

LAS VACACIONES EN EL DERECHO DEL TRABAJO BRASILEÑO

por

MOZART VICTOR RUSSOMANO

Profesor de la Facultad de Derecho de Pelotas
(Universidad de Río Grande del Sur)

Una de las grandes aspiraciones de la clase obrera fué el reposo anual remunerado, que permitiese el restablecimiento del organismo agotado por las luchas profesionales cotidianas, reanimándolo para la recuperación del debilitamiento físico y de todas las energías perdidas.

Aun cuando se trata de una de sus aspiraciones más justas, fué una de sus últimas conquistas. Y si hoy es regla común en las legislaciones cultas la concesión al empleado de un reposo anual sin desmedro del salario, eso no acontecía hasta hace bien poco.

La institución de las vacaciones laborales es reciente. Data de este siglo en que vivimos.

En efecto, antes de la aparición de la "gran industria" por el elevado número de los días santificados y de los feriados civiles, así como por la vida pausada y calmosa que los hombres llevaban en la organización de aquellas sociedades, la idea del descanso continuado por año no era, de hecho, urgente. La industrialización dinamizó la vida, hasta amenazando la seguridad física de los que viven en su torbellino, ganando el pan con el sudor de su rostro, según la fatalidad de la sentencia bíblica. Por otro lado, dentro de las oficinas sugieron condiciones insalubres, derivadas de los nuevos métodos o condiciones del servicio, exigiendo la salud del trabajador que uno de los cuidados tomados en su protección fuese, justamente, un descanso razonable, continuado, que superase y completase el reposo semanal siempre escalonado en días intermitentes.

Conforme acentúa Petrelli Gastaldi en su libro sobre la "Práctica de Leyes de Trabajo", antes de la guerra de 1914, apenas los funcionarios, el personal de los servicios públicos, los empleados de los bancos y de los grandes almacenes gozaban de vacaciones (pág. 147). Y si algunos países más avanzados habían instituido, por ley, vacaciones obligatorias, como Austria y Suiza, los beneficiados se reducían a pequeñas categorías del proletariado, pues aquel instituto se reducía a la protección específica concedida al trabajo de la mujer y de los aprendices.

Aun cuando las campañas en pro de las vacaciones remuneradas se desataran a fines de la primera Guerra Mundial, sólo culminarían ellas, prácticamente, en 1936 al aprobarse un proyecto de convenio de la Conferencia Internacional del Trabajo. Y en el mismo año, adelantándose como ejemplo a los países europeos, Bélgica y Francia promulgaron sus leyes sobre el instituto.

Es de notar, además, que en el año 1936, en el Brasil, las vacaciones ya estaban totalmente reguladas por ley y puestas en práctica con rigor

y acentuado sentido de la solidaridad humana, en todos los sectores del trabajo nacional.

Cábenos, en este punto, por tanto, una posición de vanguardia.

Las vacaciones laborales, en el Brasil, ganaron, fácilmente, profundidad y extensión.

El problema ganó profundidad porque se multiplicaron las normas jurídicas positivas reguladoras de la materia, hasta llegarse a la síntesis hecha por los autores de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, reciente y parcialmente alterada por la ley N° 816 del 9 de setiembre de 1949 que entró a regir, 45 días después de su publicación, en la forma en que dispone el artículo 1° de la Ley de Introducción al Código Civil de la República, esto es, a partir del 2 de noviembre de 1949.

Ganó también en extensión, en el sentido de extender sus beneficios de una manera general, a todo aquel que trabaja bajo la dependencia jerárquica de otro.

Aún empleados que están, normalmente, fuera del amparo de la legislación social patria —como los funcionarios públicos, los encargados de los servicios de las entidades autárquicas, los trabajadores rurales— gozan, anualmente, sin perjuicio de sus vencimientos, un período continuado, más o menos largo, de descanso y de alejamiento de las tareas profesionales (1).

Hoy, de acuerdo con el artículo 157, inciso VII, de la Constitución Brasileña del 18 de setiembre de 1946, el instituto de las vacaciones está erigido en principio de orden constitucional de naturaleza amplia, siendo uno de los puntos cardinales de nuestra legislación laboral. Es de notar, por otra parte, que las constituciones modernas se preocupan siempre, del hecho social del trabajo y de su reglamentación, a través de la finalidad inmediata de protección al obrero. Muchas de esas Constituciones, como la del Brasil, trazan las líneas directrices de su legislación laboral, siendo justo, aquí, citar la brillante tesis que en ese sentido —contando con el elogio de Joseph Barthélemy y de Mirkine Guetzévich— escribió el profesor de la Facultad de Derecho de Atenas, A. Svolos (2).

La finalidad de las vacaciones, como se sabe, es higiénica y orgánica (3).

El cuerpo que trabaja necesita algo más que reposos diarios o reposos esporádicos motivados por los feriados y domingos. Lo mismo que el espíritu, sufre las consecuencias directas de la actividad laboral. Uno y otro precisan volver a reunir energías, por medio del descanso. Hoy, está comprobado científicamente, que las vacaciones preparan a los empleados para las futuras faenas de su profesión. Es así que las grandes empresas ya se preocupan de tener "colonias de vacaciones" para sus empleados, del género de las mantenidas por las instituciones sociales, pues eso, al par de ser una ventaja de valor incalculable para el trabajador, también lo es para

(1) Mozar Victor Russomano, "O Empregado Rural no Direito Brasileiro Trabalho".

(2) "Le travail dans les Constitutions Contemporaines".

(3) André Rouart y Paul Durand, "Precis de Législation Industrielle. - Droit du Travail", pág. 366).

la producción, que será mejor, fatalmente, si aquel por cuyo brazo se realiza, está bien atendido desde el punto de vista sanitario.

Así, recuperando los desgastes orgánicos y, dentro de la higiene, dando al obrero medios para la pronta recuperación somática e intelectual, el instituto de las vacaciones tiene el efecto económico de perfeccionar la producción.

