

# Puntos críticos sobre las vacaciones en el sistema peruano

**Jorge Toyama Miyagusuku**

Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo. Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

El derecho a las vacaciones o descanso anual remunerado tiene reconocimiento en las normas internacionales sobre Derechos Humanos, en nuestra Constitución, y últimamente en determinados aspectos, suele ser un tema de controversia en la doctrina y jurisprudencia peruanas. Las vacaciones es uno de los beneficios universales laborales pero su tratamiento presenta una serie de variantes en los sistemas positivos, tanto por su fuente de regulación como su contenido mismo.

Estamos ante un derecho fundamental que centralmente busca otorgar un descanso remunerado al trabajador para que pueda tener un tiempo libre de recreación, recuperación de fuerzas para continuar laborando y descanso en general del trabajo ordinario (esta es la finalidad central en las normas peruanas), o simplemente exista una desconexión del trabajo<sup>(1)</sup>. Para otros, se trata de una partida salarial que retribuye el trabajo del trabajador en forma diferida, configurándose como un derecho del empleador a la distribución del tiempo de descanso del trabajador<sup>(2)</sup>. A ello, se debe agregar, en otras legislaciones, una función de distribución del tiempo del trabajo -mecanismo de distribución del empleo- e inclusive, un imperativo para que el trabajador descanse y se abstenga de todo trabajo remunerado<sup>(3)</sup>.

A través de estas líneas, queremos dedicar algunas reflexiones sobre los puntos críticos de las vacaciones en función a lo expresado en las normas vigentes, la doctrina y especialmente la jurisprudencia peruana<sup>(4)</sup>, sin dejar de tener en cuenta los proyectos de Constitución y de Ley General del Trabajo<sup>(5)</sup>.

## 1 Marco constitucional.

A nivel constitucional, el artículo 25 de la Constitución de 1993 prevé que los trabajadores tienen derecho a un descanso anual remunerado, y su disfrute y compensación se regula por ley o por convenio. De esta forma, tenemos que la Constitución reconoce el derecho al descanso remunerado sin pronunciarse sobre los requisitos, contenido, temas de delegación normativa a la autonomía privada y las vicisitudes que pueden presentarse, los que serán regulados por la normativa infraconstitucional.

Es oportuno destacar la referencia a la posibilidad de regulación de las vacaciones por un convenio -léase convenio colectivo de trabajo-. Estamos ante las pocas referencias normativas que apuestan por la promoción a la autonomía colectiva en la autoregulación de las condiciones de trabajo. Ciertamente, a nivel legal no

- (1) ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otros. *Compendio de Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 266.
- (2) CHARRO BAENA. Citado por: AA.VV. En: MOLERO MANGLANO, Carlos (dirección). *Estructura del contrato de trabajo*. Madrid: Dickinson, 1997. p. 554.
- (3) Por todos, véase: DAUBLER, Wolfgang. *Derecho del Trabajo*. Madrid: MTSS, 1994. p. 603.
- (4) Las sentencias han sido obtenidas de las Revistas *Actualidad Laboral*, *Análisis Laboral* y *Asesoría Laboral: Manual de Jurisprudencia Laboral*. Lima: Economía y Finanzas, 1997; AREVALO VELA, Javier. *Jurisprudencia laboral seleccionada*. Lima: Cuzco, 2002; URQUIZO VEGA, Francisco. *Jurisprudencia laboral*. Trujillo: Marsol Perú, 1996; y, de nuestro archivo personal.
- (5) En el caso del Proyecto de Ley General del Trabajo, nos referiremos a la última versión preparada por la Comisión de Expertos que fue entregada a la Comisión de Trabajo del Congreso de la República. De acuerdo con la agenda legislativa aprobada por el Consejo Directivo del Congreso, este Proyecto se debatirá en la segunda legislatura del período 2002-2003. Las referencias a la Ley General del Trabajo se realizarán centralmente en los casos donde se proponga una innovación con relación al sistema vigente.

encontramos mayor desarrollo a esta posibilidad de regulación.

En torno al nivel constitucional, debemos indicar que el texto del Proyecto de Constitución en la parte laboral -aprobada por unanimidad del empresariado, trabajadores, Estado y laboristas- indica que "(l)os trabajadores tienen derecho a descanso remunerado semanal, anual y en días feriados conforme a ley". Si bien no se realiza alguna mención a la autonomía privada en la regulación de los descansos remunerados, ello no estaría vedado en tanto que el propio proyecto del texto constitucional continúa reconociendo el carácter normativo a los convenios colectivos y, más todavía, plantea -en forma innovativa- el reconocimiento a la autonomía privada como un principio central en la regulación de las relaciones laborales y de la paz social en general.

