen en forma normal y permanente en la empresa, esto no ocurría con los empleados particulares ya que el artículo 139 del código distinguía entre sueldo y sobresueldo por lo tanto el sueldo íntegro excluía la posibilidad de que se entendieran incorporadas a él las horas

⁵³ DL 2.200, ximena gutierrez y otros, obra citada, pag.183.

extraordinarias; respecto de los trabajadores a trato se debía computar el promedio de lo ganado en los días que le daban derecho a feriado y respecto de los comisionistas, estos debían recibir una cantidad equivalente a la 30a parte del promedio de lo percibido durante los últimos seis meses por cada día de feriado, incluyendo días domingos y festivos⁵⁴.

El artículo 71 del código distingue entre trabajadores con remuneraciones fijas, variables y mixtas.

III.2.7.2.a)Remuneraciones fijas:

En primer lugar debemos determinar en que consisten las remuneraciones fijas, estas son fundamentalmente aquellas que se fijan atendiendo principalmente al factor tiempo.

Respecto de los trabajadores con remuneraciones fijas establece: “Durante el feriado, la remuneración íntegra estará constituida por el sueldo en el caso de trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija”, el artículo 42 letra a) define que se entiende por sueldo “el estipendio fijo, en dinero, pagado por periodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 10”, de manera que los requisitos que debe cumplir la remuneración para constituir sueldo son los siguientes:

⁵⁴ Dirección del Trabajo, dictámenes N° 9861 de 13-05-1975, N°2.166 de 15-04-1977, N° 2779

- a) Que sea un estipendio fijo, de monto permanente.
- b) Que se pague en dinero.
- c) Que sea periódico y regular, en los periodos determinados en el contrato.
- d) Que corresponda a la prestación de servicios.

De acuerdo a lo anterior los trabajadores recibirán durante las vacaciones toda suma que cumpla los anteriores requisitos, de esta manera no corresponde considerar para efectos de la remuneración íntegra la remuneración por las horas extraordinarias de trabajo, que corresponden al sobresueldo definido en la letra b) del artículo 42, aplicando a todos los trabajadores el criterio que la jurisprudencia aplicaba a los empleados particulares bajo la regulación del Código de 1931.

Se deben incluir las prestaciones adicionales mencionadas en el artículo 10, porque constituyen sueldo aunque no sean en dinero; de manera que en este punto la legislación chilena se apega a las recomendaciones y convenios internacionales relativas a las vacaciones pagadas que señalan que dentro de la remuneración que se debe pagar en las vacaciones se debe incluir el equivalente en efectivo de la parte de estas que se pague en especie.

Tampoco procede considerar las prestaciones fijas, en dinero, estipuladas en el contrato pero que no revisten el carácter de remuneración de acuerdo a lo establecido en artículo 41 inciso 2º, como son las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, etc.⁵⁵

En el caso de las gratificaciones que se pagan mes a mes conforme al artículo 50, nos encontramos con que reúnen los principales requisitos señalados anteriormente, pero de acuerdo al artículo 42 no corresponden a sueldo, ya que no corresponden plenamente a una prestación de servicios⁵⁶, por ello el mismo artículo le dio una definición diversa diferenciandola del sueldo, al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado “el que una remuneración sea reconocida por la prestación de los servicios significa, a juicio de esta Dirección que reconozca como causa inmediata de su pago la ejecución del trabajo convenido, en términos tales que es posible estimar que cumplen esta condición todos aquellos beneficios que dicen relación con las particularidades de la referida prestación, pudiendo citarse, por vía de ejemplo, los que son establecidos en razón de la preparación técnica que exige el desempeño del cargo, el lugar en que se encuentra ubicada la faena, las

⁵⁵ Dirección del Trabajo, dictamen ord. n° 3.402/196 de 05-06-99, n°3034/230 de 09-07-98 y n°2551/129 de 24-04-95.

⁵⁶ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario n°3553/273 de 03-08-98.

condiciones física, climáticas o ambientales en que debe realizarse la labor, etc.”⁵⁷

III.2.7.2.b) Remuneraciones variables:

Remuneraciones variables son aquellas que se determinan básicamente atendiendo al resultado obtenido por el trabajo, son remuneraciones fijadas por unidad de “obra” y no de “tiempo”.

El artículo 71 inciso tercero establece “se entenderá por remuneraciones variables, los tratos, comisiones, primas y otros que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes”.

Los requisitos de las remuneraciones variables para ser incluidas en el cálculo de la remuneración del feriado anual son, por lo tanto los siguientes:

- a) Que tenga el carácter de remuneración.
- b) Que esté establecida en el contrato individual o colectivo de trabajo.
- c) Que, con arreglo a lo pactado, implique la posibilidad de que la remuneración total varíe de un mes a otro.

Respecto de esta categoría de trabajadores el código establece: “la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados”.

⁵⁷ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario n° 2.514 de 22-03-1989.

La Dirección del trabajo a dictaminado que este promedio de lo ganado en los últimos tres meses, debe obtenerse sumando todas las remuneraciones percibidas en el periodo señalado, y el total así obtenido se dividirá por el número de días que en el caso de que se trate representen efectivamente los últimos tres meses laborados, lo que dará el valor diario a pagar, el que deberá multiplicarse por el número de días de feriado que correspondan en cada caso particular⁵⁸.

Los principales casos de remuneraciones variables son el sistema de pago por “comisión” y “a trato” o “por pieza”.

La comisión es definida por el artículo 42 letra c) como: “El porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador”.

El sistema de remuneración “a trato” o “por pieza o faena” es aquel en que al trabajador se le paga según la cantidad de productos que elabore, es común en el rubro textil y de calzado.

Existen otros casos remuneraciones variables que se dan en el ejercicio de determinadas actividades económicas por ejemplo en la de los panificadores en que existe la “demasia”, que es un beneficio de que gozan estos trabajadores cuando exceden la tarea convenida, de modo distinto según se desarrolle en días normales, domingo o festivos y cuyo valor total se divide entre todos los trabajadores que concurrieron a elaborarla dentro del turno

⁵⁸ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario 4841/299 de 15-09-93.

correspondiente. Otro caso es el “bono de fundida”, que en las empresas mineras se paga a los trabajadores cuando se realizan las labores de fundición determinadas en el contrato respectivo.

Típico ejemplo de remuneración variable es el de los conductores de la locomoción colectiva quienes son remunerados con un porcentaje del valor de los “boletos cortados” o sea de los pasajes vendidos, estos casos son ejemplos de remuneraciones variables no establecidas por la ley sino que son convencionales, bastante difundidas en la práctica.

III.2.7.2.c) Remuneraciones mixtas.

El tercer caso es el de las remuneraciones mixtas, a ellas se refiere el inciso cuarto del artículo 71, que señala: “Si el trabajador estuviese remunerado con sueldo y estipendios variables, la remuneración íntegra estará constituida por la suma de aquél y el promedio de las restantes”.

Este caso es común en la práctica, ya que frecuentemente a un sueldo base fijo se le agregan determinadas remuneraciones variables, que suelen denominarse “bonos”, es el caso de los bonos por trabajo nocturno, de fundida, de producción, etc. Algunos de los cuales ya mencioné al referirme a las remuneraciones variables. En este caso como señaló la ley al sueldo base se sumará el promedio de las remuneraciones variables de los tres meses anteriores al feriado, debiendo cada una de estas categorías reunir los

requisitos señalados para ellas en los anteriores párrafos.

En todos los casos examinados se trate de remuneraciones fijas, variables o mixtas, se debe aplicar el inciso final del artículo 71 del código que establece: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponda efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra”, es el caso de gratificaciones, premios y otras prestaciones que deban ser pagadas en la fecha en que el trabajador está haciendo uso del feriado.

Un caso que fue motivo de pronunciamiento de la Dirección del Trabajo⁵⁹ se refirió a los vendedores de seguros, estos normalmente son remunerados con un sueldo base más una comisión, además se suele establecer que en caso de existir renovaciones o bien mientras se mantengan vigentes los seguros vendidos por el agente se pague un porcentaje de la prima a este, por lo tanto si se verifican estas renovaciones de seguros o pagos de primas durante el feriado, corresponderá que estas sumas correspondientes

⁵⁹Dirección del Trabajo, dictámenes ordinarios N° 4751/209 de 22-08-96 y N°5.424/250 de 25-08-1995

a comisiones diferidas sean pagadas al trabajador aún cuando este se encuentre haciendo uso de su feriado.

III.2.7.2.d) Reajustabilidad

El artículo 72 del código establece una norma que busca proteger la remuneración del trabajador que hace uso del feriado, buscando mantener su poder adquisitivo, para ello dispone lo siguiente: “Si durante el feriado se produce un reajuste legal, convencional o voluntario de remuneraciones, este reajuste afectará también a la remuneración íntegra que corresponde pagar durante el feriado, a partir de la fecha de entrada en vigencia del correspondiente reajuste”, esta norma, en términos similares, ya había sido establecida por el D.L. N° 851 de 1975, siguiendo el criterio de la Ley N° 16.744, sobre Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, que en el artículo 30 inciso 2°, estableció que los subsidios debían reajustarse conforme al alza que experimenten los sueldos y salarios, en virtud de lo dispuesto por las leyes o los convenios colectivos de trabajo.

Con esta norma se mantiene el poder adquisitivo del trabajador, evitando que su remuneración se vea disminuida, manteniendo asimismo el nivel de su remuneración acorde con el que tendría de haber permanecido en actividad.

III.2.8) CARÁCTER IRRENUNCIABLE DEL FERIADO ANUAL Y SU NEGOCIABILIDAD.

Al comienzo de este trabajo al ver las características del feriado anual vimos que una de las más importantes es el carácter de orden público del feriado, carácter originado por las finalidades perseguidas por esta institución, consecuencia de esto nos encontramos con que el derecho a feriado anual es irrenunciable, esto ha sido reconocido por la legislación chilena, en primer lugar como resultado del principio general establecido por el Código del Trabajo en su artículo 5º que dispone que “los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”, esto es reafirmado por el artículo 73 inciso primero que ordena “el feriado establecido en el artículo 66 no podrá compensarse en dinero”.

Estas son las reglas fundamentales respecto de este punto, que acogen los principios establecidos en el derecho laboral internacional por las Convenciones relativas a las vacaciones pagadas.

Sin embargo como suele ocurrir existen excepciones a este principio, como veremos a continuación, ya que en determinados casos se acepta que el feriado anual no sea gozado en forma efectiva por el trabajador y sea reemplazado por el pago de una suma de dinero, como en las situaciones que a continuación expondré.

III.2.8.1) Situación de los Artículos 68 y 73 del Código del Trabajo.

En primer lugar trataré el artículo 68 del Código del Trabajo, que se refiere al feriado progresivo que ya he examinado con anterioridad. Hemos visto que en el caso del feriado progresivo el trabajador que tiene diez o más años de trabajo para uno o más empleadores, continuos o no, adquiere el derecho a gozar de un día adicional de feriado por cada tres nuevos años de trabajo; a continuación la norma señala que “este exceso será susceptible de negociación individual o colectiva”. En este caso la ley acepta que el trabajador acuerde con el empleador la sustitución del goce efectivo de los días de feriado adicional a que tenga derecho.

Esta norma tiene como fundamento el que la ley considera que las finalidades perseguidas por el feriado anual son satisfechas suficientemente por el feriado básico de quince días, por ello si el trabajador no desea utilizar el día adicional la ley lo permite; el fundamento de esta disposición es comprensible pero aún así constituye una renuncia de un derecho laboral.

Con respecto a este punto el artículo 73 inciso final establece un límite a esta negociabilidad de los días que componen el feriado progresivo al disponer: “las sumas que se paguen por estas causas al trabajador no podrán ser inferiores a las que resulten de aplicar lo dispuesto en el artículo 71”, es decir no podrán ser inferiores a la remuneración íntegra.

Las otras situaciones en que la ley permite al trabajador aceptar

dinero en sustitución del derecho a vacaciones se encuentran tratadas por el artículo 73 del código del Trabajo.

En primer lugar el artículo 73 parte por establecer la regla básica de incompensabilidad del feriado anual por dinero y a continuación se establecen dos excepciones, la primera se encuentra en el inciso segundo del artículo 73 y se refiere a la indemnización compensatoria por el feriado no gozado por el trabajador que deja de pertenecer a la empresa y la segunda se encuentra en el inciso tercero del mismo artículo, referido al feriado proporcional.

El inciso segundo del artículo 73 dispone: “Sólo si el trabajador, teniendo los requisitos necesarios para hacer uso del feriado, deja de pertenecer por cualquier circunstancia a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido.” El fundamento de la norma es claro, ante una situación en que el trabajador ya no podrá hacer uso de su feriado debido a que ha dejado de pertenecer a la empresa solo queda la opción de pagar al trabajador lo que a este corresponde por este concepto.

A continuación el inciso tercero del artículo 73 dispone lo siguiente: “Con todo, el trabajador cuyo contrato termine antes de completar el año de servicio que da derecho a feriado, percibirá una indemnización por ese beneficio, equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha en que enteró la última anualidad y el término de sus funciones”, esta disposición tiene igual

fundamento que la anterior, en ambos casos la ley ante la imposibilidad de que el trabajador goce de sus vacaciones en forma efectiva acepta que se le pague al trabajador una suma de dinero.

En este caso el trabajador no ha completado aún el año de servicios requerido para tener derecho al total del feriado, por lo tanto ese derecho aún no nace, sin embargo la ley considera adecuado que se pague al trabajador una “indemnización por ese beneficio”, y el monto de esa indemnización debe ser “equivalente a la remuneración íntegra”, este concepto ya lo tratamos anteriormente, en este caso el trabajador no ha completado el año de servicios por ello esa indemnización debe ser calculada “en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha en que enteró la última anualidad y el término de sus funciones”, la Dirección del Trabajo ha determinado que el cálculo para determinar el feriado proporcional se realiza de la siguiente manera: se divide 15 días de feriado por 12 meses del año y el cociente restante es el factor 1.25, ese factor se multiplica por el número de meses que trabajó el dependiente y de esa manera se obtiene el feriado proporcional que corresponde al trabajador.

En los dos casos analizados, la indemnización compensatoria por las vacaciones no gozadas y el feriado proporcional, procede que sean pagadas cualquiera sea la causa que pone término a la relación laboral, en el primer caso la ley expresa claramente que procede cuando el trabajador deja de pertenecer a la empresa “por cualquiera circunstancia”, en el segundo caso no

lo expresa claramente pero es una situación similar, además el derecho a feriado proporcional es un derecho que “emana de del hecho de haber laborado para el empleador por un determinado tiempo, siendo un derecho laboral irrenunciable y es independiente de la declaración que se efectúa por el tribunal competente de que el despido ha sido justificado, declaración que solo priva al trabajador de la indemnización sustitutiva del aviso y de la indemnización por años de servicio”.⁶⁰

El inciso final del artículo 73, como hemos visto anteriormente, establece una regla aplicable a los tres casos recién vistas al disponer que “las sumas que se paguen por esas causas al trabajador no podrán ser inferiores a las que resulten de aplicar lo dispuesto en el artículo 71”, es decir no pueden ser inferiores a la remuneración íntegra que habría correspondido pagar en caso haber gozado efectivamente del feriado anual.

En virtud de los casos establecidos por el artículo 73 se presenta el problema, que ya traté respecto de la acumulatividad del feriado, de determinar cuantos feriados no gozados pueden ser indemnizados.

En este punto han existido opiniones divergentes tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y la doctrina.

La doctrina más aceptada en los tribunales ha sido que procede solo la compensación de feriados no gozados hasta el lapso de dos años habiendose cumplido lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento n° 969 de

⁶⁰ Corte Suprema, sentencia de 11 de Noviembre de 1993, Queja Rol N° 468.

1933, este artículo dispone: “cada empleado solicitará por escrito su feriado con un mes de anticipación, a lo menos para que el empleador determine la fecha en que lo concederá, y de lo cual este dejará testimonio en el duplicado de dicha solicitud, que quedará en poder del empleador”, por lo tanto cumplidos estos requisitos formales, si el empleador no otorga el feriado, procede la compensación en dinero hasta por dos periodos, esta norma se refiere a los empleados particulares, sin embargo por analogía se extendió esta norma a los obreros. Todo esto bajo la vigencia del código de 1931.