Los miembros descansados y sanos actúan mejor. El cerebro aliviado de las preocupaciones del trabajo, que se acumulan y que se transforman en psicosis, moviliza más fácilmente y con mayor éxito el pulso que ejecuta el trabajo.

El estudio propiamente legislativo de la materia, en el Brasil, comienza a tener importancia después del advenimiento victorioso de la Revolución de 1930, que, creando el Ministerio de Trabajo, confiado al espíritu eminente de Lindolfo Collor infundió en el Brasil un impulso de renovación y progreso, abriéndole horizontes amplios y puros, no siempre buscados y encontrados, más por la imperfección de los hombres que por falta de valor de las ideas que entonces se expusieron.

Dos son los textos fundamentales que presiden el estudio histórico de las vacaciones laborales brasileñas. Uno que versa sobre las vacaciones de los empleados comerciales, bancarios, y de instituciones de asistencia privada; y otro referente a las vacaciones de los empleados de la industria, en las empresas periodísticas, gráficas, de comunicaciones, de transportes y de servicios públicos en general (4).

Aunque muy semejantes en sus líneas generales, esas dos normas transmitieron marcas distintas a la Consolidación de las Leyes del Trabajo, aprobada por el Decreto-ley N° 5.452 del 1° de mayo de 1943 y en vigor desde el día 10 de noviembre del mismo año.

Para la perfecta comprensión de los problemas que nos sugieren las disposiciones sobre vacaciones de la Consolidación, nos veremos obligados a remitirnos a aquellos dos decretos que, como elementos históricos subsidiarios de hermenéutica, nos permitirán una mejor inteligencia de la ley actual.

La Consolidación regula el tema a partir de su art. 129.

Estas vacaciones son de fundamento tan biológico, que el legislador abrió una excepción al principio de que el Derecho del Trabajo Brasileño no protege al empleado rural, como se vió arriba. Y eso porque, naturalmente, tanto éste como los empleados del comercio y la industria tienen el mismo organismo humano, con las mismas necesidades fundamentales.

La regla es que el derecho a las vacaciones se adquiere después de cada período de *doce meses* de vigencia del contrato de trabajo. Si esa es la regla, el empleado despedido, por ejemplo, con once meses de trabajo no tendrá derecho a vacaciones. El último día del período de doce meses de vigencia del contrato de trabajo es el que da nacimiento al derecho a las vacaciones. Es en ese momento que el empleado *adquiere aquel derecho*.

(4) Decretos N.os 23.103 y 23.768 de 19 de agosto de 1933 y 18 de enero de 1934.

Debe entenderse, por tanto, lógicamente, que para la adquisición de un segundo período de vacaciones será indispensable que el trabajador preste servicios doce meses más, y así sucesivamente.

Esos doce meses constituyen el *período adquisitivo del derecho a vacaciones*. Idéntica es la orientación del Código de Trabajo chileno (art. 98) y de la Ley del Contrato de Trabajo española (artículo 56) ⁽⁵⁾.

Adquirido el derecho a las vacaciones, en las condiciones enunciadas, ese derecho será ejercido dentro del plazo de un año, esto es, en los doce meses subsiguientes (art. 131).

Por ejemplo: un empleado "A", admitido por el patrón "B" el 13 de enero de 1947 adquirirá su derecho a la licencia el 13 de enero de 1948. El patrón "B" la deberá conceder, como máximo, antes del 13 de enero de 1949 porque en esta fecha, el empleado habrá adquirido derecho a un nuevo período de descanso anual remunerado y la ley brasileña no permite la acumulación de vacaciones.

Esa acumulación es inadmisibles como regla general, pero presenta una excepción. Por peculiaridades de la región o de la profesión ejercida, puede ser conveniente que las vacaciones sean acumulables, en beneficio del propio empleado o del servicio hecho por él. Siempre que ocurrieran algunos de esos casos excepcionales, el Ministro de Trabajo, Industria y Comercio podrá conceder la acumulación, cuando no exceda la reunión de más de tres períodos de licencias y que la entidad sindical representativa de la categoría interesada, la haya requerido por escrito ⁽⁶⁾.

Tales casos, sin embargo, por lo que sabemos, son rarísimos y las autoridades administrativas han sido hasta hoy, muy cautelosas en conceder ese permiso, que puede ocasionar graves perjuicios al desarrollo y la mantención normales del organismo del trabajador.

El patrón, como oímos, debe, pues, conceder, habitualmente, las vacaciones de sus empleados en los doce meses siguientes a la adquisición de ese derecho. Y ellas deberán ser dadas *en un solo período* sin ninguna discontinuidad. El art. 136 de la Consolidación consignó, aquí, la regla anteriormente enunciada en la "ley de los empleados de comercio". En su párrafo único, sin embargo, permite que en casos excepcionales sean fraccionadas las vacaciones en dos períodos, uno de los cuales, en ninguna hipótesis, podrá ser inferior a siete días. Parécenos que ahí reside una reviviscencia de la ley de los empleados de la industria, que permitía que las licencias fuesen obtenidas de una sola vez o en períodos distintos y no inferiores a cinco días, de acuerdo con los recíprocos intereses del patrón y del obrero. La "ley de los empleados de la industria", por tanto, seguía la misma línea doctrinaria del Código de Trabajo de Francia, según la versión de Rouast y Durand que escriben: "La licencia que no sobrepase los seis días hábiles debe ser continua; por encima de esta duración puede ser fraccionada si el asalariado lo consiente" ⁽⁷⁾.

(5) *Gallart Folch*, "Derecho Español del Trabajo", pág. 274.

(6) Artículo 131, párrafo único, de acuerdo con la redacción dada por el Decreto-Ley N° 9582, del 13 de setiembre de 1946.

(7) *Op. cit.*, pág. 368.

La Consolidación, pues, eliminó la hipótesis de la división de las licencias en varios períodos, a criterio de los interesados. Apenas ello será posible en casos excepcionales que no fueron, por lo demás, definidos por el legislador. Como veremos más adelante, la época de concesión de las licencias, en la ley brasileña, quedó enteramente confiada a la voluntad del empleador. Podría, así, parecer que la concepción de esos casos excepcionales, en último análisis, sería dado por los intereses de la empresa.