Además, es oportuno indicar que el Perú ha ratificado el Convenio No. 52 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) sobre el derecho vacacional. En virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con las normas internacionales sobre Derechos Humanos aprobadas por el Perú; en tal sentido, este Convenio OIT sirve de marco para el desarrollo normativo del derecho vacacional<sup>(6)</sup>.

En este contexto, es importante advertir sobre los alcances subjetivos del derecho vacacional. La Constitución de 1993 no prevé alguna diferenciación sobre el ámbito subjetivo de aplicación de las vacaciones con relación a los trabajadores; concretamente, sobre el cumplimiento de una jornada determinada para acceder a este derecho. Como veremos, la legislación interna exige como requisito esencial para el goce vacacional el cumplimiento de un mínimo de horas mientras que el Convenio OIT No. 52 no excluye a los trabajadores contratados por horas del derecho a las vacaciones<sup>(7)</sup>. Este es uno de los puntos de desencuentros en materia de vacaciones entre la legislación interna y la internacional. Nosotros estimamos que los trabajadores contratados a tiempo parcial debieran tener derecho a vacaciones, cuando menos en los seis días que prevé el Convenio OIT No. 52.

## **2 El derecho al descanso vacacional: contenido general.**

### **2.1 Marco general.**

A nivel legal, el descanso físico vacacional se encuentra regulado por el Decreto Legislativo No. 713 del 8 de noviembre de 1991, Ley de Descansos Remunerados -en adelante la Ley-, así como por su reglamento, el Decreto Supremo No. 012-92-TR del 3 de diciembre de 1992, en adelante el Reglamento. Dichas normas reconocen a los trabajadores el derecho a treinta días calendario de descanso físico vacacional por cada año completo de servicios, siempre que se verifique el cumplimiento del respectivo récord vacacional. Las vacaciones, por ende, subsumen los días de descanso semanal remunerados y los feriados, salvo pacto expreso más favorable.

En esta línea, se desprende que estamos ante una norma imperativa mínima que importa que los trabajadores tengan el derecho antes citado y no pudiéndose pactar contra una norma imperativa en forma peyorativa; si existiera tal pacto, en virtud del principio de irrenunciabilidad de derechos, cabría alegar la nulidad del acto de disposición.

En nuestro sistema, tradicionalmente las vacaciones han sido de 30 días naturales y éstas no se incrementan por el tiempo de servicios como prescriben buena parte de la legislación comparada y lo recomienda la OIT. Al respecto, consideramos que, en tanto el Convenio OIT No. 52 (1936) indica que las vacaciones son, como mínimo seis días por cada año calendario y debieran éstas incrementarse por la antigüedad, la norma peruana prevé el derecho a 30 días desde el primer año y ello representa el reconocimiento de una cuantía vacacional razonable desde el primer año. Ahora bien, debemos también advertir que el Convenio OIT No. 132 (1970), no ratificado por el Perú, prevé tres semanas laborales por año de servicios pero no establece la obligación de incrementar las vacaciones por el tiempo de servicios.

Aun cuando las normas laborales no lo prevén expresamente, consideramos que resulta posible que se pacte el goce de vacaciones por el equivalente a un número determinado de días útiles o hábiles. Esta es

(6) Otras normas internacionales reconocen el derecho a las vacaciones pero de manera general sin aludir a los aspectos concretos del descanso vacacional. Son el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(7) El Proyecto de Ley General de Trabajo elimina el requisito de número de horas para conferir el derecho a las vacaciones. De este modo, el trabajador contratado por tiempo parcial (trabajadores contratados por una jornada inferior a la jornada ordinaria a la empresa) tendría derecho a las vacaciones anuales remuneradas (artículos 29 y siguientes del Proyecto).

una práctica -en nuestro medio- en aquellas empresas transnacionales que aplican una política corporativa (el número de días fluctúa entre 21 y 22 días hábiles al año)<sup>(8)</sup>.

Finalmente, debemos advertir que nuestro sistema no prohíbe el trabajo remunerado -dependiente o independiente- durante el goce de las vacaciones, de tal manera que se permite el pluriempleo durante las vacaciones (precepto frecuente en países desarrollados y que se encuentra en el Convenio OIT No. 132, en tanto que se pretende que el trabajador goce efectivamente de vacaciones; más todavía, el empleador suele tener derecho al reembolso en caso que el trabajador laborase durante su descanso vacacional); empero, ciertas obligaciones derivadas de la buena fe laboral persisten durante el descanso vacacional tales como el pacto de no competencia.

## 2.2 Requisitos para el goce vacacional.

El derecho a las vacaciones, entendido como goce físico vacacional, nace en nuestro sistema luego de transcurrido el año calendario para su goce (criterio de la postanualidad). Por ende, no compartimos el criterio de que las vacaciones nacen en función de los servicios prestados o previstos dentro del año calendario; en suma, se tiene un descanso por vacaciones en cada año natural y dentro de éste<sup>(9)</sup> (criterio de la interanualidad).