Posteriormente se impuso la tesis de que procedía compensar solo el año de que no se hizo uso en razón ser postergado por necesidades de la empresa y el feriado proporcional correspondiente a la última anualidad.

El exceso sobre estos dos periodos no puede ser compensado ya que se ha acogido mayoritariamente la tesis que sostiene que siendo el feriado una institución que persigue el descanso del trabajador, si este no lo usa no procede que se le indemnice con dinero ya que se estaría vulnerando la finalidad del feriado y se infringiría la norma de orden público que dispone que no es compensable en dinero.

Algunos tribunales han sostenido una tesis diversa sosteniendo que de no compensar la totalidad de los feriados no gozados por el trabajador, el empleador estaría obteniendo un enriqueciendo sin causa justa.

Al criterio anterior se suma el argumento que afirma que corresponde al empleador el velar por el cumplimiento de las normas protectoras del

trabajador, y es a él a quien corresponde otorgar el feriado, y su negativa permanente lo constituye en un infractor de la ley laboral, lo que no se puede traducir en un perjuicio para el trabajador.

En cuanto a la prescripción extintiva del artículo 480 del Código del Trabajo, existe jurisprudencia de la Corte Suprema de fecha 19 de junio de 1985 que sostiene que siendo el feriado anual incompensable en dinero mientras dura la relación laboral, el derecho a indemnización no nace sino hasta el término de la relación laboral y por lo tanto solo a partir de esta fecha procede el cómputo del plazo de la prescripción extintiva, por ello procedería indemnizar la totalidad del feriado no gozado mientras duró la relación laboral.

III.2.8.2) Alcance de la Expresión compensación.

El inciso segundo del artículo 73 al referirse a la indemnización que por concepto de feriado anual procede pagar al trabajador cuando este por cualquier causa deja de pertenecer a la empresa, habla de “compensarle” el tiempo que por concepto de feriado habría correspondido, la utilización de este vocablo generó una interesante observación por parte del señor Guido Machiavello⁶¹ quién analiza este punto y expone lo siguiente: el código usa la expresión compensación en el sentido que le da el diccionario, es decir, dar algo en resarcimiento de un daño, ya que no existe una compensación especial

⁶¹ Guido Machiavello, obra citada, pags. 351 y 352.

dentro del derecho laboral, pero no definió ni la “cosa”, ni el “daño”, por lo tanto el interprete debe definir a que corresponde.

A continuación el señor Machiavello sostiene que el feriado anual no es solo el transcurso de un tiempo, sino que es un periodo de desvinculación de las obligaciones laborales, en que existe pago de remuneración, de imposiciones, computo de los servicios para efectos de la antigüedad del trabajador en su trabajo, por lo tanto la ley al hablar de “compensar el tiempo” y no restringirlo a una indemnización equivalente a la remuneración íntegra que habría correspondido al trabajador, esta incluyendo todos estos aspectos, los que constituiría el daño y por lo tanto la cosa que se debe dar en compensación debería incluir todos los elementos del feriado (remuneración, antigüedad, vigencia del contrato) y no solamente la retribución.

III.2.9) EL FERIADO COLECTIVO.

Esta forma de conceder el feriado anual no estaba regulada en el Código de 1931, ni en las disposiciones reglamentarias correspondientes, por esto la Dirección del Trabajo señaló que para que procediese era necesario que todos los obreros se hubieran iniciado conjuntamente en la empresa, o bien que esta anticipase el feriado de aquellos que aun no habían adquirido ese derecho, porque de otra manera estos serían perjudicados, ya que el empleador estaría incumpliendo su obligación de proporcionar trabajo al dependiente porque no podría obligarlo a realizar labores diversas de las convenidas en el contrato.

La Dirección del Trabajo dictaminó que en caso de que existiesen trabajadores que tuviesen derecho a un feriado inferior al colectivo, el empleador no podrá obligarlo a compensar o devolver en horas extraordinarias el exceso, en el caso inverso del trabajador que tiene derecho a más días de feriado que aquellos que componen el feriado colectivo estos días en exceso se le debían sumar con anterioridad o posterioridad, ya que de lo contrario constituiría una renuncia de derecho laboral.⁶²

El DL 2200 se ocupó de regular esta materia en el artículo 81 que dispuso lo siguiente: “Los empleadores podrán determinar que en sus empresas o establecimientos, o en parte de ellos, se proceda anualmente a su cierre por

⁶² Dirección del trabajo, dictámenes ordinarios N°2610 de 12-04-1971; N°2651 de 13-04-1971, N°258 de 17-01-1972, N° 333 de 23-01-1973; N°4391 de 22-08-1974, N°3549 de 14-07-1977, citados en la obra DI 2200 por Ximena Gutierrez y otros, ya citado, pags. 188 y 189.

un mínimo de quince días hábiles para que el personal respectivo haga uso del feriado en forma colectiva. Este mínimo será de 25 días hábiles en las regiones a que se refiere el inciso 3º del artículo 72.

En este caso, deberá concederse el feriado a todos los trabajadores de la respectiva empresa o sección, aun cuando individualmente no cumplan con los requisitos para tener derecho a él, entendiéndose que a estos se les anticipa.”

La frase final del inciso primero referente al mínimo de 25 días fue suprimida por el artículo 1º nº52 de la ley 18.018 de 14 de Agosto de 1981, posteriormente la norma contenida no ha experimentado variaciones, manteniendo su texto sin alteraciones hasta la actualidad.

De esta manera los criterios sentados por la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo fueron recogidos por la actual normativa, continuando plenamente vigente la doctrina en ellas contenidas.

Este caso es el único en que es el empleador quien tiene la potestad para decidir unilateralmente la oportunidad en que se deben conceder las vacaciones, ya que se debe recordar que esta facultad corresponde al trabajador quien deberá pedir hacer uso de este derecho y el empleador debe concederlo considerando las necesidades del servicio.

III.2.10) TRABAJADORES SIN DERECHO A FERIADO.

Hemos visto que la regla general es todos los trabajadores tienen derecho al feriado anual, sin embargo todas las reglas tienen excepciones, a pesar de que en este caso es una excepción más aparente que real.

Dentro de la normativa del código de 1931 esta figura se encontraba regulada en el artículo 159 del Código del Trabajo, que se refería a los empleados particulares, estableciendo casi la misma norma actual, junto a ellos los únicos trabajadores que no tenían derecho a vacaciones eran los trabajadores a domicilio ya que de acuerdo al criterio sustentado por la Dirección del Trabajo no existía forma de controlar el número de días trabajados, posteriormente el DL 200 estableció la siguiente norma en su artículo 80:

“No tendrán derecho a feriado los trabajadores de las empresas o establecimientos, que por la naturaleza de las actividades que desarrollan, dejen de funcionar durante ciertos períodos del año, siempre que el tiempo de la interrupción no sea inferior al feriado que les corresponda de acuerdo a las disposiciones de esta ley y que durante dicho periodo hayan disfrutado normalmente de la remuneración establecida en el contrato”.

La anterior norma no ha experimentado variaciones, salvo el reemplazo de la expresión “esta ley”, por: “este código”.

De la lectura del artículo resulta claro que en este caso los objetivos

perseguidos por el feriado anual son obtenidos por un medio diverso que en la practica presenta mucha similitud con el feriado, por lo tanto la ley ha considerado innecesario otorgar este derecho a los trabajadores, además se ha tenido presente que no resulta conveniente establecer otra carga sobre el empleador que en la practica ya ha cumplido con la obligación de dar descanso remunerado al trabajador.

Al hablar del feriado y la suspensión de la relación laboral afirme que el feriado no es un caso de esta tal como ha sido entendida tradicionalmente, en cambio podemos ver que este caso en particular si constituye una forma de suspensión de la relación laboral en que el empleador por causas propias de la actividad económica a que se dedica, debe paralizar las labores y por lo tanto se encuentra en la imposibilidad de cumplir con su obligación de dar trabajo a sus dependientes, por lo que manteniendo vigente la relación laboral y su obligación de pagar la remuneración, (ya que de esto no es eximido), los trabajadores han sido liberados de la obligación de prestar sus servicios, de manera que en este caso se cumplen los supuestos de una verdadera suspensión de la relación laboral.

Los requisitos exigidos por la norma para que se pueda dar esta situación son los siguientes:

1)- La empresa o establecimiento debe dejar de funcionar en uno o más periodos del año.

La ley dice: "ciertos periodos", plural y por lo tanto pueden ser dos o

mas, ahora bien este fraccionamiento no debe ser excesivo porque en este caso ya no se cumplirían las finalidades de descanso, recreo y reincorporación a la vida familiar del trabajador, perseguidas por el feriado anual y por ende la norma carecería de su fundamento, ya que se estaría perjudicando al trabajador al privarlo del feriado, vulnerando los fines perseguidos por esta institución, lamentablemente la ley no establece límite alguno a estas interrupciones.

2)- El tiempo de la interrupción no debe ser inferior al feriado que les corresponda de acuerdo a las disposiciones del código.

En este punto surge la duda acerca de cómo se determina el feriado que les corresponde, ya que los trabajadores pueden tener derecho a feriados de diversa duración, así un trabajador puede tener derecho a un feriado anual de quince días y otro tener derecho a treinta y cinco días, en este caso la doctrina mayoritaria sostiene que el feriado debe tener la duración que corresponda a aquel trabajador que tenga el feriado más largo, es decir las interrupciones de las labores de las empresas o establecimientos deben ser iguales o superiores al periodo más extenso de feriado que corresponda a uno o más de los trabajadores.

Lo anterior debe ser así por cuanto no se puede limitar a los quince días del feriado básico, ya que al no tener derecho a feriado, aquellos trabajadores que tienen un feriado superior al básico serian perjudicados al no poder recuperar esos días adicionales, a diferencia de lo que ocurre en el caso del feriado colectivo.

3)-Durante las interrupciones de las labores de las empresas los trabajadores hayan disfrutado normalmente de la remuneración establecida en el contrato.

4)-Debe tratarse de empresas o establecimientos que por la naturaleza de las actividades que desarrollan. Esto puede darse en el caso de empresas agropecuarias, pesqueras, especialmente en las conserveras.

III.3) CASOS MÁS COMUNES DE CONFLICTO CON RELACIÓN AL FERIADO ANUAL

En esta sección pretendo revisar brevemente las situaciones que con mayor frecuencia se dan en la práctica, la mayoría de ellas han sido vistas al analizar los diversos aspectos de la regulación del feriado anual, por ello la examinaré brevemente.

III.3.1) Trabajador con derecho a feriado despedido antes de gozar de este.

Hemos visto que en este caso de acuerdo al artículo 73 inciso segundo procede que el empleador deba compensar al trabajador el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido.

III.3.2) Trabajador que es despedido antes de cumplir un año de servicios.

En este caso se aplica el inciso tercero del artículo 73 y se debe al trabajador por concepto de feriado proporcional una indemnización equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha en que enteró la última anualidad y el término de sus funciones.

III.3.3) Desahucio del trabajador durante el feriado.

En la práctica suele darse la situación consistente en que el empleador desahucia al dependiente mientras este está haciendo uso de su

feriado, al respecto el señor Guido Machiavello sostiene que “durante el feriado se produce una desvinculación del deber laborativo subordinado del trabajador y en dicho lapso el trabajador ha recuperado su libertad personal. Estimamos que el empleador no puede en dicho periodo alterar la desvinculación y el estado de libertad personal de que goza aquel. Consiguientemente para desahuciarlo deberá esperar su reincorporación a sus funciones.”⁶³

En este punto la Dirección del Trabajo ha sostenido un criterio diverso y ha considerado que “el hecho de haber solicitado el dependiente hacer uso del feriado anual no le impide al empleador darle el aviso del desahucio”⁶⁴, asimismo acepta que el trabajador haga uso del feriado durante el periodo de desahucio si este consiente en ello⁶⁵

Al respecto se debe tener presente que aunque el trabajador está eximido del deber de efectuar sus servicios personales, la relación laboral subsiste como si el trabajador estuviera efectuando sus servicios, es procedente que el empleador pueda darle el aviso de desahucio durante este periodo ya este no pone término inmediato al contrato y por lo tanto el derecho a feriado no es burlado en modo alguno.

⁶³ Guido Machiavello, obra citada, pag. 355.

⁶⁴ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario n° 4288 de 30-08-83

⁶⁵ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario n° 1111 de 24-05-82.

III.3.4) Feriado y licencia médica.

En este punto veré dos situaciones diversas:

La primera consiste en que ocurre en caso de encontrarse un trabajador haciendo uso de su feriado y es afectado por alguna dolencia que justifica la concesión de una licencia médica y la segunda se refiere al caso del trabajador que a hecho uso de licencia médica por un período prolongado y su derecho a feriado anual.

En el primer caso el trabajador al hacer uso del feriado ha sido liberado de prestar sus servicios al empleador, con el fin de que reponga las energías gastadas y se reintegre a su familia, realizando actividades recreativas que lo liberen de las tensiones y el cansancio acumulado, pudiendo desarrollar su personalidad y, además, protegiendo así su capacidad laborativa. La licencia médica tiene por finalidad fundamental que el dependiente recupere su salud para ello se lo libera de la obligación de prestar servicios personales, ahora bien la pregunta es: ¿se suspende el feriado anual por la interposición de una licencia?.

Las respuestas han sido diversas:

Inicialmente los tribunales y la Dirección del Trabajo consideraron que no era procedente suspender el feriado anual, ya que el trabajador no está obligado a asistir a sus labores durante ellas y por lo tanto no es necesario conceder licencia médica a fin que el trabajador se recupere de sus dolencias.

Este criterio ha sido acogido, en el ámbito administrativo, por la

Contraloría General de la República que en el Dictamen Ordinario N° 36.754, sostuvo que el objetivo fundamental que se persigue con el otorgamiento de la licencia médica es el de permitir que el servidor de que se trate pueda faltar a sus labores o reducir su horario de trabajo por un determinado lapso, hasta el restablecimiento de la salud, de manera que al estar el trabajador disfrutando del beneficio del feriado no está obligado a concurrir al lugar de trabajo, de modo que suspenderle este deber como consecuencia de su enfermedad implicaría establecer una ficción, consistente en entender que con anterioridad al otorgamiento de la licencia médica el funcionario a estado trabajando en circunstancias que en realidad no lo hacía.

Además del anterior argumento sostuvo que una característica esencial del feriado anual es su continuidad, de manera que una vez iniciado no puede interrumpirse por la ocurrencia de otro hecho, este argumento es criticable ya que la continuidad del feriado anual tiene por finalidad la protección del trabajador y asegurar que el feriado cumpla sus finalidades.

La Dirección del Trabajo acogió, en el ámbito privado, el criterio anterior en el Dictamen Ordinario N° 2081/122 de 18 de Abril de 1986, que en su esencia sostuvo: “no resulta jurídicamente procedente suspender el feriado anual de que está haciendo uso un trabajador por la circunstancia de sobrevenirle durante él una enfermedad que le confiere derecho a licencia médica”.

Este criterio fue modificado posteriormente en el Dictamen Ordinario n° 6256/279, de 09 de Octubre de 1995 que sostuvo que la finalidad del feriado anual es que el trabajador reponga sus energías gastadas, y cumpla sus fines recreativos, por tanto el goce de este beneficio debe realizarse en condiciones que permita el logro efectivo de estos fines establecidos por el legislador; si el trabajador está enfermo evidentemente no podrá cumplir esos fines, y estará utilizando el tiempo destinado al descanso anual en la recuperación de la salud, con lo que en definitiva se estará privando a aquel de un beneficio que le corresponde y que fue reconocido expresamente por la ley.

En virtud de los anteriores argumentos la Dirección del Trabajo consideró procedente que se suspenda el feriado anual de que esté haciendo uso un trabajador por la circunstancia de sobrevenirle durante este una enfermedad que le confiera derecho a licencia médica, criterio que se ha mantenido desde entonces.