Esa interpretación, con todo, es errónea. Ya que la ley habla de *casos excepcionales*, entendemos que para permitirse la división de las licencias en dos momentos separados, deben existir motivos poderosos, de *fuerza mayor*, a juicio de la autoridad fiscalizadora del cumplimiento de las disposiciones laborales, que es el órgano administrativo.

La ley, sin embargo, fué todavía más lejos. Hizo una excepción dentro de la excepción.

Hay circunstancias en que el empleado gozará las licencias continuas incluso frente a casos excepcionales que, normalmente, podrían permitir el fraccionamiento del descanso anual. Aún cuando los interesados lo quieran, ello no será posible cuando se trate de un empleado menor de dieciocho años de edad o mayor de cincuenta (art. 136, parágrafo 2º). Y eso porque el organismo de ese empleado, por su formación incompleta o por el desgaste de la declinación, exige un reposo muy cuidadoso. Ni los interesados pueden, entonces, sobreponerse a las reglas inflexibles de esa norma jurídica, por su naturaleza eminentemente pública, ya que es de vivo interés de la sociedad que el trabajador tenga salud equilibrada y sea físicamente fuerte.

Como dijimos, el patrón tiene libre arbitrio para conceder las licencias a que sus empleados tengan derecho. Puede hacerlo en la ocasión que le parezca mejor, respetado el límite de doce meses posterior al "année de reference", como dicen los franceses, o sea, después del "período adquisitivo del derecho a la licencia".

Solamente cuando los miembros de una misma familia trabajaran en el mismo establecimiento o empresa, desde que todos hayan adquirido el derecho a las vacaciones, podrán gozarlas al mismo tiempo, con tal que: a) ellos así lo deseen; b) de ello no resulten perjuicios para el servicio (art. 139, parágrafo único).

La ley brasilera establece, así, una concesión al empleado, sin perjuicio del patrón, en nombre de la solidaridad doméstica, por el natural placer que la familia puede encontrar en el goce conjunto de los períodos de descanso, aprovechando las horas de ocio para la comunión del hogar; y también porque, en caso de licencias en colonias especiales o en estaciones de descanso, será menos dispendioso para el obrero veranear con la familia.

Se preguntará si es justo, todavía, que sólo el empleador decida la fijación de la época de las licencias. La ley así lo entendió, ya que lo determina, ciertamente, porque él es quien posee el poder directivo de la empresa y es quien conoce los momentos en que los servicios del establecimiento disminuyen o recrudescen como para exigir un menor o mayor número de trabajadores en el ejercicio de sus tareas. El ideal, sería que los órganos de fiscalización del Ministerio de Trabajo estuviesen suficientemente capacita-

dos para que se estableciese, en cada caso, la época adecuada de las licencias por determinación de la propia autoridad administrativa que oiría las conveniencias y las necesidades de las dos partes. Sin embargo, por la deficiencia de esos servicios, eso no es posible, habiendo, entonces, optado la ley brasilera por la solución arriba indicada que, si no es la mejor, al menos es la que menos perjuicios trae a la parte contraria.

Como compensación, para evitar que el empleado sea tomado de sorpresa y, bruscamente, de un día para otro, se encuentre de vacaciones sin tiempo de planear el buen aprovechamiento de sus días de holganza, el patrón deberá informarle *por escrito* y con una *anticipación mínima de ocho días*, su resolución. El empleado deberá dar recibo de ese aviso para dejar todo debidamente documentado (artículo 137).

El goce de licencia por el obrero quedará registrado en dos documentos, según dispone el artículo 138 de la Consolidación; a) en el libro de matrícula de los empleados, que cada empresa posee; b) en la libreta profesional del trabajador, cuyo uso es obligatorio en todo el territorio brasilero.

Como la libreta profesional queda en poder del empleado, no es otro el motivo por el cual la ley establece que el empleado *no podrá* entrar en vacaciones sin que, previamente, presente a su patrón el documento para el necesario registro. Nótese que la libreta profesional es la prueba plena, especial, sui generis, de la concesión de las vacaciones, según el art. 50, párrafo A) de la Consolidación.

Por otro lado, los empleadores acostumbran exigir, también, el recibo del empleado, en el acto en que éste recibe el salario relativo al momento de la licencia. De ese modo, la concesión de ellas queda sobradamente documentada y cuando escaseara la prueba documental de que han sido dadas, es evidente que el obrero no las gozó.

Hay un tema, en el capítulo de las vacaciones laborales, que ha originado serias discusiones doctrinarias y chocantes divergencias en el pronunciamiento de los tribunales especializados de la justicia del trabajo. Es el problema de la *duración de las licencias*.

La Consolidación de las Leyes del Trabajo, desde su redacción primitiva, había consagrado el criterio de las *licencias proporcionales*. Por ese sistema, el empleado gana un descanso mayor o menor, conforme haya sido mayor o menor el tiempo de servicio efectivo para la empresa en el transcurso del "année de référence". Haciendo así, el consolidador se apartaba de "la ley de empleados de comercio", que no tenía en cuenta el número de días en que el trabajador hubiese prestado servicios durante el año, para consagrar, en principio, la orientación de "la ley de los empleados de la industria".

Este último antecedente disponía que los empleados tenían derecho:

- a) A 15 días de licencia cuando trabajasen 250 días o más;
- b) A 11 días, cuando trabajasen más de 200 y menos de 250 días;
- c) A 7 días, cuando trabajasen menos de 200 y más de 150 días.

La Consolidación trató de ser más rigurosa. Así, disponía el artículo 132, en su primitiva redacción:

- a) 15 días hábiles a aquellos que hubieran quedado a disposición del empleador *durante los doce meses*.
- b) 11 días hábiles a los que hubieran quedado a su disposición por más de 200 días.
- c) 7 días a los que hubieran quedado a su disposición, menos de 200 y más de 150 días.