Consideramos que las vacaciones nacen, en nuestro sistema, luego de cumplido el año calendario. Esto se aprecia porque no se reconoce el derecho al descanso físico vacacional trunco y, especialmente, porque se prevé que el empleador puede compensar económicamente en los casos que decida que el período vacacional deba comenzar en una oportunidad diferente a la fecha de ingreso.

El derecho a las vacaciones anuales remuneradas se encuentra condicionado a que el trabajador cuente

con un año calendario de servicios desde que ingresó a prestar servicios (artículo 10 de la Ley) y cumpla con los siguientes requisitos:

a) Que el trabajador cumpla una jornada mínima de cuatro horas diarias -o en promedio-. Si el trabajador no cumpliera dicha jornada, éste tendrá igual derecho a las vacaciones, solamente que debieran ser en forma proporcional al tiempo laborado, de conformidad con lo establecido en el Convenio OIT No. 52 aprobado por el Perú<sup>(10)</sup>.

b) Que se verifique el cumplimiento del siguiente récord vacacional anual (artículo 10 de la Ley)<sup>(11)</sup>:

-Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días.

-Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labores efectivas por lo menos doscientos diez días.

-En los casos en los que el trabajo se desarrolle en cuatro o tres días a la semana<sup>(12)</sup>, o tenga paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce físico vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho período.

Para este efecto, el referido récord vacacional se computará desde la fecha en que el trabajador ingresó al servicio del empleador (se incluye de este modo el período de prueba) o desde la fecha en que el empleador determine, si compensa la fracción de servicios correspondiente (artículo 11 de la Ley).

Ahora bien, hay días que se computan como efectivamente laborados aunque el trabajador no haya trabajado efectivamente (se concentran en los días de suspensión imperfecta de labores)<sup>(13)</sup>. Estos días son los contemplados en el artículo 12 de la Ley:

-La jornada mínima de cuatro horas. Aquí se encuentra la limitación legal al goce de las vacaciones

(8) El Proyecto de Ley General de Trabajo (artículo 259), permite el goce de vacaciones por días hábiles, siempre y cuando exista una proporción con relación a los 30 días naturales y se verifique un período mínimo de siete días naturales consecutivos.

(9) AA.VV. En: MOLERO MANGLANO, Carlos (dirección). Op. cit.; p. 566. En este texto se acoge la postura de la interanualidad -que es el criterio imperante en España- pero se reseñan asimismo las dos posturas existentes en la doctrina. Además, puede verse: GARCIA-PERROTE, Ignacio. *Sobre el derecho de vacaciones*. En: AA.VV. *Estatuto de Trabajadores: veinte años después*. Madrid: Civitas, 2000. pp. 819-820.

(10) El literal a) del artículo 10 de la Ley indica que son computables las jornadas mínimas de cuatro horas diarias. Empero, como se ha visto, de acuerdo al Convenio OIT No. 52 (este convenio no exige como requisito el cumplimiento de una determinada jornada de trabajo para tener derecho a las vacaciones), que ha sido aprobado por el Perú, debe entenderse que debe privilegiarse por lo establecido en esta norma internacional que, además, versa sobre un derecho fundamental que, conforme a la Cuarta Disposición Final de la Constitución, debe interpretarse conforme a los tratados internacionales aprobados por el Perú.

(11) Todos estos requisitos se mantienen en el Proyecto de Ley General del Trabajo.

(12) Este requisito de mínima jornada semanal de trabajo tiene antecedentes legislativos en el Perú e inclusive ha sido reconocido jurisprudencialmente (véase la ejecutoria recaída en el Expediente No. 2957-79 del Tribunal de Trabajo de Lima).

(13) En términos generales, el Proyecto de Ley General del Trabajo (artículo 263) mantiene los días que califican como computables para el récord vacacional, con precisiones en los días por decisión del empleador, horas extras y licencia sindical.

para aquellos trabajadores contratados por tiempo parcial. Esta limitación está complementada por el artículo 11 del Reglamento que expresamente alude al cumplimiento mínimo de una jornada de cuatro horas diarias.

-La jornada cumplida en día de descanso cualquiera sea el número de horas laborado.

-Las horas de sobretiempo en número de 4 o más en un día.

-Las inasistencias por enfermedad común, o por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, siempre que no supere el periodo de 60 días por cada año de servicios.

-El descanso previo y posterior al parto que, como conocemos es de 90 días.

-El permiso sindical.