En esta materia también existe un dictamen, el n° 3.515/188 de 10 de Junio de 1997, en que se aplica el criterio anterior al feriado anticipado, señalando que la circunstancia de haber otorgado el feriado en forma anticipada no altera las finalidades de este, de manera que la dolencia que padezca el dependiente le impedirá cumplir estas finalidades.

El segundo caso se refiere a la situación del trabajador que durante un espacio de tiempo prolongado a hecho uso del beneficio de la licencia médica, en este caso si este espacio de tiempo a sido superior a un año, ¿el

trabajador tiene derecho a feriado?, hemos visto que la ley solo exige que la relación laboral se mantenga vigente por el periodo de un año, no siendo necesario que se haya realizado trabajo en forma efectiva, por lo tanto es evidente que el dependiente tiene derecho a feriado anual, el que deberá ser solicitado una vez reintegrado este a sus labores, en este sentido se a pronunciado la Dirección del Trabajo⁶⁶.

⁶⁶ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario n°4962/152 de 16-07-91.

III.4) SITUACIÓN DE CIERTAS CATEGORÍAS DE TRABAJADORES

III.4.1) Trabajadores Docentes.

El texto legal que regula el régimen laboral de los docentes, es la ley N°19.070, de fecha 01 de Julio de 1991, denominado Estatuto Docente, cuyo texto fue refundido, coordinado y sistematizado por el DFL 2, del Ministerio de Educación, publicado el 22 de Enero de 1997, y posteriormente modificado por la ley 19.532 de 17 de noviembre de 1997.

El ámbito de aplicación del estatuto es determinado por su artículo 1° que dispone que quedarán afectos a él los profesionales de la educación que presten servicios en los establecimientos de educación básica y media, de administración municipal o particular reconocida oficialmente como asimismo en los de educación pre-básica subvencionados conforme al DFL 5, del Ministerio de Educación, de 1992, así como en los establecimientos de educación técnico-profesional administrados por corporaciones privadas sin fines de lucro, según lo dispuesto en el decreto ley 3.166 de 1980, como también quienes ocupan cargos directivos y técnicos-pedagógicos en los departamentos de educación municipal que por su naturaleza requieran ser servidos por profesionales de la educación.

Este estatuto establece en el título III normas relativas a la Carrera de los Profesionales de la Educación del Sector Municipal y dentro de este en el

párrafo III, artículo 41, dispone lo siguiente: “Para todos los efectos legales, el feriado de los profesionales de la educación que se desempeñen en establecimientos educacionales será el periodo de interrupción de las actividades escolares en los meses de Enero a Febrero o el que medie entre el termino del año escolar y el comienzo del siguiente, según corresponda” de esta manera el Estatuto Docente establece una norma especial respecto del feriado aplicable a los sujetos regidos por esta norma que son, de acuerdo al artículo 19 del Estatuto, los profesionales de la educación que se desempeñan en el sector municipal, los que ocupan cargos directivos y técnicos-pedagógicos en los organismos de administración de dicho sector, entendiéndose por tal aquellos establecimientos educacionales que dependen directamente de los Departamentos de Administración Educacional de cada municipalidad o de las Corporaciones Educacionales creadas por ellas o los que habiendo sido municipales son administrados por corporaciones educacionales privadas, de acuerdo con las normas establecidas en el DFL 1 de interior de 1980.

El inciso segundo del artículo 42 establece que durante dicha interrupción podrán ser convocados para cumplir actividades de perfeccionamiento u otras que no tengan el carácter de docencia de aula, hasta por un período de tres semanas consecutivas.

Durante este período que constituye el feriado especial de los docentes de este sector, disfrutaran de su remuneración íntegra de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 67 del Código, aplicable en virtud del carácter

supletorio del Código del Trabajo, existe jurisprudencia de la Dirección del Trabajo sobre este punto⁶⁷.

Debe resaltarse que el artículo 42 establece dos períodos correspondientes al feriado: los meses de Enero y Febrero o el período que medie entre el término del año escolar y el comienzo del siguiente, según corresponda”, de manera que si los establecimientos educacionales deciden iniciar el año escolar en el mes de Febrero como ha ocurrido en muchos establecimientos en los últimos años, no existe obstáculo para ello ya que no se vulnera el feriado de los docentes debido a la norma señalada⁶⁸.

Esta es la normativa aplicable al sector municipal, además el Estatuto docente contiene normas referentes a los docentes del sector particular en el Título IV “De los profesionales de la educación en el sector particular”, Párrafo II “de la celebración del contrato y de las modificaciones legales a este”, al respecto el artículo 78 establece “Las relaciones laborales entre los profesionales de la educación y los empleadores educacionales del sector particular, así como aquellas existentes en los establecimientos cuya administración se rige por el Decreto Ley N° 3.166 de 1980, serán de derecho privado y se regirán por las normas del Código del Trabajo y sus disposiciones complementarias en todo aquello que no esté expresamente establecido por este Título”.

⁶⁷Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N°2.445/112 de 24-04-94

⁶⁸ Dirección del Trabajo Dictamen Ordinario N°2.419/95

El Código del Trabajo contiene dos disposiciones que tienen importancia para los trabajadores docentes: los artículos 74 y 75.

Sabemos que el artículo 74 se refiere a los trabajadores que no tienen derecho a vacaciones, cuando por la naturaleza de las actividades que desarrollan, dejan de funcionar durante ciertos períodos del año y siempre que el período de interrupción no sea inferior al feriado que les corresponda de acuerdo a las disposiciones del Código del Trabajo, esta es precisamente una de las características de la actividad docente, porque esta suspende sus actividades durante el período comprendido entre el término de un año escolar y el comienzo del siguiente, que normalmente corresponde a los meses de Enero y Febrero, por lo tanto los docentes quedan comprendidos en esta norma, durante este periodo los docentes deben disfrutar de la remuneración establecida en el contrato, ya que este es uno de los requisitos del artículo 74 del Código del Trabajo.

El artículo 75 por su parte establece lo siguiente: “Cualquiera sea el sistema de contratación del personal docente de los establecimientos de educación básica y media o su equivalente, los contratos de trabajo vigentes al mes de diciembre se entenderán prorrogados por los meses de enero y febrero, siempre que el docente tenga más de seis meses continuos de servicio en el mismo establecimiento”, esta norma si bien no se refiere directamente al feriado tiene directa relación con él ya que es precisamente durante esta época en que normalmente, por estar suspendidas las actividades escolares, los docentes

disfrutan de sus vacaciones. Con esta disposición se persigue evitar que se ponga término a la relación laboral que vincula al docente con el empleador en este período y así no sea privado del derecho a feriado y de su remuneración, para ello la prórroga se produce por el solo ministerio de la ley.

Esta norma es reproducida por el artículo 82 del Estatuto Docente que dispone: “Todo contrato vigente al mes de diciembre se entenderá prorrogado por los meses de enero y febrero o por el período que medie entre dicho mes y el día anterior al inicio del año escolar siguiente, siempre que el profesional de la educación tenga más de seis meses continuos de servicios para el mismo empleador”

Debo observar que entre ambas normas existe una diferencia que consiste en que la norma del Código del Trabajo se refiere a los establecimientos de educación básica y media o su equivalente, en cambio la norma del Estatuto Docente no hace distinciones, y siendo este último la norma especial prevalece por sobre aquella, por lo tanto no se restringe a ese ámbito.

Los requisitos copulativos que debe reunir el docente para que se produzca la prórroga son:

- Que tenga contrato vigente al mes de Diciembre, es decir, entre el 1° y el 31 de dicho mes.
- Que haya prestado servicios continuos en el mismo establecimiento por un período superior a seis meses.

La expresión “establecimiento”, en el artículo 74 se refiere a la

empresa, institución o, en general, empleador que contrata los servicios del docente y no el recinto físico donde el profesor labora⁶⁹.

Esta norma no tiene por finalidad modificar el contenido de los contratos, sino que solamente mantener su existencia, prolongarlos por un periodo determinado con el fin de beneficiar al docente, evitando que este se vea privado de sus remuneraciones, pero no altera en nada la naturaleza del contrato de que se trate, así no transforma un contrato a plazo fijo en uno de plazo indefinido⁷⁰.

En cuanto a los Docentes del sector municipal no se les aplica el artículo 82, debido a su ubicación en el Estatuto Docente, por lo tanto a ellos se les debe aplicar supletoriamente la norma contenida el artículo 75 del Código del Trabajo, visto anteriormente.⁷¹

III.4.2) Trabajadores con Jornada Parcial.

A esta categoría de trabajadores se les aplican las normas generales del Código del Trabajo, ya que no reciben un tratamiento especial, y por lo tanto tienen derecho a feriado en las mismas condiciones que los trabajadores que se desempeñan en jornada completa, así lo resolvió la dirección del trabajo en Dictamen Ordinario N° 3135/186 de 23 de Junio de 1993.

⁶⁹ Sentencia de Corte de Ap. De Pdte, Aguirre Cerda de 23-11-88.

⁷⁰ Sentencia Corte Suprema de 21-01-87, causa Rol 3965.

⁷¹ Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N°3.203/159 de 23-05-1995

III.4.3) Trabajadores sujetos al Estatuto Administrativo.

En el ámbito de los funcionarios públicos se dan una serie de situaciones completamente diversas e incluso contradictorias con las normas que hemos visto rigen el feriado de los trabajadores en el ámbito privado.

El estatuto administrativo inicialmente estuvo conformado por el DFL n° 338 de 06 de Abril de 1960, este se refería al feriado en los artículos 88 y 89. El artículo 88 definía el feriado para efectos administrativos de la siguiente manera: "Se entiende por feriado el descanso a que tiene derecho el empleado, con el goce de sus remuneraciones, durante el tiempo y bajo las condiciones que más adelante se establecen".

El DFL N°338 fue reemplazado por la Ley N° 18.834 de 23 de Septiembre de 1989, que regula el feriado en los artículos 97 a 102, manteniendo casi inalterable la anterior regulación.

En base a estas normas la Contraloría General de la República ha emitido numerosos dictámenes sobre esta materia que presentan criterios muchas veces diversos de los sustentados por la Dirección del Trabajo.

En primer lugar el artículo 97 define el feriado para efectos del Estatuto de la siguiente manera (casi idéntica a la anterior):

"Se entiende por feriado el descanso a que tiene derecho el funcionario, con el goce de todas las remuneraciones durante el tiempo y bajo las condiciones que más adelante se establecen."

El artículo 98 se refiere a la extensión temporal del feriado, determinando en primer lugar que el feriado corresponderá a cada año calendario, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado donde se aplica el Código del Trabajo y en que se considera el plazo de un año pero contado desde la fecha del contrato o bien desde que se completó la última anualidad, esto es reafirmado por varios dictámenes de la Contraloría que afirman que el feriado constituye un derecho que se devenga anualmente, esto es, cada feriado dice relación directa con el respectivo año calendario⁷².

En cuanto a la duración del feriado se establecen una escala progresiva compuesta de tres categorías determinadas en base a la antigüedad del funcionario, de manera que será de 15 días hábiles para los funcionarios con menos de 15 años de servicios, de veinte días hábiles para los funcionarios con 15 o más años de servicios y menos de veinte, y de 25 días para los funcionarios con veinte o más años de servicios.

De esta manera el estatuto establece un sistema de Feriado Progresivo, similar al establecido por el Código del Trabajo. Para los efectos del feriado se considerarán los sábados como días inhábiles, y a fin de determinar los años trabajados por el empleado se computan aquellos trabajados como dependiente, en cualquier calidad jurídica, sea en el sector público o privado. Para ello basta que haya existido un vínculo laboral entre el funcionario y un empleador, sin que sea necesario que la prestación de los servicios haya sido

⁷²Dictámenes Contraloría N°17.509 de 1965;46.648 de 1980; 17.524 de 1990.

efectiva, debiendo computarse por lo tanto los períodos de suspensión de la relación laboral, incluyendo por ejemplo el periodo de conscripción militar.⁷³

En cuanto a la forma del ejercicio del derecho a feriado se encuentra regulado por el artículo 99 del Estatuto, que establece que el funcionario deberá solicitar hacer uso del feriado indicando la fecha en que hará uso de él, no pudiendo ser denegado discrecionalmente, de modo que es el funcionario el titular del derecho a fijar la época en que se hará uso del feriado.

Se faculta al jefe superior de la institución, al Secretario Regional Ministerial o al Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, para postergar o anticipar la época del feriado, siempre y cuando al hacer esto se cumpla el requisito de que este quede comprendido dentro del año respectivo, salvo que el funcionario en este caso pidiere expresamente hacer uso conjunto de su feriado con el que corresponda al año siguiente, de manera que se autoriza a acumular los feriados.

La acumulación de feriado es limitada, al igual que en el Código del Trabajo, a un máximo de dos periodos consecutivos de feriados, además la norma que acepta la acumulación es considerada excepcional y por lo tanto de interpretación restringida a solo el caso de postergación o anticipación del feriado por parte del superior respectivo⁷⁴.

⁷³ Dictamen Contraloría N°46.613 de 1977; 53.806 de 1969 y 21.522 de 1972

⁷⁴ Dictamen Contraloría N°17.524 de 1990 y N°4.064 de 06-02-1997.

A continuación de la anterior regla se establece que si el funcionario no hubiese hecho uso del periodo acumulado en los términos señalados en el inciso anterior, podrá autorizarse la acumulación al año siguiente, de la fracción pendiente de dicho feriado, siempre que ello no implique exceder en conjunto un total de 30, 40, o 50 días hábiles, según el caso, es decir no debe exceder el doble del feriado normal a que tenga derecho el funcionario.

En la materia señalada el actual estatuto protege de mejor manera el derecho a feriado del funcionario ya que brinda la opción de utilizar la fracción pendiente del feriado en caso de no solicitar la acumulación, que acabo de mencionar, que el DFL N° 338 no entregaba.

La Contraloría a estimado procedente la elaboración de calendarios determinando los lapsos dentro de los cuales se puede hacer uso del feriado con el fin de ordenar el uso de dicho beneficio sin perjudicar el funcionamiento del servicio, sin que ello implique la pérdida del beneficio si el trabajador no hace uso de este en aquella época, asimismo se a afirmado el criterio que sostiene que ni la antigüedad ni la calificación de un funcionario le dan algún derecho preferencial para determinar la época en que hará uso del feriado por sobre los otros funcionarios ⁷⁵

El artículo 99 inciso final del Estatuto faculta al funcionario para hacer uso del feriado en forma fraccionada, limitando este fraccionamiento en forma similar a la del Código del Trabajo, de manera que una de las fracciones no

⁷⁵Dictamen de la Contraloría N°9.091 de 1992 y N° 14.523 de 1993.

podrá ser inferior a diez días. La autoridad correspondiente autorizará dicho fraccionamiento de acuerdo a las necesidades del servicio.

El artículo 100 del Estatuto Administrativo se refiere a los funcionarios que no tienen derecho a feriado, en una norma muy similar a la contenida por el artículo 74 del Código del Trabajo, que dispone lo siguiente:

“Los funcionarios que se desempeñen en instituciones que dejen de funcionar por un lapso superior a veinte días de cada año, no gozarán del derecho a feriado, pero podrán completar el que les correspondiere según sus años de servicio. No regirá esta disposición para los funcionarios que, no obstante la suspensión del funcionamiento de la institución deban por cualquier causa trabajar durante ese periodo.”

De manera que el trabajador que tenga un feriado superior a la duración del periodo de suspensión tendrá derecho a feriado por el número de días correspondiente a la diferencia entre el periodo de suspensión y el tiempo de feriado a que tiene derecho.

El Estatuto también contempla normas especiales para los trabajadores que se desempeñan en regiones aisladas del resto del país, al respecto el artículo 101 dispone que los funcionarios que desempeñen sus funciones en las comunas de Isla de Pascua, de Juan Fernandez y de la Antártica, tendrá derecho a que su feriado se incremente en el tiempo que le demande el viaje hasta el continente y el de regreso a sus funciones.

También se establece que los funcionarios que residan en las

regiones de Tarapacá, Antofagasta, Aisén del General Carlos Ibañez del Campo, y de Magallanes y de la Antártica Chilena, y en las provincias de Chiloé y Palena de la Región de los Lagos, tendrán derecho a gozar de su feriado aumentado en cinco días hábiles, siempre que se trasladen a una región distinta de aquella en la que se encuentra prestando servicios.