Con sólo tener esos elementos históricos, se podría entender sin grandes dudas de interpretación, que bastaba que el empleado, sin un motivo jurídicamente justo, faltara al servicio *una única vez* durante el año para que tuviese derecho a 11 días de licencia, porque no permaneció los doce meses a disposición del empleador. No hay duda que esa orientación de la ley era excesivamente rigurosa. Pero también no hay duda que era esa la orientación de la ley y debería haber sido mejor respetada de lo que fué por los jueces de trabajo que evocaron muchas veces, una inaplicable equidad para ordenar pagar quince días de licencia a empleados que habían faltado pocas veces al servicio, sin una razón plausible. Como se desprende de los comentarios de M. V. Cardoso de Oliveira, la ley anterior era más benévola ⁽⁸⁾. Y fué, por eso, justamente que los juzgadores en algunos casos resolvieron indebidamente, atenuar el rigor de la ley vigente.

Este punto de vista no quedaba perjudicado ni aún frente a la regla del art. 132, párrafo único, según el cual "está prohibido descontar, en el período de licencias, las faltas al servicio del empleado". En primer lugar, porque eso chocaría con la afirmativa anterior de la propia ley que el empleado para gozar quince días de licencia debe haber quedado a disposición del empleador durante los doce meses y evidentemente, no está a su disposición, el empleado que deja de ir al servicio, porque éste, entonces, no ejecuta sus órdenes ni las aguarda (art. 4). En segundo lugar, porque esa interpretación llevaría a la confusión de dos identidades jurídicamente diferentes: *el período de licencias*, esto es, el número de días de descanso anual remunerado, y *el período adquisitivo del derecho a la licencia*, esto es, los doce meses de vigencia contractual en el transcurso del cual el derecho a la licencia es conquistado, el "année de référence" del derecho francés. El *período de licencia*, sí, no puede sufrir descuentos por faltas del empleado al servicio.

Ejemplarizando: el empleado "X" durante doce meses de vigencia del contrato de trabajo tiene 10 faltas injustificadas al trabajo. Si el empleador sólo le da 5 días de licencia estará actuando ilegalmente porque descontó del período de licencia, sus diez faltas. Actuará acertadamente, sin embargo, si concediese a su empleado 11 días de licencia, aplicando la antigua escala del artículo 132 de la Consolidación, porque el trabajador "X" no tiene derecho a 15 días de licencia, por haber faltado al trabajo.

Los escritores especializados siempre lo entendieron en esa forma, inclusive Newton de Lima que analiza esos textos legales en su interesante monografía, para afirmar que los mismos llevan a "la conclusión de que para que el empleado quede con derecho a 15 días de licencia, es esencial que

(8) "Noções de Legislação de Previdência e do Trabalho", pág. 70.

no haya faltado sin causa justificada, ni un solo día, en el transcurso de los doce meses correspondientes al período de adquisición del derecho, lo que, convenimos, es difícil de verificarse ⁽⁹⁾.

Si así no fuese, la escala del art. 132, en su redacción anterior, arriba transcrita, sería inútil, pues no habría hipótesis en que tuviera aplicación: o el empleado tendría derecho a la licencia de quince días, o no tendría derecho a licencia. Y no puede admitirse, en principio, que el legislador haya escrito un texto inútil.

Es importante señalar que en la mayoría de las legislaciones cultas de Occidente las licencias son siempre dadas en función del número de días efectivamente trabajados por el obrero durante el período de adquisición del derecho. Las razones de ello son fácilmente comprensibles. Las licencias tienen por finalidad la reparación del desgaste orgánico sufrido por el trabajador y, por eso, necesita mayor reposo quien más trabajó.

El Código de Trabajo de Chile, en su artículo 98, establece que el empleado para tener derecho a licencias debe trabajar, por lo menos, un año en el establecimiento. El mismo artículo dispone que tendrá derecho a 15 días de licencia si hubiera trabajado en el año 288 días y si hubiera trabajado *menos de 288 y más de 220 días* su licencia será de una semana. En caso contrario, no tendrá derecho al descanso ⁽¹⁰⁾.

Según se desprende de la parte final del art. 82 de la ley mejicana, según las palabras de Mario de la Cueva, hay en el Derecho de Trabajo de aquel país una única hipótesis de reducción del período de licencia del trabajador (4 días después de un año de servicios; 6 días después de dos años de servicio): que el obrero *haya faltado al trabajo sin motivo justificado* durante el período de adquisición del derecho ⁽¹¹⁾.

En la Argentina, la ley 11.729 modificando el art. 156 del Código de Comercio, estableció una escala de licencias para los empleados de comercio proporcional al tiempo de servicio de los mismos en el establecimiento, de 10 a 30 días. Un decreto del 23 de enero de 1945, del Poder Ejecutivo de la República Argentina, sin embargo, extendió los beneficios de la ley 11.729 a todos los trabajadores nacionales. Y el art. 2 de ese Decreto establece expresamente: "El trabajador, para tener derecho, cada año, al beneficio establecido en el artículo anterior, *deberá haber prestado servicios durante la mitad, como mínimo, de los días hábiles comprendidos entre el 1º de enero y 31 de diciembre*" ⁽¹²⁾.

El Código de Trabajo de Francia establece y consagra el mismo principio. La licencia normal del trabajador francés es de 15 días por año, o sea, *doce días hábiles*. Esos doce días corresponden a los doce meses del año. Por eso, Pierre Waline, en su curso del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de París enseña: "La duración de la licencia es en principio, *de un día hábil por mes de trabajo efectivo*". En esa forma, las li-

(9) "Férias Trabalhistas", pág. 26 y sigtes.

(10) Alfredo Gaete Berrios, "Manual del Derecho del Trabajo", pág. 85.

(11) "Derecho Mexicano del Trabajo", 1er. vol., págs. 528 y 529.