De acuerdo a los dictámenes emitidos por la Contraloría referidos a la anterior norma, esta es de carácter excepcional, de manera que opera solamente una vez respecto de cada feriado anual, no pudiendo ser acumulado a un feriado posterior, de manera que si el funcionario hace uso de dos feriatos acumulados y se desplaza a una región diversa de aquella en que se encuentra prestando servicios no podrá acumular diez días sino que solamente los cinco días, asimismo se ha dictaminado que este derecho no está condicionado a que el funcionario haga uso de la totalidad del feriado fuera de la comuna o región en que trabaja⁷⁶.

El último artículo del Estatuto referido al feriado es el 102 que establece que el funcionario que ingrese a la Administración del Estado no tendrá derecho a hacer uso de feriado en tanto no haya cumplido efectivamente un año de servicio.

Debo destacar el hecho de que la ley habla de cumplir efectivamente un año de servicio, de manera que en este caso la ley exige que los servicios sean efectivos, no siendo suficiente la existencia del vínculo laboral como en el

⁷⁶ Dictámenes de la Contraloría N°4.351, 11.158, 24.807 de 1993, y 10.653 de 1962.

ámbito del Código del Trabajo, de esta manera lo ha entendido la Contraloría que señala que para estos efectos no se consideran los lapsos de periodos laborales sin goce de sueldo por no tener el carácter de servicios efectivos.

De esta norma la Contraloría a determinado que existe una situación diversa entre los funcionarios que llevan menos de un año y aquellos que llevan más de un año de servicios. Los funcionarios que se incorporan a la administración deben cumplir efectivamente un año de servicio, para lo que se consideran válidos todos los servicios que se hayan prestado a la Administración del Estado anteriormente sea en forma continua o discontinua, en cambio una vez cumplido el año de servicios efectivos por el funcionario, este podrá gozar del feriado en cualquier época dentro del respectivo año calendario, asimismo ya no se exige que la prestación de servicios sea efectiva.

Otra distinción que ha efectuado la Contraloría entre el funcionario antiguo y el que recién se incorpora es que si este cumple el año de servicios efectivos en una época cercana al 31 de Diciembre solo podrá hacer uso del feriado dentro del periodo comprendido entre la fecha en que cumple el año de servicios y el 31 de Diciembre aún cuando este lapso sea inferior al feriado que le corresponde y no se le reconoce derecho a postergar el feriado y por lo tanto a acumularlo con el del año siguiente.

A partir de este grupo de normas la Contraloría a elaborado una serie de dictámenes que como hemos señalado se apartan de los criterios generales seguidos por la doctrina y la jurisprudencia administrativa y judicial en el ámbito

de las relaciones laborales privadas.

Vimos al hablar de la procedencia de la suspensión del feriado por la interposición de una licencia médica que el criterio aceptado por la Dirección del Trabajo era aceptar la procedencia de la suspensión en cambio la Contraloría a determinado que las licencias médicas que abarcan todo o parte del periodo de feriado, no lo suspenden y solo valdrán como tales si se prolongan más allá del tiempo que dure el feriado, ya que se afirma que el feriado es un beneficio que debe ser continuo y por lo tanto no se puede interrumpir.

En el caso del funcionario que cesa en sus funciones sin haber gozado del feriado a que tenía derecho, la Contraloría a determinado que este se pierde sin que proceda el pago de una indemnización por este concepto, lo que es completamente contradictorio con el régimen del Código del Trabajo, el mismo criterio se aplica cuando concurre una causal de término de funciones respecto de un funcionario que está gozando de un feriado. Para fundamentar esto invoca la circunstancia de que no exista norma que permita compensar en dinero el feriado no disfrutado.⁷⁷

Al hablar de la extensión del feriado vimos que la Contraloría considera que el feriado se encuentra ligado al año calendario, de manera que si el funcionario no hace uso de su derecho en el curso del año correspondiente perderá el feriado sin derecho a indemnización como acabamos de ver, salvo que haya solicitado expresa y oportunamente la acumulación del feriado al año

⁷⁷Dictámenes de la C.G.R. N°25.475 de 1960;N°40.639,N°41.718,N°265,y N°28982 de1988.

siguiente, digo oportunamente porque la Contraloría a determinado que si el superior respectivo no tiene conocimiento de la solicitud de acumulación dentro del año, el trabajador perderá su derecho a feriado.

En cuanto a la remuneración del feriado, el funcionario conserva el goce de “todas sus remuneraciones”, aquí no se habla de “remuneración íntegra”.

Respecto de este punto vimos en el capítulo respectivo que la Jurisprudencia Administrativa considera que la remuneración de las horas extraordinarias no corresponde ser considerada para efectos del cálculo de la remuneración del feriado dentro del ámbito privado regido por el Código del Trabajo, en cambio la Contraloría General de la República a sostenido en el ámbito administrativo un criterio diverso sosteniendo que si el cumplimiento de las labores extraordinarias “constituye una modalidad permanente de desempeño del empleo y deriva de la naturaleza de las funciones que incumben a una repartición, que no puede paralizar su funcionamiento” debe considerarse su remuneración para efectos del pago de los feriados, licencias y permisos, “no en atención al carácter de extraordinario de dicho desempeño, sino debido a la naturaleza de remuneración que reviste el pago de la compensación y del recargo”.

El criterio anterior es aplicado al caso del funcionario que trabaja en horario nocturno o en días sábados, domingos y festivos, de manera regular y permanente, en esta situación cabe estimar que los recargos que percibe por

dicha razón constituyen parte integrante de sus remuneraciones permanentes, aunque no haya excedido la jornada semanal de 44 horas, de suerte que deben ser considerados para el pago de feriados licencia y permisos con goce de rentas⁷⁸.

Los funcionarios municipales se encuentran regidos por la ley 18.883 de 29 de Septiembre de 1989, en esta ley el feriado es tratado en los artículos 101 a 106, reproduciendo las mismas normas contenidas en la Ley 18.834 que constituye el Estatuto Administrativo examinado, por lo tanto también se han aplicado los mismos criterios por parte de la Contraloría.

III.4.4) Trabajadores agrícolas.

El Código del Trabajo se refiere a los trabajadores agrícolas en el Libro I, Título II de los Contratos Especiales, Capítulo II llamado Del Contrato de los Trabajadores Agrícolas, en el se establecen normas generales relativas a esta categoría de trabajadores determinando que estos son “los trabajadores que laboren en el cultivo de la tierra y a todos los que desempeñen actividades agrícolas bajo las ordenes de un empleador y que no pertenezcan a empresas comerciales o industriales derivadas de la agricultura. El reglamento determinará las empresas que revistan tal carácter”.

En estas normas el código no establece normas especiales

⁷⁸ Contraloría General, dictamen ordinario N°21.222 de 14-07-1995.

referentes al feriado, por lo tanto se aplican las normas generales, siendo aplicable el artículo 74 en aquellos casos en que se reúnan los requisitos señalados por dicha norma, que por la naturaleza de la actividad agrícola tiene mayor aplicación según los diversos casos.

III.4.5) Trabajadores Embarcados o Gente de Mar y Trabajadores Portuarios Eventuales.

Estas dos categorías de trabajadores se encuentran reguladas en el Libro I del Código del Trabajo, Título II, Capítulo III “Del Contrato de los Trabajadores Embarcados o Gente de Mar y de los Trabajadores portuarios Eventuales”, anteriormente hemos visto que estas categorías de trabajadores han sido materia de los convenios de la OIT N° 54 de 24 de Octubre de 1936, N°72 de 28 de Junio de 1946, el N°91 de 18 de Junio de 1949

Y el N° 146 de 29 de Octubre de 1976, también en la sección referente al Código de 1931 examine la regulación que a éstas categoría de trabajadores se daba en lo referente al feriado. En el Código de 1994 sí bien se destina un capítulo específico a esta materia, no establece normas especiales en cuanto al feriado y por lo tanto corresponde aplicar las normas generales, según las diversas situaciones que se dan en las actividades correspondientes.

III.4.6) Trabajadores remunerados exclusivamente por día.

A ellos se refiere el artículo 45 del Código del Trabajo, estableciendo su derecho a la remuneración de los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo periodo de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar legalmente durante la semana. En cuanto al feriado anual no se establecen normas específicas, por lo tanto se deben aplicar las normas generales, en cuanto al cálculo de la remuneración por el feriado se debería aplicar un criterio similar al que se acaba de señalar, debiendo excluirse del cómputo de la duración del feriado los días domingos, sábados y festivo

III.4.7) Trabajadores con contratos de duración de treinta días o menos.

Este tema es tratado por el artículo 44 inciso 4° del Código del Trabajo, que establece que en los contratos que tengan una duración de treinta días o menos, se entenderá incluido en la remuneración que se convenga con el trabajador todo lo que a este debe pagarse por feriado y demás derechos que se devenguen en proporción al tiempo servido.

III.4.8) Personal Médico y Paramédico vinculados a rayos X y Radioterapia.

El artículo 1° de la Ley N° 15.778 de treinta de Octubre de 1964, establece que el personal médico y paramédico que trabaja en los servicios de rayos x, radioterapia, en entidades fiscales, semifiscales, de administración autónoma, en institutos de radiología, o en instituciones particulares, cualquiera que fuere la naturaleza jurídica o la forma de organización de estas, goza de derecho a disfrutar de un feriado legal de treinta días hábiles en Verano y de quince días hábiles en invierno.

IV) EL FERIADO EN EL DERECHO COMPARADO

En este capítulo examinaré en términos generales la legislación relativa al tema que existe en los principales países de Hispanoamérica, debido a que ellos forman una comunidad con cultura, desarrollo social y económico con ciertos grados de semejanza, además trataré la legislación cubana a fin de conocer la situación del feriado en un país con sistema socialista y asimismo me referiré a la legislación española por ser el país desarrollado con mayores vínculos con nuestro país, y con Hispanoamérica en general.

Los países de Sudamérica que escogí para este análisis son Argentina, Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Colombia, Paraguay, Uruguay y México además de los ya mencionados Cuba y España.

Esto con la finalidad de conocer las diferentes soluciones que se ha dado a la necesidad de brindar un lapso de descanso a los trabajadores, reintegrándolos a su núcleo familiar y preservando su capacidad laborativa; en definitiva como desarrollar de mejor manera el feriado como herramienta para proteger el principal recurso de una nación que son sus trabajadores.

Examinaré como los diversas principios o características del feriado encuentran o no una consagración en los diversos textos positivos nacionales, de manera de obtener una visión global de la regulación del feriado anual en el ámbito Hispanoamericano.

IV.1)-Extension temporal del feriado

Sabemos que en nuestro país el feriado es de quince días hábiles, considerándose para estos efectos el día Sábado como inhábil, existiendo un sistema de incremento progresivo según los años de servicio que a prestado el dependiente, de manera que se incrementa en un día adicional por cada tres años de servicio superados que sean los diez años de antigüedad, en cambio en los otros países existen sistemas diversos.

En Argentina la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, que es la ley general en el ámbito laboral privado, establece en su artículo 150 que el trabajador tendrá derecho a un " período mínimo y continuado de descanso anual remunerado", a continuación establece la duración del feriado en al siguiente escala progresiva: 14 días corridos cuando la antigüedad en el empleo no exceda de cinco años, 21 días cuando la antigüedad es superior a cinco años pero menor de diez, 28 días cuando la antigüedad excede de 10 años pero es inferior a veinte y será de 35 días cuando la antigüedad exceda de veinte años. El inciso final del artículo 150 establece que para determinar la extensión de las vacaciones atendiendo a la antigüedad en el empleo, se computará como tal aquella que tendría el trabajador al 31 de Diciembre del año al que correspondan las mismas.

En Venezuela la Ley Orgánica del Trabajo, establece en el Título IV, Capítulo V, "De las vacaciones", artículo 219, que el trabajador "cuando cumpla

un año de trabajo ininterrumpido para un patrono, disfrutará de un periodo de vacaciones remuneradas de quince días hábiles”, a continuación establece un sistema de aumento progresivo consistente en adicionar un día remunerado por cada año de servicio hasta un máximo de quince días hábiles, sistema muy similar al chileno pero más favorable al trabajador en cuanto el incremento es más rápido aunque limitado a un máximo de treinta días hábiles.

En Colombia el Código Sustantivo del Trabajo adoptado por Ley N°141 de 1961, establece en el Título VII de los Descansos obligatorios, Capítulo IV, de las Vacaciones Anuales Remuneradas, artículo 186 la duración de las vacaciones, disponiendo que los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año, tienen derecho a quince días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas, este es el feriado general, además establece un feriado especial a que tienen derecho los profesionales y ayudantes que trabajan en establecimientos privados dedicados a la lucha contra la tuberculosis, y los ocupados en la aplicación de rayos X, tienen derecho a gozar de quince días de vacaciones remuneradas por cada seis meses de servicios prestados.

En México la Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 01 de Abril de 1970, dispone en su artículo 76 que los trabajadores que tengan más de un año de servicios disfrutarán de un periodo anual de vacaciones pagadas, que en ningún caso podrá ser inferior a seis días laborables, y que se aumentará en dos días laborables, hasta llegar a doce, por

cada año subsecuente de servicios, pero después del cuarto año la progresividad se modifica de manera que se incrementa en dos días pero luego de cada cinco años de servicios. Como vemos en el caso mexicano el feriado es bastante reducido, si bien la progresividad permite incrementarlo rápidamente en los primeros cuatro años de servicio, aún así siguen en un pie inferior a las otras naciones que hemos visto, siendo uno de los sistemas más desfavorables para los trabajadores.

En Ecuador el Código del Trabajo de 1997, establece en el Título I, capítulo V, Párrafo 3°, artículo 69, que todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables, este es el feriado básico, que como vemos es el que corresponde al lapso promedio del feriado que rige en los diversos países.

Se establece un régimen de progresividad consistente en que el trabajador que hubiere prestado servicios a un mismo empleador o empresa por más de cinco años, tendrá derecho a un día adicional por cada uno de los años excedentes, estos días adicionales no podrán exceder de 15, salvo que las partes, mediante contrato individual o colectivo, convinieren en ampliar tal beneficio.

Establece además un régimen de vacaciones especiales para los trabajadores menores de 16 años que tendrán derecho a veinte días de vacaciones y los mayores de 16 y menores de 18 tendrán derecho a 20 días de vacaciones anuales

En Paraguay el feriado anual es regulado por el Libro II, Título III, del Código del Trabajo promulgado por la ley N° 213 de 29 de Octubre de 1993, que en cuanto a su duración dispone en el artículo 218 que todo trabajador tiene derecho a un periodo de vacaciones remuneradas después de cada año de trabajo continuo al servicio de un mismo empleador, cuya duración mínima será de doce días corridos para los trabajadores con hasta cinco años de antigüedad, dieciocho días corridos para aquellos que tienen más de cinco y hasta diez años de antigüedad y treinta días corridos para aquellos que tengan más de diez años de antigüedad.

En Uruguay el feriado anual se encuentra regulado por la ley N° 12.590 de 23 de Diciembre de 1958, que amplía y modifica el régimen de vacaciones remuneradas para los empleados y obreros de las actividades privadas; la ley N° 13.556 de Octubre de 1996, que complementa y modifica la anterior y el DL N° 14.328 de 19 de Diciembre de 1974, debiendo también considerarse la Ley N°14.785 que dispone normas relativas a los trabajadores agrícolas, de acuerdo a esta legislación todos los trabajadores contratados por particulares o empresas privadas de cualquier naturaleza, incluso los trabajadores del servicio doméstico, tienen derecho a un feriado anual (en este país se habla de “licencia”) remunerado de 20 días como mínimo, estableciendo un mecanismo de aumento progresivo consistente en que si el trabajador tiene más de 5 años de servicios en la misma empresa, aunque ésta haya cambiado

una o más veces de propietario, tiene derecho a un día complementario de licencia por cada cuatro años de antigüedad.

En Perú de acuerdo a la Síntesis de la Legislación Laboral aprobada por la Resolución Ministerial N° 058-97-TR, de 07 de Julio de 1997, que contiene las principales disposiciones vigentes en la materia, los trabajadores tienen derecho a un feriado de “treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios”.