(12) Francisco García Martínez y Julio Argentino García Martínez, "El contrato de trabajo", págs. 261 y 262.

cencias serán mayores o menores, conforme el empleado haya trabajado efectivamente mayor o menor número de meses durante el año ⁽¹³⁾.

El art. 114 de la legislación soviética, a su vez, establece que después de cinco meses y medio, por lo menos, de trabajo ininterrumpido, el obrero tiene derecho a un reposo de dos semanas, como mínimo. De modo que el legislador del país que se intitula la patria de los trabajadores es riguroso como ningún otro: basta que el empleado tenga una falta a sus tareas para que no tenga derecho a licencia, en tanto que en el Brasil, por la redacción del art. 132 de la Consolidación, anterior a la ley N° 816 de 9 de setiembre de 1949, el empleado que tuviese una falta en el empleo no perdería el derecho a la licencia, sufriendo, apenas, una reducción del reposo anual ⁽¹⁴⁾.

En Italia, la Carta del Lavoro exige, también, para la concesión de licencias, un año de servicio ininterrumpido por parte del empleado, con las derogaciones indicadas por Riva Sanseverino ⁽¹⁵⁾.

Luego, la orientación seguida por el Brasil, estableciendo licencias proporcionales al número de días trabajados por el empleado durante los doce meses de vigencia del respectivo contrato de trabajo, era y es la orientación adoptada pacíficamente por todos los países modernos. En esa forma, la interpretación que intentaba dar un sentido diverso a las disposiciones en vigor era falsa ante la finalidad del instituto, ante el texto legal y ante el derecho comparado.

Creando, sin embargo, todavía mayores dificultades sobre el asunto, sobrevino la ley N° 816 del 9 de setiembre de 1949, ya mencionada.

Serán siempre pocas las severas críticas que se puedan hacer a la redacción dada por el legislador brasileño al mencionado texto legal. Basta para eso, como en seguida se demostrará, mencionar que la redacción nueva que la ley N° 816 dió al artículo 132 de la Consolidación originó casos insolubles en la práctica, por la multiplicidad de disposiciones diferentes aplicables al mismo hecho.

Como ya se vió, el artículo 132 de la Consolidación establecía: "Después de cada período *a que alude el artículo 130* (nota del comentador: período de doce meses de vigencia contractual), los empleados tendrán derecho a licencia, en la siguiente proporción: a) 15 días hábiles a los que hubieran quedado a disposición del empleador durante los doce meses; b) 11 días hábiles a los que hubieran quedado a disposición del empleador por más de 200 días; c) 7 días hábiles a los que hubieran quedado a disposición del empleador por menos de 200 y más de 150".

La ley N° 816 mantuvo el cuerpo del artículo (y esto es importante), e hizo alteraciones en los incisos del mismo. Agregó un inciso nuevo, numerado como inciso "A" y repitió los incisos inscritos en la antigua redacción de la disposición, apenas numerándolos en forma diversa. El antiguo inciso "A" pasó a ser inciso "B", y así sucesivamente.

(13) "Droit du Travail", cap. IX, Fasc 3°, pág. 209.

(14) *Dorval de Lacerda*, "A Legislação do Trabalho na Russia Soviética", págs. 107 y 108.

(15) "Corso di Diritto del Lavoro", pág. 339.

El resultado de eso fué el siguiente texto: "Después de cada período de doce meses a que se refiere el artículo 130, los empleados tendrán derecho a licencia, en la siguiente proporción: a) *Veinte días hábiles a los que hubiesen quedado a disposición del empleador durante los doce meses y no hayan tenido más de seis faltas, justificadas o no, en ese período;* b) *Quince días hábiles a los que hubiesen quedado a disposición del empleador durante los doce meses;* c) *Once días hábiles a los que hubieren quedado a disposición del empleador por más de doscientos días;* d) *Siete días hábiles a los que hubieren quedado a disposición del empleador por menos de 200 y más de 150 días*".

El Dr. Armenio Monjardim, consultor jurídico del Centro de las Industrias de Río Grande do Sul, emitió su parecer sobre el asunto, señalando la situación dubitativa creada por la ley N° 816, que no estableció un límite que permita saber cuando el empleado tendrá, en realidad, derecho a 15 días de licencia. El referido comentarista, sin embargo, no aventuró una solución para el caso, confiándola, precavidamente, a los tribunales laborales del país ⁽¹⁶⁾.

Si el trabajador, durante el "année de référence", tiene menos de seis faltas (justificadas o no), es claro que en virtud del actual inciso A del artículo 132, tendrá derecho a 20 días hábiles de licencia. El empleado que no tiene ninguna falta tendrá derecho a eso.

Al mismo tiempo, entre tanto, podría decirse que ese empleado, en vista del inciso B, sólo tendría derecho a 15 días, porque estuvo durante los doce meses a disposición del empleador.

La dificultad, entonces, sería pequeña. Se decidiría, de acuerdo con la equidad, en favor del "hiposuficiente" que es el empleado.

Pero si un trabajador tuviera más de seis faltas injustificadas, por ejemplo:

- a) No tendrá derecho a 20 días de licencia en la forma del inciso A;
- b) No tendrá derecho a 15 días de licencia porque, en la forma del inciso B no permaneció durante los doce meses a disposición de su superior jerárquico.
- c) Tendrá derecho a 11 días, de acuerdo con el inciso C, por haber trabajado más de 200 días.

Ahora bien; si el obrero que tiene menos de seis faltas tiene derecho a 20 días de licencia y el que tiene más de seis faltas tiene derecho a 11, es evidente que jamás un empleado brasileño podrá gozar 15 días de descanso anual. A ese absurdo llegó nuestra legislación.

Debería la ley, por tanto, haber establecido un límite de faltas, superior a seis pero que exigiese más de 200 días de trabajo para que, entonces, el empleado gozase una licencia de una quincena. Ese punto es el que requiere, de inmediato, con urgencia, una reforma, so pena de estar el Derecho Social colaborando a la discordia de clases, a las discusiones internas y a la lucha de los intereses que en la producción deben desarrollarse paralelamente.