En Bolivia la Ley General del Trabajo, de 12 de Agosto de 1943, establece en el artículo 44 la siguiente escala de vacaciones: para los trabajadores que tienen de uno a cinco años de trabajo se les concede 15 días hábiles de vacaciones; para los trabajadores con cinco a 10 años de trabajo, 20 días hábiles y de diez años en adelante, 30 días hábiles.

En Cuba el artículo 88 del Código del Trabajo, de 28 de Diciembre de 1984, establece que los trabajadores tienen derecho al disfrute de un mes de vacaciones pagadas por cada once meses de trabajo efectivo, “el mes de vacaciones se considera de treinta días naturales”.

En España el Estatuto de los Trabajadores, dispone en el artículo 38 n°1 que el feriado anual será el pactado en el convenio colectivo o contrato individual, es decir en principio deja esto a la libre disposición de las partes de la relación laboral pero a continuación establece un mínimo “en ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales”.

IV.2) - Requisitos para ejercer el derecho a Feriado Anual

A continuación veremos que los requisitos son semejantes en los diversos países, consistiendo fundamentalmente en que el trabajador cumpla con un determinado periodo de servicios, lo que veremos a continuación.

En nuestro país el requisito básico es que el trabajador haya prestado servicios durante un año, sin que para esto se exija que el trabajo sea efectivo sino que basta que durante ese lapso de tiempo exista una relación laboral.

En Argentina el artículo 151 de la Ley N° 20.744, establece que el trabajador deberá haber prestado servicios durante la mitad, como mínimo, de los días hábiles comprendidos en el año calendario o aniversario respectivo, para estos efectos se deberá computar como hábiles los días feriados en que el trabajador debiera normalmente prestar servicios, el inciso final establece que para gozar de este beneficio no se requerirá antigüedad mínima en el empleo, por lo tanto se exige prestar servicios efectivos, esto se complementa con el artículo 152 que determina 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 por una enfermedad inculpable o por infortunio (accidente laboral) en el trabajo o por otras causas no imputables al mismo.

El requisito exigido por la ley venezolana es semejante al chileno pero con algunas diferencias, ya que se requiere que el trabajador cumpla un año de

trabajo ininterrumpido para su patrono, por lo tanto se trata de trabajo efectivo y continuo, el artículo 232 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, establece que no se considerará interrupción de la continuidad del servicio del trabajador para efectos del feriado, la inasistencia al trabajo por causa justificada, considerándose como tal para estos efectos, la ausencia debida a enfermedad o accidente o a otras causas debidamente comprobadas, sin embargo el mismo artículo dispone que la concesión de la vacación anual podrá ser pospuesta por un período equivalente a la suma de los días que no hubiere concurrido justificadamente a sus labores.

El Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, artículo 186 n°1, exige como requisito que el trabajador preste servicios durante un año sin mayores exigencias, por lo tanto sigue el criterio de los códigos de Chile, Venezuela, México, Paraguay y Ecuador, como veremos a continuación, pero además establece en el N°2 del mismo artículo un tratamiento especial para los profesionales y ayudantes que trabajan en establecimientos privados dedicados a la lucha contra la tuberculosis y los ocupados en la aplicación de rayos X, quienes gozarán de quince días de descanso remunerados por cada seis meses de servicios prestados.

En México la Ley Federal del Trabajo, artículo 76, exige que el trabajador cumpla un año de servicios, sin establecer mayores requisitos, lo que la acerca a nuestra normativa, asimismo el artículo 77 establece que los trabajadores que presten servicios discontinuos y los de temporada tendrán

derecho a un periodo anual de vacaciones proporcional al número de días trabajados en el año.

El Código del Trabajo de Ecuador, en el artículo 69 solo se refiere a que el feriado debe concederse anualmente, por lo tanto basta que el trabajador cumpla con el requisito de laborar un año.

En Paraguay se sigue el mismo criterio ya que requiere que el trabajador haya prestado un año de servicio continuo a un mismo empleador, disponiendo el artículo 218 inciso tercero del Código del Trabajo de Paraguay que la continuidad se determinará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 92 letra C del código. Este artículo dispone que la continuidad del trabajo no se considera interrumpida por enfermedad, licencia, vacaciones, huelgas, paros legales y otras causas que según el código paraguayo no ponen término al contrato de trabajo, por último el inciso final del artículo 218 determina que “será absolutamente nula la cláusula del contrato de trabajo que tienda a interrumpir la continuidad de los servicios prestados o por prestarse”.

Con el fin de no perjudicar a los trabajadores que efectúan labores en que el trabajo no se efectúa con regularidad todo el año, el artículo 219 del código paraguayo establece que se considerará cumplida la condición de continuidad en el servicio, cuando el interesado haya trabajado durante un mínimo de 180 días en el año y además se establece respecto de los trabajadores contratados a destajo, que cuando estos hayan devengado el

importe mínimo de ciento ochenta salarios, percibirá el importe de las vacaciones proporcionales al tiempo trabajado.

En Uruguay se exige que el trabajador haya computado un año de trabajo, 24 quincenas o 52 semanas de labor, cumplidos con uno o más patronos, de acuerdo al artículo 4° inciso primero de la Ley N°12.590. Además se faculta al Poder Ejecutivo para “establecer, en determinados gremios, ejercicios distintos del año civil, cuando convenga a las necesidades del servicio de licencia”.

En Perú se exige que el trabajador haya prestado servicios a lo menos por un año completo pero además a esto se agregan otros requisitos: en primer lugar que labore una jornada ordinaria mínima de cuatro horas y en segundo lugar que dentro del año haya prestado un determinado tiempo de servicios que se determina según una escala basada en la distribución de la jornada de trabajo del dependiente, escala que en la Síntesis de la Legislación Laboral es llamada “récord”, y que es la siguiente:

- Trabajadores con jornada ordinaria de 6 días a la semana: deben haber realizado labor efectiva por lo menos 270 días en el año.

- Trabajadores con jornada ordinaria de 5 días a la semana: deben haber realizado labor efectiva de por lo menos 210 días en el año.

- En aquellos casos en que el plan de trabajo se desarrolle en solo cuatro o tres días a la semana o bien sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán

derecho a las vacaciones, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho periodo.

En Bolivia no se establecen requisitos especiales, bastando que el trabajador se haya desempeñado a lo menos un año en sus labores, de acuerdo al artículo 44 de la Ley General del Trabajo.

Con relación a lo anterior el Reglamento de la Ley General del Trabajo, contenido en el Decreto de 23 de Agosto de 1943, establece en el artículo 33 que las ausencias injustificadas del trabajador podrán ser imputadas por el patrón a las vacaciones de este cuando superen los doce días, esto si bien no constituye explícitamente un requisito para ejercer el derecho a vacaciones se transforma en un factor limitante de estas, ya que se traduce en que el trabajador no debe acumular ese número de faltas injustificadas, ya que en ese caso será prácticamente privado de sus vacaciones.

En Cuba el artículo 88 del Código del Trabajo dispone que para gozar de vacaciones el trabajador debe realizar once meses de trabajo efectivo, por su parte el artículo 90 dispone que las ausencias al trabajo por enfermedad, accidente u otra causa interrumpen el cómputo del tiempo que da derecho a las vacaciones pagadas, el que se reanuda una vez que el trabajador se reintegra efectivamente al trabajo.

En España el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores solo se refiere al feriado anual, sin imponer requisitos específicos, por lo tanto la regla básica es que el trabajador preste servicios por un año.

En los anteriores párrafos se ha observado que los requisitos exigidos por las diversas legislaciones para que el trabajador tenga derecho a feriado consisten normalmente en que el dependiente cumpla un determinado lapso de servicio que es de un año, siendo la única variante el que en algunos países se requiere que dentro de ese lapso se haya realizado trabajo efectivo y en otros basta que exista la relación laboral.

En la primera situación se plantea el problema de que ocurre con el trabajador que dentro del año no consigue acumular el tiempo de trabajo necesario para tener derecho a feriado anual, en este caso las diversas legislaciones establecen la posibilidad de que el trabajador haga uso de un feriado menor proporcionado al tiempo de trabajo que acumuló. A continuación veremos las distintas soluciones que se han dado a este problema.

En Argentina el artículo 153 de la ley 20.744 establece que si el trabajador no llega a completar el tiempo mínimo de trabajo previsto en el artículo 151 (mencionado al hablar de los requisitos), gozará de un período de descanso anual, que consistirá en un día de descanso por cada veinte de trabajo efectivo, este mismo criterio se aplica a los trabajadores que presten servicios discontinuos o de temporada, los que tendrán derecho a un feriado anual concluido que sea cada ciclo de trabajo, graduándose la duración de estas de acuerdo a la regla vista.

En Uruguay se establece en el inciso 2° del artículo 4° que en el caso de los trabajadores que no puedan computar, dentro del año civil, el

número de meses, quincenas o semanas que se les exige, se les otorgará los días que puedan corresponderles, “por el tiempo en que generen derecho a licencia hasta el 31 de Diciembre de cada año”.

En Perú se exige determinados lapsos de trabajo según una escala ya comentada, si el trabajador no cumple con esos lapsos el trabajador no tiene derecho a feriado.

En Cuba hemos visto que el trabajador debe haber laborado once meses antes de adquirir el derecho a vacaciones por lo tanto debe llegar a totalizar ese tiempo, mientras tanto no tendrá derecho a vacaciones, salvo que el trabajador por la índole de la actividad que desempeña u otras circunstancias no labora once meses, en este caso tiene derecho a vacaciones pagadas de duración proporcional al tiempo trabajado.

En las demás naciones vemos que se requiere solamente el cumplimiento del plazo manteniendo el vínculo laboral sin que sea necesario el trabajo efectivo, así en Chile basta se cumpla el año de existencia de la relación laboral, lo mismo ocurre en España, Ecuador , Venezuela y Colombia. Hemos visto que en México se exceptúa a los trabajadores que prestan servicios discontinuos y de temporada, que como vimos tienen un sistema especial, sucediendo algo similar en Paraguay en que los trabajadores que se desempeñan en actividades que por su naturaleza no se realizan regularmente en el año y aquellos contratados a destajo también gozan de un tratamiento legal diverso.

IV.3)- Formalidades para solicitar el uso del beneficio y oportunidad de su concesión.

Las formalidades y la oportunidad para hacer uso efectivo del feriado por parte del trabajador son diversas, veremos que en algunas naciones se dan mayores atribuciones a los empleadores para determinar la forma y oportunidad del uso de las vacaciones, en cambio en otros esto es determinado principalmente por el trabajador.

Partiendo por nuestro país sabemos que la ley regula solo parcialmente la concesión del feriado, señalando que se debe conceder preferentemente en primavera o verano; norma que está establecida en beneficio del trabajador que si lo desea puede renunciar a ella.

Corresponde al trabajador solicitar el uso del feriado, determinando la fecha en que desea hacer uso del beneficio que puede ser modificada por el empleador sólo si las necesidades de la empresa así lo hacen necesario.

En Argentina la ley 20.774, artículo 154, señala como norma general que las vacaciones deben ser otorgadas en el período comprendido entre el 1° de Octubre y el 30 de Abril del año siguiente, quién determina la fecha dentro de este período es el empleador el que debe comunicar la fecha de inicio de las vacaciones al trabajador con una anticipación no menor a 45 días, quedando siempre la posibilidad de que a través de convenciones colectivas se establezcan sistemas distintos. Para otorgar el feriado en un período distinto del señalado se requiere la autorización de la autoridad de aplicación, que podrá

hacerlo por resolución fundada cuando así lo requiera la característica especial de la actividad de que se trate.

La ley argentina parte de la idea de que las vacaciones se otorgan en forma simultánea a todos los trabajadores ocupados por el empleador en el establecimiento, lugar de trabajo, sección o sector donde se desempeñan, si esto no ocurre y se acuerdan individualmente o por grupo, el empleador debe proceder de forma tal que a cada trabajador le corresponda hacer uso del feriado por lo menos en una temporada de verano cada tres periodos, de acuerdo al inciso final del artículo 154 de la ley 20.774.

Por último el artículo 157 de la ley señalada establece que si vencido el plazo para efectuar la comunicación al trabajador de la fecha de inicio de sus vacaciones, el empleador no la hubiere practicado, el trabajador podrá, previa notificación fehaciente de ello, hacer uso de este derecho de modo que aquellas concluyan antes del 31 de Mayo.

En Venezuela el artículo 230 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone que la época en que el trabajador hará uso de su vacaciones será fijado por convenio entre el trabajador y el patrono, pero si no llegan a acuerdo, fijará la fecha el Inspector del trabajo, en todo caso no podrán ser pospuestas más allá de seis meses a partir de la fecha en que nació el derecho, salvo que se efectúe una acumulación de feriado. Por último la norma señala que los trabajadores con responsabilidades familiares tendrán preferencia para que sus vacaciones

coincidan con las de sus hijos, según el calendario escolar, además el empleador tiene la obligación de llevar un “Registro de Vacaciones”.

En Colombia el Código Sustantivo establece en el artículo 187 en su numeral 1) que la época de las vacaciones debe ser señalada por el patrono a mas tardar dentro del año subsiguiente a aquel en que se adquirió el derecho, debiendo ser concedidas oficiosamente por el empleador o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.

El número 2 del artículo 187 establece que el empleador debe dar a conocer al trabajador con una anticipación de quince días la fecha en que le concederá las vacaciones, por último se establece la obligación del patrono de llevar un registro especial de vacaciones, en que se anotará la fecha de ingreso del trabajador, la fecha en que hace uso de sus vacaciones, fecha de término de estas y la remuneración percibida por estas.

La Ley Federal del Trabajo de México sigue un criterio similar, disponiendo en el artículo 81 que las vacaciones deberán concederse a los trabajadores dentro de los seis meses siguientes al cumplimiento del año de servicios, debiendo lo empleadores entregar anualmente a los trabajadores una constancia que contenga su antigüedad y de acuerdo con ella el período de vacaciones que les corresponda y la fecha en que deberán disfrutarlo.

El Código del Trabajo de Ecuador en el artículo 73 establece que el período en que el trabajador comenzará a gozar de las vacaciones debe constar en el contrato, si esto no es así o no existe contrato, el empleador

deberá dar a conocer al trabajador con tres meses de anticipación, el período en que le concederá la vacación, por lo tanto la facultad de determinar la época de uso de las vacaciones termina recayendo en el empleador, además el artículo 74 concede al empleador la facultad de negar el feriado al trabajador en un año, cuando se trate de labores técnicas o de confianza para las que sea difícil reemplazar al trabajador por corto tiempo, debiendo en este caso acumularla a la del año siguiente, si en este caso el trabajador sale del servicio sin usar las vacaciones tendrá derecho a las remuneraciones correspondientes a las no gozadas con el ciento por ciento del recargo.

En Paraguay el artículo 222 de su Código del Trabajo establece que corresponde al empleador determinar la época del feriado, pero debe hacer esto a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que tiene derecho a vacaciones, debiendo ser concedidas estas oficiosamente por el empleador o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso, pudiendo establecer turnos para ello si no desea cerrar el establecimiento, es decir, otorgar feriado colectivo. El empleador debe dar a conocer por escrito, con una anticipación de 15 días, la fecha en que se le concederán las vacaciones.

El artículo 223 establece que si las vacaciones son otorgadas después del plazo, el empleador deberá pagar al trabajador el doble de la respectiva remuneración, sin perjuicio del descanso.

Por último el artículo 226 establece la obligación del empleador de llevar un registro de vacaciones en que se anote fecha, duración y remuneración de las vacaciones, de lo contrario se presumirá, salvo prueba en contrario, que las vacaciones no han sido otorgadas.

En Perú la Síntesis de la Legislación Laboral no establece formalidades especiales para el otorgamiento del feriado, solo establece sanciones para el caso que el trabajador no disfrute de este dentro del año siguiente a aquel en el que se adquiere el derecho, por lo tanto se desprende de esta disposición que ese es el plazo para otorgar el derecho a vacaciones; si no se conceden el trabajador percibirá una remuneración por el trabajo realizado, una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado y una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso.