⁽¹⁶⁾ Boletim do Centro das Industrias, de 26 de octubre de 1949, página 308. - Porto Alegre.

Pensamos primeramente dar a la ley N° 816 una interpretación un poco elástica, admitiendo que tal vez no fuese preciso dejar completado el período adquisitivo del derecho (12 meses de vigencia del contrato) para el goce de licencias. Pero la redacción del artículo 132, aún después de reformada por la ley N° 816, hace remisión expresa al artículo 130 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo. Y ese artículo 130 dice textualmente: "El derecho a licencia es adquirido después de cada período de doce meses de vigencia del contrato de trabajo".

De modo que la única interpretación exacta es la siguiente:

Como el inciso A y el inciso C del artículo 132 de la Consolidación, actualmente, de modo expreso, fijan límites para el goce de 20 o de 11 días de licencia; como el inciso B no fija límite ninguno, siendo vago y susceptible de interpretación; como los incisos A y C, por su claridad, se independizan de la interpretación (*interpretatio in claris cessat*); es evidente que deberán ser aplicadas, conforme el caso, el inciso A o el inciso C. Y el inciso B se torna un intrínquilis de orden legal, aislado, perdido, inútil, en medio de la Legislación brasileña, sin ningún valor práctico, por ser absolutamente inaplicable.

El trabajador brasileño, por tanto, no puede gozar 15 días de licencia porque frente a la ley expresa (incisos A y C), no tiene aplicación, por hermenéutica, la ley omisa (inciso B).

Como ya se destacó, el derecho a la licencia es adquirido en doce meses de vigencia del contrato de trabajo y gozado en los doce meses subsiguientes a esa adquisición.

La ley N° 816, del 9 de setiembre de 1949, como también ya dijimos, entró en vigor de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Introducción al Código Civil Brasileño, cuarenta y cinco días después de su publicación en el Diario Oficial de la Unión, esto es, entró en vigor el día 2 de noviembre de 1949.

Ese hecho, ante las disposiciones de la Consolidación que determinan el modo de adquisición y el modo de goce de las licencias, creó una interesante cuestión de *derecho intertemporal*.

Si el empleado *adquire* el derecho a la licencia antes del 2 de noviembre de 1949 y va a ejercer ese derecho después del día 2, en el caso que no haya tenido seis faltas al servicio, ¿a cuántos días de licencia tendrá derecho?

En otras palabras: ¿cuál es la ley aplicable? ¿La ley del tiempo en el que el derecho fué adquirido o la ley del tiempo en que la ley va a ser aplicada?

Si se fuese a resolver ese conflicto de leyes en el tiempo desde el punto de vista exclusivo de la equidad, que en el Derecho del Trabajo tiene una amplitud no vulgar, se concluiría aplicando la norma más favorable al trabajador.

Acontece, sin embargo, que en el caso, se juega con un *derecho adquirido* que debe ser siempre respetado por la ley nueva. El empleado adquirió el derecho a la licencia durante la vigencia de la ley antigua. Luego,

ese derecho sólo podrá ser ejercido de acuerdo con la ley bajo el imperio de la cual fué erigido.

En caso contrario, se permitiría que la ley N° 816 estuviera lesionando y modificando derechos adquiridos.

En el Derecho Brasileño, la ley nueva, salvo disposición expresa en contrario, como establece el artículo 6 de la Ley de Introducción al Código Civil, nunca alcanzará *las situaciones jurídicas definitivamente constituidas*. A su vez, la Constitución Federal, superviniente, también declara: "La ley no perjudicará el *derecho adquirido*, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada" (Artículo 141, parágrafo 3°).

Siendo así, las hipótesis son estas:

I) El empleado adquiere derecho a licencia antes del 2 de noviembre y entra en el ejercicio de ese derecho antes de la fecha mencionada. En ese caso, aún cuando la licencia termine después del 2 de noviembre, ellas se regularán por la ley anterior, pues fué bajo su imperio que la situación jurídica quedó definitivamente constituida.

II) El empleado adquiere el derecho antes del 2 de noviembre y entra en el ejercicio del mismo después de esa fecha. La solución es la indicada en el ítem I. Las razones son las mismas.

III) El último día del "année de référence" cae el día 2 de noviembre o en día posterior. El último día de los doce meses del plazo de adquisición del derecho es el que consolida el beneficio. Luego, la constitución de la situación jurídica se habrá hecho efectiva bajo la vigencia de la ley nueva, esto es, de la ley N° 816, que será aplicable.

Dentro de esos tres principios quedan resueltas todas las dudas que puedan aparecer en la solución del conflicto en el tiempo, entre la redacción antigua y la redacción actual del artículo 132 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo. Fueron ellos afirmados también en consonancia con los principios que solucionan los conflictos intertemporales en el derecho de las obligaciones (17).

Así como prohibió que las faltas del empleado fuesen descontadas del período de goce de licencia, la ley se encargó de especificar cuáles faltas no serán descontadas, a los efectos de la escala del artículo 132, del período adquisitivo del derecho a licencia.

La Consolidación regula la materia en su artículo 134, también alterado por la mencionada ley N° 816 del 9 de setiembre de 1949. Y las ausencias justas a los efectos del cálculo de las licencias, son las siguientes: a) motivadas por accidentes de trabajo; b) por enfermedad atestiguada por una institución de previsión social, a no ser que esa enfermedad se prolongue, de modo de recibir del instituto de asistencia, auxilio por un plazo superior a seis meses; c) ausencia del empleado debidamente justificada a criterio del empleador; d) el tiempo de suspensión motivado

(17) De Ruggiero, "Instituzioni di Diritto Privato", pág. 52; Espinola e Espinola (h.), "Tratado de Direito Civil Brasileiro", 2° vol., pág. 360; Eduardo Espinola, "Sistema de Direito Civil Brasileiro", 1er. vol., pág. 238.

por sumario administrativo tramitado ante la Justicia del Trabajo para el despido del empleado estable, en el caso de ser juzgado improcedente el sumario; e) la determinada por una de las hipótesis del art. 473 y sus párrafos de la Consolidación de Leyes del Trabajo, disposición que autoriza al empleado a faltar dos días al servicio, sin perjuicio de los salarios, en caso de muerte del cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o persona que viva bajo su dependencia y cuyo nombre figure en la respectiva libreta profesional; o a faltar un día en la eventualidad del nacimiento de un hijo, lo que es concedido en el correr de la primera semana con el objeto del registro civil del recién nacido; f) los días en que, por conveniencia de la empresa, no haya tenido trabajo, a no ser que el empleado deje de trabajar por más de treinta días, sin perjuicio de la remuneración.