En Bolivia el Reglamento de la Ley General del Trabajo se limita a señalar que las vacaciones serán gozadas de acuerdo al sistema de turnos que establezca el empleador.

En Uruguay la ley N°12.590, sigue el mismo criterio al establecer en el artículo 7° que la licencia debe hacerse efectiva dentro del año, a contar del vencimiento del último periodo de trabajo que generó el derecho, por su parte el artículo 5° de la misma ley dispone que todo patrono deberá comunicar al Instituto Nacional del Trabajo y Servicios Anexados, las fechas en que sus trabajadores gozarán de licencia anual, dejando al reglamento que debía

dictarse la regulación de las demás formalidades y determinando que sería el poder Ejecutivo quién debería establecer los requisitos a que se sujetarían los empleadores para fijar la fecha en que se otorgaría el feriado, especialmente en caso de licencias colectivas.

En Cuba el artículo 91 del Código de Trabajo establece que el tiempo en que se hará uso del feriado anual se organiza y programa por la administración de la entidad laboral, oído el parecer de la entidad sindical y conforme con los requerimientos de la producción o los servicios, pudiendo otorgar el feriado por períodos de 30, 20,15, 10 o 7 días, lo que involucra que las vacaciones, que teóricamente son de un mes, son fraccionables por voluntad de la administración de la entidad laboral que en este caso asume el papel del empleador, además se faculta a esta administración para considerar discrecionalmente, a solicitud del trabajador, como de vacaciones pagadas las ausencias de los trabajadores por cuestiones personales impostergables.

Como contrapartida a las facultades que se dan a la administración de la entidad laboral se establecen algunas reglas para la concesión del feriado, en primer lugar se establece la obligación de la administración de la entidad laboral de conceder vacaciones pagadas una vez transcurrido el período acumulativo programado que da derecho a su disfrute, en segundo lugar deben comenzar a disfrutarse en período laborable, en tercero se deben disfrutar dentro del año de trabajo, pero pasado este no se acumulan en tiempo, ni tampoco en su expresión económica.

También se faculta a la administración de la entidad laboral para posponer el disfrute del feriado por un término que no exceda de seis meses, esto tiene que notificarse por escrito al trabajador, los requisitos para que proceda la posposición es que transcurrido el tiempo acumulado para disfrutar del feriado surjan circunstancias excepcionales que demanden la permanencia del trabajador en su actividad, además se debe oír a la entidad sindical y contar con la autorización de la entidad administrativa superior. Esta posposición acumula días y salarios para un nuevo periodo vacacional.

La Administración de la entidad laboral en caso de posposición del descanso tiene que garantizar que el trabajador disfrute de no menos de siete días de vacaciones pagadas dentro del año de trabajo, sin embargo como veremos más adelante esta posposición se puede traducir en que el trabajador no goce de las vacaciones y estas le sean compensadas en dinero

En España el artículo 38 n°2 establece que el período en que se disfrutará de las vacaciones se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, según lo que establezcan los convenios colectivos sobre planificación anual de vacaciones, en caso de desacuerdo, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda, en procedimiento sumario y preferente, y su decisión será inapelable. Además en cada empresa se debe establecer un calendario de vacaciones.

IV.4)- Irrenunciabilidad del feriado y posibilidad de compensarlo en dinero.

Una característica o principio del feriado anual es su irrenunciabilidad, esta característica tiene como consecuencia que el feriado no es compensable en dinero, si bien existen casos excepcionales en que la ley permite que esto ocurra. Sabemos cual es la situación en Chile, por lo que a continuación examinaré que ocurre con estos aspectos (irrenunciabilidad y compensación en dinero) en las diversas legislaciones que abarco en este trabajo

Sabemos que en Chile el feriado es irrenunciable porque es un derecho laboral, no es compensable en dinero salvo tres situaciones excepcionales:

- a) En el caso de la indemnización compensatoria cuando la relación laboral termina sin que el trabajador haya hecho uso del feriado a que tenía derecho.
- b) La indemnización por concepto de feriado proporcional correspondiente a los meses que había trabajado sin haber completado la anualidad.
- c) Los días adicionales adquiridos por concepto de feriado progresivo, que pueden ser negociados por el trabajador, en lo que considero constituye la renuncia de un derecho laboral.

En Argentina la Ley de Contrato de Trabajo N°20.774 establece en su artículo 12 que “será nula y sin ningún valor toda convención de partes que

suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”, de manera que el derecho al feriado es irrenunciable, y por lo tanto no compensable en dinero ya que esto constituiría la renuncia a un derecho del trabajador, lo que se expresa claramente en el artículo 162 que establece “las vacaciones previstas en este título no son compensables en dinero salvo lo dispuesto en el artículo 156 de esta ley”.

El artículo 156 establece que cuando por cualquier causa se produzca la extinción del contrato de trabajo, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente al salario correspondiente al período de descanso, proporcional a la fracción del año trabajada; es semejante a lo que en Chile llamamos Feriado Proporcional, salvo que en Argentina es la única norma al respecto y por lo tanto engloba a éste y a la indemnización compensatoria por feriado no gozado; el mismo artículo establece que si la extinción del contrato se produce por la muerte del trabajador, los causahabientes del mismo tendrán derecho a percibir esa indemnización.

En Venezuela el artículo 3° de la Ley Orgánica del Trabajo establece: “En ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores”, de ello se concluye que el feriado es irrenunciable, además esto se reafirma por lo dispuesto en el artículo 226 de la Ley Orgánica, que establece que “el trabajador deberá disfrutar las vacaciones de manera efectiva”

y a continuación establece que mientras exista la relación de trabajo, el convenio mediante el cual el patrono paga la remuneración de las mismas sin conceder el tiempo necesario para que el trabajador las disfrute, lo dejará obligado a concederlas con su respectiva remuneración, sin que pueda alegar en su favor el hecho de haber cumplido anteriormente con el requisito del pago.

En cuanto a la posibilidad de compensar el feriado en dinero la ley venezolana regula las tres situaciones que vimos en el derecho chileno:

En primer lugar establece en el artículo 219, en un párrafo único, una norma relativa a los días adicionales de feriado obtenidos en razón de lo que en Chile llamamos Feriado progresivo, disponiendo que el trabajador podrá prestar servicio en los días adicionales a que pueda tener derecho conforme a su antigüedad, a su libre decisión, teniendo en este caso derecho al pago adicional de los salarios que se causen con ocasión del trabajo prestado.

En segundo lugar el Artículo 224 se refiere a la indemnización compensatoria por el feriado no gozado, disponiendo al respecto que cuando por cualquier causa termine la relación de trabajo sin que el trabajador haya disfrutado de las vacaciones a que tiene derecho, el patrono deberá pagarle la remuneración correspondiente.

En tercer lugar el artículo 225 se refiere al Feriado Proporcional, señalando que el trabajador tendrá derecho a que se le pague el equivalente a la remuneración que se hubiera causado en relación a las vacaciones anuales, de conformidad a lo dispuesto en los artículo 219 (que establece el derecho a

feriado y la extensión de este) y 223 (que se refiere a las prestaciones por el feriado), en proporción a los meses de servicio durante ese año, como pago fraccionado de las vacaciones que le hubieran correspondido, es decir como pago proporcional a estas. El requisito que se establece para tener este derecho es que la relación no debe haber terminado por despido justificado antes de cumplirse el primer año de servicio, si no se trata de despido justificado, sea que la terminación ocurra el primer año o en los siguientes, el trabajador tendrá este derecho.

En Colombia el artículo 189 n°1 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que es prohibido compensar en dinero las vacaciones, sin embargo se hace excepción a esta regla facultando al Ministerio del Trabajo para autorizar que se pague en dinero hasta la mitad de estas en caso de perjuicio para la economía nacional o la industria. A continuación se regulan conjuntamente la indemnización compensatoria por vacaciones no gozadas y el feriado proporcional, disponiendo el artículo 189 n°2, que cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador disfrute de vacaciones, la compensación de estas en dinero procederá por año cumplido de servicios y proporcionalmente por fracción de año, siempre que esta exceda de seis meses. Para los efectos de estas compensaciones se debe tomar como base el último salario devengado por el trabajador.

En México la Ley Federal del Trabajo establece la irrenunciabilidad de los derechos laborales en el Artículo 5° N°XIII, que establece “las disposiciones

de esta ley son de orden público por lo que no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca: - XIII) Renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos de prerrogativas consignados en las normas de trabajo”, esto en cuanto a la compensabilidad del feriado en dinero tiene expresión clara en el artículo 79 que establece que las vacaciones no podrán compensarse con una remuneración, el mismo artículo establece la indemnización por Feriado Proporcional, señalando que si la relación de trabajo termina antes de que se cumpla el año de servicios, el trabajador tendrá derecho a una remuneración proporcionada al tiempo de servicios prestados, no establece nada respecto del término de la relación laboral sin que el trabajador haya usado el feriado a que tenía derecho.

En Ecuador el Código del Trabajo consagra en forma expresa la irrenunciabilidad del feriado, en términos que parecen absolutos pero que tienen una excepción que relativiza mucho esta característica, además atribuye facultades excesivas, a mi criterio, al empleador en esta materia, como expondré a continuación.

El artículo 72 del Código del Trabajo de Ecuador establece que “las vacaciones constituyen un derecho irrenunciable que no puede ser compensado con su valor en dinero. Ningún contrato de trabajo podrá terminar sin que el trabajador con derecho a vacaciones las haya gozado” esta es la regla general que parece terminante, sin embargo, a continuación establece

una excepción “salvo lo dispuesto en el artículo 74”, ahora bien el artículo 74 faculta al empleador para postergar las vacaciones del trabajador, señalando que cuando se trate de labores técnicas o de confianza para las que sea difícil reemplazar al trabajador por corto tiempo, el empleador “podrá negar la vacación en un año”, para acumularla necesariamente a la del año siguiente, sin embargo como puede llegar a ocurrir que la relación termine sin que el dependiente haya hecho uso del feriado, se determina que este tendrá derecho a las remuneraciones correspondientes a las no gozadas, con el ciento por ciento de recargo.

El código del ecuatoriano también se refiere a los días adicionales a los que, por concepto de feriado progresivo tenga derecho el trabajador, en el artículo 69, que dispone que en este caso podrán gozar de esos días en forma efectiva o bien recibir en dinero la remuneración correspondiente a los días excedentes, ahora bien esta elección debiera recaer en el trabajador, sin embargo esto no es así, ya que el artículo 70 del referido código establece que la elección corresponderá al empleador.

Este código también se refiere a las otras dos situaciones que son el feriado proporcional y la indemnización compensatoria por el feriado no gozado aún cuando lo hace de una manera un tanto confusa, ya que el artículo 76 establece que si el trabajador no hubiere gozado de las vacaciones tendrá derecho al equivalente de las remuneraciones que correspondan al tiempo de las no gozadas, sin recargo, y la liquidación de ellas se efectuará en

conformidad a las reglas establecidas para el cálculo de la remuneración del feriado, lo que corresponde a la indemnización compensatoria, y el inciso final del artículo 71 establece que si el trabajador fuere separado o saliere del trabajo sin haber gozado de vacaciones, percibirá por tal concepto la parte proporcional al tiempo de servicios, lo que corresponde al Feriado Proporcional.

En Paraguay la irrenunciabilidad de los derechos laborales es consagrada por el artículo 3° de su Código del Trabajo que establece “los derechos reconocidos por este Código a los trabajadores no podrán ser objeto de renuncia, transacción, o limitación convencional. Será nulo todo pacto contrario”, con relación al feriado no se establece específicamente, pero es aplicable este principio general, en cuando a la compensabilidad del feriado en dinero este código se refiere a la indemnización compensatoria y al feriado proporcional, no se refiere al feriado progresivo, porque la progresividad se realiza no a través de días adicionales, sino que por periodos fijos mayores según sea la antigüedad del trabajador.

El artículo 221 inciso primero se refiere a la indemnización compensatoria, estableciendo que cuando el contrato de trabajo termine sin haberse hecho uso de las vacaciones ya causadas, este derecho se compensará en dinero, con base al salario actual, y el monto será doble cuando la compensación debe abonarse por despido ocurrido después del periodo de goce, es decir, transcurridos los seis meses desde que se completó la anualidad que dio el derecho al feriado.

El artículo 221 inciso 2° se refiere al feriado proporcional estableciendo que si el contrato termina antes del año, por causa imputable al empleador, el trabajador tendrá derecho a que se le pague la parte proporcional por vacaciones, con relación al tiempo trabajado.

En Uruguay la Ley N°12.590, en su artículo 15 establece que el feriado es un derecho irrenunciable y se declara nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho o su compensación en dinero.

En caso de ruptura de la relación de trabajo, sea por despido o por voluntad del trabajador, el patrón debe abonar al trabajador el importe de la licencia que pudiera corresponderle por el período trabajado, sin ninguna clase de descuentos.

En Perú la Síntesis de Legislación Laboral establece que los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en el que adquieren el derecho percibirán una remuneración por el trabajo realizado, una remuneración por el descanso vacacional a que tenían derecho no gozado y una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Indemnización que no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo. El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago.

En cuanto al feriado proporcional la Síntesis habla de “Vacaciones Truncas”, estableciendo que para que proceda el abono de “record trunco vacacional” el trabajador debe acreditar un mes de servicios a su empleador.

Este “record trunco” será compensado a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiere laborado, respectivamente.

En Bolivia el Reglamento de la Ley General del Trabajo establece en el artículo 33 que las vacaciones anuales no son compensables en dinero “salvo acuerdo mutuo por escrito”, de manera que en Bolivia se acepta que las vacaciones se compensen por una suma de dinero.

En Cuba el Código del Trabajo no establece la irrenunciabilidad de los derechos laborales, y en lo relativo al feriado anual veremos que se autoriza la compensación del feriado en dinero, permitiendo en definitiva que el trabajador renuncie al feriado.

Debemos recordar que la ley cubana autoriza la posposición del disfrute del feriado en determinadas condiciones, en este caso el artículo 96 del código cubano establece que si transcurrido el período máximo de posposición se mantienen las condiciones que impiden la concesión de las vacaciones, la administración de la entidad laboral con acuerdo de la organización sindical, efectuarán la liquidación en efectivo del tiempo que tenía pendiente el trabajador en el momento que las vacaciones fueron pospuestas, descontando de estas lo que el trabajador hubiera disfrutado, de manera que en este caso se

priva al trabajador de su descanso y se le compensa este derecho por dinero, sin que intervenga su voluntad puesto que solo se requiere la voluntad de la administración y de la organización sindical.

También existe otro caso en que la autoridad tiene la facultad para compensar el feriado del trabajador en dinero, es el caso del artículo 98 del Código del Trabajo que establece que el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social puede autorizar, excepcionalmente, que en determinadas ramas, subramas, actividades o centros de trabajo, la administración, por necesidad de la producción o los servicios, pueda acordar con uno o más trabajadores, si estos voluntariamente así lo aceptan, la liquidación en efectivo de sus vacaciones sin disfrutar de descanso, en estos casos, el trabajador percibirá, además el salario correspondiente a los días que trabaje dentro del período que le correspondía haber trabajado. De manera que la legislación cubana acepta que el trabajador renuncie a sus vacaciones a cambio de obtener una doble remuneración, lo que es rechazado por todas las demás legislaciones.

En España la irrenunciabilidad se establece en el artículo 3º nº5 del Estatuto del Trabajo que dispone: “los trabajadores no podrán disponer validamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario”, en cuanto al feriado mismo no contiene disposiciones específicas en cuanto a la compensación en dinero.

IV.5)- Remuneración del feriado

En este punto los sistemas son bastante similares en las legislaciones estudiadas, si bien evidentemente se diferencian de acuerdo a las modalidades que revisten las relaciones laborales en ellos.

En Chile se habla de la remuneración íntegra que corresponde al sueldo en el caso de las remuneraciones fijas, al promedio de las remuneraciones obtenidas en los últimos tres meses anteriores al feriado en el caso de las remuneraciones variables y a la suma de este promedio con el sueldo fijo en el caso de las remuneraciones mixtas.