Si esas faltas, indicadas en el artículo 134, no pueden ser descontadas del período adquisitivo del derecho a licencia, *a contrario sensu*, sólo se puede concluir que todas las otras, aquellas no incluídas por el legislador entre las faltas justas, serán descontadas del mismo período. Y el descuento, ¿para qué será hecho? Es claro que para la aplicación de la escala del artículo 132, anteriormente analizado.

Por otro lado, el artículo 133 de la Consolidación indica los casos en que el empleado no tiene derecho a licencia:

- a) cuando se retire del trabajo y no fuera readmitido dentro de los sesenta días subsiguientes a su salida, *no importando saber la razón de su egreso*.
- b) cuando permanezca por más de treinta días en goce de licencia o sin trabajar por cualquier motivo sin perjuicio del salario.
- c) cuando recibieran en el transcurso del período adquisitivo subsidio por enfermedad por más de seis meses, aunque los plazos de ese auxilio sean discontinuos.

Se entiende que en tales casos, el trabajador tuvo oportunidad para descansar, para recuperar las fuerzas gastadas, para restablecerse a fin de enfrentarse a las nuevas luchas de su actividad profesional.

Ocurrido uno de esos hechos interruptivos de la prestación de servicios, para que el mismo produzca efectos legales, se exige un requisito de forma como es la consignación del hecho en la libreta profesional del empleado (artículo 133, párrafo único).

No hay duda de que los términos de la disposición son claros, cortantes e intergiversables. Pero por la naturaleza plástica del Derecho del Trabajo son susceptibles de severas críticas. Como es sabido, las anotaciones de la libreta profesional no tienen presunción *juris et de jure* de verdad. Admiten prueba en contrario. Así, la ausencia de anotaciones en las hipótesis antes estudiadas es, de hecho, un principio de prueba en beneficio del trabajador. Si el empleador neutralizase, con pruebas convincentes, esa presunción *juris tantum*, nos parece que sería mejor considerar que el trabajador no tiene derecho a licencia.

La exigencia del artículo 133, párrafo único, sólo tendría cabida si las anotaciones del documento tuviesen fuerza absoluta, lo que no ocurre, según la doctrina y la unánime jurisprudencia de los tribunales brasileños.

La formalidad referida, que la ley reputa esencial, no tiene, pues, la menor razón de ser, especialmente si se considera que la libreta, quedando en poder de su dueño, puede no ser presentada por él al empleador con el fin especial del registro exigido, de manera de dejar burlado a éste en sus derechos.

Otro tópico de relevancia práctica es el de la *remuneración* de las vacaciones.

Las licencias se disfrutan, como es principio universal, sin sufrir el menor perjuicio desde el punto de vista del salario.

Cuando se trate de empleado remunerado por mes, se calcula el salario correspondiente a las vacaciones dividiéndose la remuneración mensual por 30 y multiplicando el resultado por el número de días de las propias vacaciones.

Pero cuando el salario fuera pagado por hora, por día, a destajo o en base a comisiones, porcentajes o gratificación, la referencia del cálculo será el promedio recibido por los interesados en el período correspondiente a las vacaciones, esto es, en los doce meses en los que hayan adquirido derecho a ellas (artículo 140).

La ley en ese punto es bastante razonable. El empleado por hora, por ejemplo, puede trabajar menos o más del turno habitual. Y como las licencias deben ser rigurosamente proporcionales al tiempo de servicio efectivo del trabajador en virtud de su naturaleza biológica, el cálculo del promedio recibido por el interesado reforzará aquel criterio. En la misma forma, el salario de las licencias variará en proporción directa de los servicios ejecutados por el obrero durante el año.

Si parte de la remuneración fuera pagada en utilidades, serán ellas convertidas en dinero a los efectos de ese pago de licencias, computadas de acuerdo con las anotaciones existentes en la libreta profesional. A falta de esas anotaciones, entendemos que podrá ser usado cualquier otro medio hábil de prueba de las condiciones contractuales. El legislador volvió, pues, a reafirmar implícitamente el valor probatorio de la libreta profesional, que es la prueba predilecta del contrato en su integridad jurídica (artículo 140, parágrafo 2).

Como las licencias buscan reparar las deficiencias físicas del empleado que trabajó durante un año y como, en general, ese empleado va a procurar, en el período de reposo, distracciones, la ley estipula que el pago del importe referente a la licencia sea hecho hasta la víspera del día en que el empleado entró en el goce de las mismas (artículo 141).

En ninguna hipótesis, por otra parte, la cantidad relativa a las vacaciones, que es salario auténtico y posee, por consiguiente, naturaleza alimenticia, puede ser perjudicada.

La protección que se le da en la ley brasileña, es integral.

Podemos resumir, de la siguiente manera, la defensa de la concesión de las licencias:

1º) Cuando al rescindir el contrato, el empleado ya tuviere derecho a algún período de licencia, el patrón estará obligado a pagarle en dinero,

el importe equivalente a ese período (art. 142). Si así no lo hiciere, el interesado podrá cobrarse judicialmente por ante la justicia del trabajo, lo que se le adeudara.

2º) En caso de quiebra, concordato o concurso de acreedores, las licencias constituirán, integralmente, crédito privilegiado, desde que el trabajador haya adquirido derecho a ellas (artículo 144).