En Argentina de acuerdo al artículo 155 de la Ley de Contrato de Trabajo la remuneración debe pagarse al momento de iniciarse el feriado, se calcula de acuerdo a la forma en que se estipula la remuneración, si se trata de remuneración mensual, se divide por 25 el importe del sueldo que percibe al trabajador al momento del otorgamiento del feriado y se paga un veinticincoavo por cada día de feriado.

En el caso de fijarse la remuneración por día u hora, se pagará por cada día de vacación la suma que hubiere correspondido percibir al trabajador en la jornada anterior a la fecha en que comience el goce de estas, para este efecto se toma en consideración la suma que deba abonarse en conformidad a las normas legales o convencionales o a lo pactado, si fuere mayor. En este caso si la jornada fuese superior a ocho horas, se considerará la jornada real,

siempre que no exceda de nueve horas, en caso que la jornada tomada en consideración fuese por razones circunstanciales inferior a la habitual del trabajador, la remuneración se calculará como si la misma coincidiera con la legal.

En caso de salario a destajo, comisiones individuales o colectivas, porcentajes u otras formas variables, se considerará el promedio de las remuneraciones devengadas durante el año que corresponda al otorgamiento de las vacaciones o, a opción del trabajador, durante los últimos 6 meses de prestación de servicios.

Por último se dispone que se entenderá integrando la remuneración del trabajador todo lo que este perciba por trabajos ordinarios o extraordinarios, bonificación por antigüedad u otras remuneraciones accesorias.

En Venezuela también se establece que el pago de la remuneración correspondiente a las vacaciones deberá efectuarse al inicio de ellas (art. 222 de la Ley Orgánica del Trabajo), asimismo la ley se pone en el caso que la remuneración integre comida o alojamiento o ambas cosas, en este caso el dependiente tendrá derecho durante el feriado a seguir recibiendo o su valor en lugar de ellas, este valor será fijado por acuerdo de las partes y en caso de desacuerdo lo hará el Inspector del Trabajo, el pago de esta suma también deberá hacerse al inicio del feriado según el artículo 221 de la señalada ley.

Además la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela establece en su artículo 223 que los empleadores pagarán al trabajador en la oportunidad de

sus vacaciones, además del salario correspondiente, una bonificación especial para su disfrute equivalente a un mínimo de siete días de salario, más un día por cada año a partir de la vigencia de esta ley hasta un total de 21 días de salario, cuando el trabajador no hubiere adquirido el derecho a recibir una bonificación mayor a la inicialmente prevista de 7 salarios. En caso que el trabajador deba recibir en razón de su antigüedad una cantidad que exceda de los siete salarios iniciales, recibirá la cantidad a que se haya hecho acreedor, sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo respecto de la bonificación adicional de un día de salario por año de servicio a partir de su vigencia.

El artículo 192 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia establece que durante el periodo de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día que comience a disfrutar de ellas, y solo se excluirán para la liquidación de las vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario u horas extras, esta disposición rige para las remuneraciones variables, ya que el numeral 2° del mismo artículo establece que si el salario es variable las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se conceden.

En el Código del Trabajo de México se establece en el artículo 80 que los trabajadores durante las vacaciones tendrán derecho a una prima no menor de veinticinco por ciento sobre los salarios que les correspondan durante el período de vacaciones, de manera que el trabajador tiene derecho a percibir

su salario más la prima de veinticinco por ciento, pero no define que comprende este salario, ni da mayores especificaciones al respecto.

En Ecuador el Código del Trabajo establece el mecanismo para el cálculo de la remuneración del feriado estableciendo que la liquidación para el pago de las vacaciones se hará en forma general y única, computando la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo, tomando en cuenta lo pagado al trabajador por horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias de labora y toda otra retribución accesoria que haya tenido el carácter de normal en la empresa en el mismo periodo.

En Paraguay el Código del trabajo establece en su artículo 220 que para calcular el monto que el trabajador debe recibir con motivo de sus vacaciones se tendrá en cuenta el salario mínimo legal vigente en la época de goce de vacaciones, o el salario que entonces recibe el trabajador, si es superior al mínimo legal, esta remuneración debe pagarse por anticipado al inicio del feriado, es la única disposición relativa a este punto contenida por el Código del Trabajo paraguayo.

En Uruguay la remuneración del feriado se calcula atendiendo a la forma de pago, el artículo 12.590 dispone que en caso de trabajador con remuneración mensual se paga por día de feriado la treintava parte del sueldo mensual, a los jornaleros se les paga de acuerdo al jornal vigente al momento de sus vacaciones y en el caso de los trabajadores con remuneraciones variables el Decreto Ley 14.328 de 19 de Diciembre de 1974 establece en su

artículo 1° lo siguiente: “el jornal de vacaciones se calculará dividiendo el monto total de los salarios percibidos en el año inmediato anterior a al iniciación de la licencia, incrementados con los porcentajes de aumentos asignados al trabajador en ese lapso, por el número de jornadas trabajadas en igual periodo.

El jornal de vacaciones obtenido, se reajustará en el caso que se produzcan aumentos durante el tiempo en el cual el trabajador está en uso de licencia respecto de los días no gozados, pagándose las diferencias resultantes en el curso del mes siguiente a la terminación de la licencia”.

En caso de tratarse de salarios en parte fijos y en parte variable, se acumulará a la primera el promedio de la remuneración variable calculada de acuerdo a lo que se acaba de señalar.

En Perú la Síntesis de la Legislación Laboral establece que la remuneración por las vacaciones es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de continuar laborando, para estos efectos se considera remuneración aquella que se computaría para la compensación por tiempo de servicios, debiendo aplicar analógicamente los criterios establecidos para la misma, esta remuneración a que se refiere se compone de la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición, incluyendo en este concepto el valor de la alimentación cuando es proporcionada en dinero o especie por el empleador.

La Ley General del Trabajo de Bolivia establece en su artículo 44 que los trabajadores y empleados durante las vacaciones gozarán del cien por ciento de sus sueldos y salarios.

En Cuba el artículo 89 del Código del Trabajo Cubano, establece que “para determinar el acumulado de las vacaciones y la cuantía de las retribución se multiplican por el 9,09 por ciento los días efectivamente laborados y los salarios percibidos durante el periodo acumulativo que da derecho al descanso”.

En España el Estatuto de los Trabajadores no establece nada respecto del monto de la remuneración del feriado anual el que debe ser fijado por las partes.

IV.6)- Fraccionamiento del feriado

El feriado debe ser continuo e ininterrumpido ya que solo de esa manera se puede asegurar el fin perseguido por el feriado, sin embargo la ley suele permitir el fraccionamiento de las vacaciones con ciertos requisitos. Ahora comentaré las diversas situaciones que se dan en este ámbito.

En Chile sabemos que la ley establece que el feriado debe ser continuo pero el exceso sobre los diez días puede fraccionarse de común acuerdo.

En Argentina la Ley de Contrato de Trabajo no establece regla alguna al respecto, por lo tanto no debe considerarse procedente el fraccionamiento, lo mismo ocurre en España y en Perú, en donde tampoco existen normas al respecto, en el Estatuto de los Trabajadores y en la Síntesis de la Legislación Laboral, respectivamente.

El Código del Trabajo de México establece en el artículo 78 que los trabajadores deberán gozar en forma continua, a lo menos seis días de vacaciones, de manera que establece un mínimo no fraccionable pudiendo fraccionarse el excedente.

En Ecuador el Código del Trabajo en el artículo 69 establece que todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período "ininterrumpido" de 15 días de descanso, de manera que la regla es que el feriado básico sea continuo y por lo tanto no fraccionable, además el código

ecuatoriano no establece norma alguna que permita el fraccionamiento ahora bien con respecto a los días adicionales obtenidos por la antigüedad del trabajador sabemos que el empleador puede optar por concederlos en forma efectiva o compensarlos en dinero, por lo tanto respecto de estos días si puede proceder el fraccionamiento.

Situación similar a la anterior se da en Venezuela en donde los días adicionales de feriado obtenidos por concepto de antigüedad pueden ser gozados en forma efectiva o bien puede trabajarlos, recibiendo los salarios adicionales que resulten de su trabajo.

En Colombia el artículo 190 del Código Sustantivo establece que, “en todo caso, el trabajador gozará anualmente, por lo menos de seis días hábiles continuos de vacaciones”, por lo tanto se admite el fraccionamiento de los quince días de vacaciones, esto además se vincula a la acumulación de las vacaciones tema que trataré más adelante, además el artículo 188 se refiere a la interrupción de las vacaciones, señalando que si se presenta una interrupción justificada en el disfrute de las vacaciones, el trabajador no pierde el derecho a reanudarlas.

En Paraguay el Código del Trabajo dispone en el artículo 225 que los trabajadores deberán gozar sin interrupción de su periodo de vacaciones, pero debido a urgente necesidad del empleador, podrá requerir a aquellos la reintegración al trabajo, en este caso el empleador no pierde su derecho a reanudar sus vacaciones, siendo de cuenta exclusiva del empleador los gastos

que irrogue tanto el reintegro del trabajador como la reanudación de las vacaciones.

En Uruguay la regla general es que el feriado o licencia debe hacerse efectiva en un periodo continuado, en el que no se computarán los feriados, autorizándose el fraccionamiento siempre que este se efectúe por medio de un convenio colectivo debidamente aprobado, debiendo además cumplirse con los requisitos de ser en dos periodos continuos, de los que el menor no puede ser inferior a diez días. En estos convenios además se pueden adoptar modalidades especiales en cuanto al cómputo del tiempo trabajado en que se pueden computar los feriados, incluso Carnaval y turismo.

Además se deben acumular a la licencia anual los descansos compensatorios cuando el trabajador presta servicios en establecimientos que practican regímenes de turno, por último respecto de los trabajadores rurales se establece que el feriado podrá fraccionarse por acuerdo de las partes en períodos no menores de cinco días, excluidos los domingos, de acuerdo al Decreto Ley N° 14.785 de 19 de Mayo de 1978.

En Cuba hemos visto que el Código del Trabajo otorga a la Administración de la Entidad Laboral una serie de atribuciones entre las que se incluye el organizar la concesión de las vacaciones que pueden concederse en periodos de treinta, veinte, quince, diez o siete días, de manera que el feriado en Cuba es eminentemente fraccionable.

IV.7)- Acumulación de feriados

Sabemos que el feriado debe ser gozado anualmente de manera que el trabajador reponga sus energías y no sufra un desgaste excesivo, sin embargo las diversas legislaciones permiten que los trabajadores no gocen de ellas por uno o más años acumulándolas para ser disfrutadas en forma continua posteriormente; a continuación examinaré que ocurre con esta práctica en el ámbito de este estudio.

En Chile hemos visto que el feriado podrá acumularse hasta por dos periodos consecutivos, por acuerdo de las partes, teniendo el empleador la obligación, cuando el trabajador a acumulado dos períodos consecutivos, de otorgar al menos el primero de ellos antes de completar un tercer año.

En Argentina el artículo 164 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que podrá acumularse a un período de vacaciones la tercera parte de un periodo inmediatamente anterior que no se hubiere gozado en la extensión fijada por la ley, esta acumulación y la consiguiente reducción del tiempo de las vacaciones en uno de los periodos, deberá ser convenida por las partes.

Existe otro caso de acumulación pero no se refiere al caso de acumular feriados no gozados en la oportunidad a que se tenía derecho, sino que se trata de que el trabajador puede solicitar al empleador que le otorgue el goce del feriado acumulado a la licencia especial establecida en el artículo 158 letra b), que consiste en diez días corridos que se otorga en caso de matrimonio

del dependiente; el empleador en este caso debe concederlo aunque esto implique alterar la oportunidad de la concesión del feriado establecida por la ley.

En Venezuela el artículo 229 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que el goce de una o dos vacaciones anuales podrá posponerse a solicitud del trabajador para permitir la acumulación de hasta tres períodos, cuando la finalidad de dicha acumulación sea conveniente para el solicitante.

En Colombia al referirnos a la posibilidad de fraccionar el feriado vimos que el Código Sustantivo establece en el artículo 190 n°1 que el trabajador gozará de seis días de feriado en forma continua, señalando a continuación que esos días no son acumulables, pero en los siguientes numerales regula la posibilidad de acumular el feriado; es así como dispone que las partes pueden convenir acumular los días restantes de vacaciones hasta por dos años, pudiendo esta acumulación ser de hasta cuatro años cuando se trate de trabajadores técnicos, especializados, de confianza, de manejo o de extranjeros que presten sus servicios en lugares distintos a los de la residencia de sus familiares, por último que dispone que si el trabajador goza únicamente de seis días de vacaciones en un año, se presume que acumula los días restantes de vacaciones a las posteriores.

La Ley Federal del Trabajo de México no contiene normas relativas a la acumulación de feriados no disfrutados.

En Ecuador el Código del Trabajo establece en el artículo 75 que el trabajador podrá no hacer uso de las vacaciones hasta por tres años consecutivos, a fin de acumularlas en el cuarto año.

En Paraguay el Código del Trabajo establece en el artículo 224 que las vacaciones no son acumulables, sin embargo se autoriza a acumular las vacaciones hasta por dos años a petición del trabajador siempre que esta acumulación no perjudique los intereses de la empresa.

En Uruguay no existen normas generales que se refieran a la acumulación del feriado. La misma situación se da en Perú en donde la Síntesis de la Legislación Laboral no establece nada al respecto y en España en donde el Estatuto de los Trabajadores en donde no existe norma al respecto.

En Cuba el Código del Trabajo establece que los períodos de vacaciones programados se disfrutan dentro del año de trabajo, y pasado este no se acumulan en tiempo ni tampoco en su expresión económica, vimos anteriormente la normativa que faculta a posponer las vacaciones del trabajador y que esta posposición puede llevar en definitiva a que este no goce de las vacaciones y estas le sean compensadas en dinero.

IV.8) Feriado Colectivo

En nuestra legislación se brinda la posibilidad al empleador de cerrar la empresa o establecimiento anualmente por un mínimo de quince días hábiles para que el personal haga uso del feriado en forma colectiva, debiendo concederse el feriado a todos los trabajadores de la respectiva empresa o establecimiento, aún cuando por si solos no cumplan con los requisitos para tener derecho a feriado, entendiéndose que a estos se les adelanta.

Solamente en Venezuela, se establece una norma similar.

El artículo 220 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, regula una forma de feriado colectivo, estableciendo que si el patrono otorga vacaciones colectivas a su personal mediante la suspensión de actividades durante cierto número de días al año, a cada trabajador se imputarán esos días a lo que le corresponda por concepto de vacaciones anuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior; si de acuerdo con esta norma tuviere derecho a días adicionales de vacaciones la oportunidad y forma de tomarlas se fijará de acuerdo a las normas del mismo capítulo.

En caso que el trabajador no hubiese reunido los requisitos para tener derecho a vacaciones anuales al momento de las vacaciones colectiva, los días correspondientes a estas serán para él de descanso remunerado y en cuanto excedieren al periodo de vacaciones que le correspondería, se le imputarán a sus vacaciones futuras.

Por último se establece en un párrafo único del mismo artículo que en caso de tratarse de instituciones, que por las características del servicio que prestan o la naturaleza de sus actividades, deban permanecer abiertas y en funcionamiento durante todo el año, los trabajadores y los patronos podrán convenir un régimen de vacaciones colectivas escalonadas.

En Argentina la Ley de Contrato de Trabajo no regula en forma especial el feriado colectivo sin embargo lo acepta, partiendo la regulación de la forma de concesión del feriado, del supuesto de que las vacaciones se otorgan en forma conjunta a los trabajadores, como señalé anteriormente.

En Cuba si bien no existen disposiciones expresas por las características de la regulación laboral que hemos visto, la administración de la entidad laboral tiene plena facultad para establecer un sistema de vacaciones colectivas.

También vimos que la Ley 12.590 de Uruguay toca tangencialmente este punto en su artículo 5° inciso final, al disponer que el Ejecutivo determinaría las normas a las que deberían ajustarse los patronos para el fijar las fechas de otorgamiento de las licencias atendiendo a las características de las industria, comercio o actividad de que se trate especialmente en caso de licencias colectivas.

En las legislaciones de las otras naciones abarcadas por este estudio no se contienen normas específicas respecto de este punto, por lo tanto el feriado colectivo procede en la medida que no se perjudique los derechos de los trabajadores, y se respeten las demás normas respecto del feriado, existentes en cada país.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se puede observar la rápida evolución que tuvo la institución de las vacaciones o feriado anual desde ser una figura novedosa implantada como un acto gracioso del empleador hasta convertirse en un derecho esencial de los trabajadores, reconocido por las legislaciones internacionales y en pactos, convenios y recomendaciones internacionales.

En la actualidad, como se pudo observar en el último capítulo de este trabajo, el feriado anual ha sido regulado en términos relativamente uniformes en las diversas legislaciones y goza de una protección bastante satisfactoria, sin embargo aún puede ser mejorada su protección legal, especialmente en algunas naciones como Bolivia, Ecuador, Perú y Cuba.

La legislación respectiva de nuestro país, si bien en mi opinión es correcta y supera en muchos aspectos a la de nuestros vecinos de Hispanoamérica, debe ser perfeccionada especialmente en cuanto a la situación de la indemnización de los feriados acumulados por más de dos años consecutivos, situación que debería ser solucionada adecuadamente. Asimismo debería ser fiscalizado con mayor fuerza el que sean realmente concedidas y no reemplazadas por una suma de dinero, en este aspecto se debería eliminar la posibilidad de posponerla o acumularlas ya que en estos casos el trabajador

sufre un deterioro físico y psicológico excesivo debido al estrés del trabajo que debe ser evitado.

Deseo resaltar que este es un derecho que no puede ser dejado de lado o descuidado ya que, como se expresó en el capítulo correspondiente, es la única forma en que los trabajadores de todas las categorías (especialmente los de rangos inferiores) pueden recuperar su libertad individual limitada por el vínculo de subordinación al empleador e integrarse a actividades recreativas junto a su núcleo familiar con el consiguiente beneficio individual, familiar y social que ello implica.

Esta es una institución que será necesaria mientras se mantenga el sistema económico actual, incluso aunque se desarrollen nuevas formas de flexibilizar la jornada laboral, ya que los beneficios que brinda solo se pueden obtener con su existencia.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Aguilar Le-Bert, Ricardo. 1980. "Interrupción y suspensión de la Relación Jurídica Laboral ante el Derecho Chileno". Memoria de Licenciatura. Santiago, U. De Chile.
- 2) Alonso Olea, Manuel- Tortuero Plaza, Jose Luis. 1990. "Instituciones de Seguridad Social". 12° edición Editorial Civitas.
- 3) Alonso Olea, Manuel - Barreiro Gonzalez, Germán. 1991. "El Estatuto de los trabajadores". Editorial Civitas. 3° edición.
- 4) Borrajo Dacruz, Efrén. 1978. "Introducción al Derecho Español del Trabajo" Editorial Tecnos. 4° edición.
- 4) Barassi, Luigi. 1953. "Tratado de Derecho del Trabajo". Editorial Alfa. Vol.II
- 6) Cisternas, Lamberto. "DL 2200". Editorial Jurídica, única edición.
- 7) Cerrillo, Fernando. "Tratado Práctico de Derecho Social Español". Editorial Jurídica Española. 2° edición. Vol. III.
- 8) Caldera, Rafael. 1960. "Derecho del Trabajo". Editorial El Ateneo. 2° edición. Tomo I.
- 9) Cabanellas, Guillermo. 1964. "Contrato de Trabajo". Editorial Bibliográfica. Omeba. única edición. Vol. III. Parte General.
- 10) De la Cueva, Mario. 1954. "Derecho Mexicano del Trabajo". Editorial Porrúa. vol. I. 4° edición.
- 11) Deveali, Mario. 1980. "Tratado de derecho del Trabajo". Editorial La Ley. 2° edición.
- 11) Despontín, Luis Alberto. 1953. "Jornada de Trabajo". Editorial Bibliográfica Argentina.
- 13) Ferrero, Raul. 1962. "Derecho del Trabajo. Sistematización". Editorial Librería Studium.
- 14) Fermandois, Francisco Javier. 1965. "Regimén Legal del Trabajo en Chile" Editorial Universitaria. vol. I.

- 15) Garcia, Manuel Alonso. 1971. "Curso de Derecho del Trabajo". Editorial Ariel. 3° edición.
- 16) Gaete Berrios, Alfredo. 1945. "Código del Trabajo. Concordado y anotado" Editorial Ercilla. 7° edición.
- 17) Gutierrez Ximena, Walker Errazuriz Francisco, Rivas Guzmán Ramón, Koch Salazar Carlos. 1978. "Código del Trabajo. DL 2200 de 1978". Editorial Jurídica de Chile.
- 18) Humeres Magnam, Hector. 1977. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Editorial Jurídica de Chile. 11° edición.
- 19) Javillier Jean- Claude. 1982. "Derecho del Trabajo". Editorial Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social. 1° edición.
- 20) Kaskel, Walter - Dersch, Herman. 1961. "Derecho del trabajo". Editorial Depalma. 5° edición.
- 21) Krotoschin, Ernesto. 1987. "Manual de Derecho del Trabajo". Editorial Depalma. 3° edición.
- 22) Machiavello, Guido. 1986. "Derecho del Trabajo: Teoría Jurídica y Análisis de las Actuales Normas Jurídicas". Editorial Fondo de Cultura Económica. 1986.
- 23) Manual de Consultas Laborales y Previsionales. Ediciones Técnicas y Laborales Ltda.
 - N°120 de Mayo de 1995
 - N°126 de Noviembre de 1995.
 - N°143 de Abril de 1997
 - N°168 de Mayo de 1999
 - N°174 de Noviembre de 1999
 - N°178 de Marzo de 2000.
- 24) Montt Balmaceda, Manuel. 1984. "Principios de Derecho Internacional del Trabajo". Editorial Jurídica de Chile.
- 25) Montenegro Bacca, José. "Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados" Perú, Volumen I.
- 25) OIT. 1985. "Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo. 1919-1984". Editorial OIT Ginebra.

- 27) Pantoja Bauza, Rolando. 1994. "Estatuto Administrativo Interpretado"
Ed. Jurídica de Chile, 5°ed.
- 28) Pantoja Bauza, Rolando. 1995. "Estatuto Administrativo Interpretado de los Funcionarios Municipales. Ley N°18.883". Editorial Jurídica Conosur.
- 29) Perez Botija, Eugenio. 1952. "Curso de Derecho del Trabajo". Editorial Tecnos. 3° edición.
- 30) Rodriguez Mancini, Jorge. 1996. "Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Editorial Astrea. 2° edición.
- 31) Revista Laboral Chilena. Centro de Extensión Jurídica Ltda. Santiago. Números correspondientes a:
 - Junio, Septiembre-octubre y Noviembre de 1994
 - Enero, Noviembre y Diciembre de 1995
 - Enero, Febrero-marzo, Mayo, Agosto y Septiembre-Octubre de 1996
 - Mayo, Agosto y Noviembre de 1997
 - Enero, Febrero-Marzo, Abril, Mayo, Agosto, Septiembre-Octubre y Diciembre de 1998.
 - Enero, Abril, Mayo y Noviembre de 1999.
 - Febrero-Marzo de 2000.
- 32) Rojas Valenzuela, Armando - Ruiz de Gamboa, Alberto. 1933. "DFL N° 178 de 28 de Mayo de 1931 y su Reglamentación"
Editorial Imprenta Nacimiento.
- 33) Ruiz de Gamboa, Alberto - Diaz Salas, Juan. 1942. "Legislación Social: Código del Trabajo". Editorial Jurídica.
- 34) Sylvester, Hugo. 1960. "Diccionario Jurídico del Trabajo". Editorial Claridad.
- 35) Thayer William - Rodriguez Antonio.1987. "Nuevo Código del Trabajo". Editorial Jurídica Ediar Cono Sur. 2° edición.
- 36) Thayer, William - Rodriguez, Antonio. 1988. "Código del Trabajo y Legislación Social". Editorial Jurídica de Chile.
- 37) Thayer, William - Novoa Fuenzalida, Patricio. 1987. "Manual de Derecho del Trabajo". Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. 2° edición.

- 38) Vida Soria, Jose. 1965. "La Suspensión del Contrato de Trabajo".
Editorial Instituto de Estudios Políticos.

Textos legales utilizados

- 1) Ley N° 4.059 Sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares, promulgada en el Diario Oficial de 27 de Septiembre de 1924.
- 2) Ley N° 5.405 , publicada en Diario Oficial de 14 de Febrero de 1934, introduce modificaciones al DFL N° 178 de 13 de Mayo de 1931.
- 3) Ley N° 6.005, publicado en el Diario Oficial de 10 de Noviembre de 1937. Fija fecha para que los obreros marítimos de bahía, fluviales y otros, a que se refiere el artículo 83 del DFL N° 178 de 13 de Mayo de 1931, puedan gozar de los beneficios del feriado.
- 4) Ley N° 6.812, publicada en Diario Oficial de 08 de Marzo de 1941. Agrega incisos al artículo 158 del Código del Trabajo.
- 5) Ley N° 7.946, publicada en el Diario Oficial de 10 de Noviembre de 1944. Agrega artículos a la ley 6.005 de 29 de 01 de 1937 sobre beneficios de feriado para obreros marítimos de bahía, fluviales y otros.
- 6) Ley N° 10.486, publicada en Diario Oficial de 29 de Septiembre de 1952.
- 7) Ley N° 10.988, publicada en Diario Oficial de 13 de Noviembre de 1952. Deroga las leyes 6.005 y 7.946 sobre feriado de empleados y obreros marítimos de bahía y de empresas de navegación fluvial o lacustre, agrega incisos al artículo 83, artículo nuevo a continuación del artículo e incisos al artículo 238 del Código del Trabajo.
- 8) Ley N° 11.828, publicada en Diario Oficial de 05 de Mayo de 1955. Establece normas referentes a la industria del cobre.
- 9) Ley N° 15.475, publicada en el Diario Oficial de 24 de enero de 1964. Modifica el código del trabajo en materia de feriados legales.
- 10) Ley N° 15.778, publicado en diario oficial de 30 de Octubre de 1964. Establece normas referentes al feriado del personal médico que indica.
- 11) Ley N° 16.259, publicado en Diario Oficial de 11 de junio de 1965. Establece normas referentes a la gente de mar que indica.

- 12) Ley N°16.455, publicado en el Diario oficial de 06 de Abril de 1966. Fija normas para la terminación del contrato de trabajo, deroga el inciso 1° del artículo 7° y los artículos 8°,9°,10, 11, 12, 13, 14, 15, 67, 68 inciso 1°, 82, 163, 165, 166, 167 y 168 del Código del Trabajo.
- 13) Ley N° 16.464, publicada en diario oficial de 25 de Abril de 1966.
- 14) Ley N° 18.018, publicada en Diario Oficial de 14 de Agosto de 1981 Introduce modificaciones al DL 2200
- 15) Ley N°18.620 de 06 de Julio de 1987. Aprueba como código del trabajo el texto que indica.
- 16) Ley N°18.834, publicada en Diario Oficial de 23 de Septiembre de 1989. Fija el texto del Estatuto Administrativo.
- 17) Ley N°19.070, publicado en el Diario Oficial de 01 de julio de 1991. Aprueba el Estatuto de los Profesionales de la Educación.
- 18) Ley N°18.883, publicada en Diario Oficial de 29 de diciembre de 1989. Aprueba Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales.
- 19) Ley N° 19.250, publicada en Diario Oficial de 30 de Noviembre de 1993. Modifica los libros I, II, y IV del Código del Trabajo, y otros preceptos legales.
- 20) Decreto N°194 de 21 de Febrero de 1945, que aprueba El Reglamento de la Ley 7.946 de 07 de Octubre de 1944, sobre feriado de los obreros marítimos de bahía, fluviales y lacustres. Publicado en el Diario Oficial de 24 de Marzo de 1945.
- 21) DFL N° 178 de 28 de Mayo de 1931 (Código del Trabajo de 1931).
- 22) DL 2.200 de 15 de Junio de 1978.
- 23) DFL N°1, publicado en el Diario Oficial de 24 de Enero de 1994. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del código del trabajo.
- 24) DFL N° 338, publicado en Diario Oficial de 06 de Abril de 1960. Fija el texto del Estatuto Administrativo.
- 25) Reglamento N° 969 de 18 de Diciembre de 1933. Establece el Reglamento de la Ley de Empleados Particulares

- 26) DFL N°1, publicado en el Diario Oficial de 24 de Enero de 1994. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del código del trabajo.
- 27) Ley N° 20.774, de 21 de Mayo de 1976. Establece régimen de contrato de trabajo en Argentina.
- 28) Ley General del Trabajo de Bolivia, de 12 de Agosto de 1942.
- 29) Decreto Reglamentario de la Ley General del Trabajo de Bolivia, de 23 de Agosto de 1943.
- 30) Ley N° 50 de 28 de Diciembre de 1990, que reforma el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, publicado en Diario Oficial de Colombia de 01 de Enero de 1991.
- 31) Código Sustantivo del Trabajo de la República de Colombia, contenidos en los decretos 2663 y 3743, adoptados por la ley 141 de 1961.
- 32) Ley N° 40 de 28 de Diciembre de 1984 que promulga el Código del Trabajo de Cuba, publicado en la Gaceta Oficial de Cuba de 23 de febrero de 1985. Rige a partir del 2 de Julio de 1985.
- 33) Codificación del Código del Trabajo de Ecuador sancionada el 27 de Mayo de 1997.
- 34) Estatuto de los Trabajadores de España de 1980, texto enmendado por la Ley N° 11 de 19 de Mayo de 1994.
- 35) Ley Federal del Trabajo de México de 01 de Abril de 1970.
- 36) Ley N° 213 que establece el Código del Trabajo de Paraguay, de 29 de Octubre de 1993.
- 37) Texto oficial de la Síntesis de la legislación laboral del Perú, aprobado por Resolución Ministerial n° 058-97-tr de 07 de Julio de 1997.
- 38) Ley N° 12.590 de la República Oriental de Uruguay, de 23 de Diciembre de 1958. Modifica y amplía el régimen de vacaciones remuneradas para los empleados y obreros de actividades privadas.
- 39) Ley N° 13.556 de la República Oriental de Uruguay, de 26 de octubre de 1966. Complementa la Ley N° 12.590.

- 40) Ley N° 14.328 de la República Oriental de Uruguay, de 19 de Diciembre de 1974. Modifica la ley n° 13.556, establece disposiciones sobre el jornal de vacaciones para los trabajadores de remuneraciones variables.
- 41) Ley N° 14.785 de la República Oriental de Uruguay, 19 de Mayo de 1978. Regula la actividad de los trabajadores rurales.
- 42) Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela reformada por ley de 19 de Junio de 1997.
- 43) Decreto N° 3235 Reglamentario de la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela, de 20 de Enero de 1999.
- 44) Convenio N° 52 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de Junio de 1936, relativo a las vacaciones anuales pagadas.
- 45) Convenio N° 54 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de Octubre de 1936, relativo a las vacaciones anuales pagadas de la Gente de Mar.
- 46) Convenio N° 72 de la Organización Internacional del Trabajo, de 28 de Junio de 1946, relativo a las vacaciones anuales pagadas de la Gente de Mar.
- 47) Convenio N° 91 de la Organización Internacional del Trabajo, de 18 de Junio de 1949, relativo a las vacaciones anuales pagadas de la Gente de Mar.
- 48) Convenio N° 101 de la Organización Internacional del Trabajo, de 26 de Junio de 1952, relativo a las vacaciones anuales pagadas en la agricultura.
- 49) Convenio N° 110 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de Junio de 1958, relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores en las plantaciones.
- 50) Convenio N° 132 de la organización Internacional del Trabajo, de 24 de Junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas.
- 51) Recomendación N° 47 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de Junio de 1936, relativa a las vacaciones anuales pagadas.

- 52) Recomendación N° 93 de la Organización Internacional del Trabajo, de 26 de Junio de 1952, relativa a las vacaciones pagadas en la agricultura.
- 53) Recomendación N°98 de la Organización Internacional del Trabajo, de 23 de Junio de 1954, relativa a las vacaciones anuales pagadas.