3º) Si el empleador dejara vencer el plazo estipulado en el art. 131 para la concesión de las licencias, sin que el empleado las haya gozado, quedará obligado a pagarle, a título de indemnización por licencia, un importe correspondiente al duplo de las vacaciones no concedidas (artículo 143, parágrafo único).

Pero para que sean adeudadas licencias dobles, deben haber adquirido, primeramente, los empleados, derecho a licencia y después, es preciso que el patrón no las conceda en los doce meses subsiguientes a la adquisición de ese derecho. El empleado que el 15 de diciembre de 1947 adquirió el derecho y que fué despedido el 25 de marzo de 1948, sin gozarlas, podrá solamente pedir el pago de sus licencias simples, en los términos del mencionado artículo 142. Eso, porque fué él despedido en época en la cual podría, por decisión de su superior, haber tenido licencia. Continuando, sin embargo, la prestación de servicios y "si no le fueran concedidas las licencias dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que tiene derecho a las mismas, en este caso el empleador queda obligado a pagarle un importe correspondiente al doble de la licencia no concedida" (18).

Por otro lado, si el empleador se hubiere rehusado a pagar licencias alegando alguna disposición legal sobre el caso, el artículo 143, parágrafo único, estipula que eso excluirá el pago de indemnización de licencias dobles.

Concluimos de esto que aún cuando se venga, a posteriori, a verificar que el motivo de la resistencia del empleador era injusto, siempre que no llegase a lindar con la mala fe o con futilidades, estará exento del pago doble. Vale, en el caso, la buena intención del empleador de defender sus derechos. No sería justo castigarlo por una razonable cautela.

4º) Cualquier infracción, de parte del empleador, a los artículos de la ley de la materia implicará la sanción de una multa, variable de 100 a 5.000 cruzeiros, a juicio exclusivo de la autoridad competente (art. 146).

Para los fines indicados y para los demás trabajos de fiscalización del cumplimiento de la ley de licencias, desarrollan acción conjunta en el Distrito Federal, el Departamento Nacional del Trabajo; en los Estados, las respectivas Delegaciones Regionales de Trabajo y los fiscales de las instituciones de previsión social en la forma de instrucciones emanadas del Ministro de Trabajo, Industria y Comercio.

Para la aplicación de la multa de que trata el artículo 146, la autoridad competente será siempre un órgano del Ministerio de Trabajo: o el Departamento Nacional del Trabajo o las Delegaciones Regionales. Nunca, los fiscales de las instituciones de previsión.

(18) *Newton de Lima*, op. cit., pág. 90).

Esa competencia fiscalizadora y aún punitiva es de índole administrativa. Siempre que ocurrieran conflictos entre empleados y empleadores sobre licencia, el incidente será de exclusiva alzada y apreciación de la Justicia del Trabajo, en los términos del artículo 147, combinado con el artículo 643, ambos de la Consolidación.

5º) El plazo de las licencias, para todos los efectos, es considerado como de servicio efectivo (artículo 145).

Ahora bien, es claro que el empleado de licencia no está en servicio. Al contrario. Para el cálculo del tiempo de servicio del empleado, pues, los períodos de licencia deberían ser excluidos. Para que el trabajador tenga una protección más acentuada, para que él no sufra perjuicios por gozar de vacaciones, el artículo 145 abrió esa excepción a la regla general del artículo 4 de la Consolidación que dispone que tiempo de trabajo efectivo es aquél en el que el obrero está a disposición del superior jerárquico ejecutando o, al menos, aguardando órdenes.

Sin embargo, desde que las licencias no sean concedidas y sí pagas en dinero, el tiempo de ellas no se incluye en el tiempo de servicio del empleado. Y eso puede tener consecuencias prácticas interesantes. Si el empleado tiene un año, cinco meses y veinte días en la fecha en que vence el preaviso que le anunció el despido y si no le fuera concedida licencia, podrá demandar: a) el pago de un mes de salario a título de indemnización por despido injusto; b) un período de licencia. Si éste fuese incluido, aun pagado en dinero como el preaviso, en el tiempo de trabajo del obrero, el trabajador tendría más de un año y medio de servicio y, por tanto, su indemnización por despido injusto sería de dos meses de salario, lo que no acontece.

Como consecuencia del hecho de considerar al empleado de licencia como prestando servicios, surge la regla de que de la remuneración de las licencias son descontadas las contribuciones al instituto de previsión social (artículo 145).

6º) El derecho de reclamar la concesión de las licencias prescribe en dos años, contados desde la fecha en que termina la época en la que deberían haber sido gozadas (artículo 143).

Síguese aquí, la línea general de la Consolidación en materia prescriptiva (artículo 11).

Pero la prescripción sólo comienza a correr después de transcurridos doce meses de la adquisición del derecho a licencia, esto es, después de pasado el plazo en que el empleador podría concederla, lo que es lógico; razonable y coherente con los principios generales que regulan el instituto de la prescripción.

Dos hipótesis distintas deben ser consideradas:

A) El empleado no recibe licencia y continúa trabajando en el establecimiento. En ese caso, tiene aplicación integral lo dispuesto en el cuerpo del artículo 143, arriba reproducido.

B) El empleado egresa del establecimiento con licencias en su haber. En ese caso, créase con la rescisión del contrato, la imposibilidad material y jurídica del empleador de dar licencias al empleado. La prescripción

comienza a correr desde el momento en que el derecho fué violado, instante en el que la parte perjudicada puede defender su derecho ofendido y no actúa. El plazo de prescripción de dos años corre, ipso facto, a partir del despido o de la dimisión, según el caso.

Esa interpretación encuentra, en parte, apoyo en el discutido artículo 143, cuando esa disposición dice que el plazo de prescripción comenzará a correr desde la fecha en que termina la época en que debía ser gozada la licencia. Y con la rescisión contractual termina la época en que el empleador podría dar licencia al empleado, pues ésta fluye del propio contrato y para ser gozada presupone la existencia del pacto laboral.