-Las faltas o inasistencias autorizadas por Ley<sup>(14)</sup>, convenio colectivo o individual o decisión del empleador. Sobre este último aspecto, consideramos que debieran ser computables aquellos días que importen la percepción de una remuneración o aquellos períodos que sean de corta duración -como una licencia por fallecimiento de familiar-; no podrían incluirse toda suspensión perfecta de labores -sin pago de remuneraciones- pues en estos períodos se suspende la relación laboral, no existe un trabajo efectivo y por ende no se presentan razones para conferir vacaciones físicas remuneradas ni se cumpliría con la finalidad de los descansos remunerados<sup>(15)</sup>. Así, en el caso de una licencia convenida para una capacitación en el exterior por un año, no cabría que este período se considere como efectivamente laborado para efectos de la obtención del goce vacacional, salvo pacto en contrario<sup>(16)</sup>.

-El período vacacional correspondiente al año anterior.

-Los días de huelga, salvo que haya sido declarada ilegal.

Si bien no existe disposición expresa, es razonable que los días de ausencia laboral por causas imputables al empleador deban considerarse como laborables, en atención a la ajenidad de la relación laboral.

Si no se cumplen con los requisitos que hemos mencionado, hay dos posiciones con relación a las vacaciones: el goce proporcional de las vacaciones en función a las causas concretas que motivaron el incumplimiento de los requisitos<sup>(17)</sup>, o; la pérdida completa del derecho al descanso vacacional.

### 2.3 Remuneración vacacional.

Desde nuestro punto de vista, estamos ante un beneficio social de origen heterónomo. Ello importa que la remuneración vacacional es, por ejemplo, un crédito laboral de primer orden de prelación en los concursos de acreedores del empleador. No obstante ello, para algunos<sup>(18)</sup>, no estamos ante un beneficio social sino ante una remuneración o un derecho remunerativo de origen legal, que si bien legalmente se consideraría como un supuesto de suspensión imperfecta de labores, en rigor representa un caso de interrupción laboral<sup>(19)</sup>.

Respecto a la remuneración vacacional, señalan las normas (artículo 15 de la Ley) que será equivalente a la que el trabajador hubiere percibido habitual y regularmente en caso de continuar laborando, con excepción de las remuneraciones periódicas que se entregan semestralmente, o por períodos mayores pero se pueden incluir las remuneraciones de periodicidad inferior a un semestre (se aplican complementariamente, en lo pertinente, las normas de la CTS<sup>(20)</sup>).

(14) En función a lo expresado, serían computables, por disposición del Código Tributario, los días de cierre temporal decretado por la SUNAT siempre y cuando el trabajador no hubiera causado la imposición de la infracción.

(15) En posición contraria se encuentra: RENDON VASQUEZ, quien afirma que cualquier licencia sin goce de haber sin importar su duración, debe calificar como día laborado para efectos de las vacaciones; además, en virtud del reconocimiento expreso de la Ley y atendiendo al principio de irrenunciabilidad no cabría un pacto en contrario. RENDON VASQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Individual*. Lima: Edial, 2000. p. 259. Por otro lado, FERRO DELGADO coincide con nuestra posición: FERRO DELGADO, Víctor. *El descanso vacacional*. En: *Revista de Trabajo*. No. 7. Lima: MTPS, mayo de 1998. p. 39.

(16) Inclusive, jurisprudencialmente se indica que no se genera el derecho a las vacaciones físicas en los casos donde el trabajador gozó de una licencia con goce de remuneraciones por un período prolongado, en la medida que "no ha existido la contraprestación de los servicios que justifiquen el descanso" (sentencia recaída en el Expediente No. 6431-96-BS(S) del 3 de abril de 1997, expedida por las Salas Laborales de Lima).

(17) Así lo ha establecido una corriente jurisprudencial española. Véase: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. Op. cit.: p. 267.

(18) Este criterio, en alguna oportunidad, fue indicado por la jurisprudencia peruana (Véase la sentencia del Tribunal del Trabajo, recaída en el Expediente No. 2929-77 del 5 de diciembre de 1977).

(19) Véase: VINATEA RECOBA, Luis. *La suspensión de la relación de trabajo en la Ley de Fomento del Empleo: precisiones en torno de las suspensiones perfectas e imperfectas*. En: *Asesoría Laboral*. Lima: diciembre de 1992. pp. 8-13.

(20) El artículo 15 de la Ley indica que para obtener la remuneración computable para el cálculo de las vacaciones, se aplican "análogicamente" los criterios establecidos para la determinación de la CTS. Ciertamente, estamos ante una indebida utilización de la analogía como método de integración jurídica dado que ésta se aplica en los supuestos de laguna y, al existir una remisión expresa (de la Ley de Descansos Remunerados a la Ley de CTS), se produce un supuesto de complementariedad.

Ciertamente, el trabajador no dejará de percibir los ingresos que correspondan ser recibidos durante sus vacaciones aun cuando no fueran mensuales (como ocurre con asignaciones anuales), sean o no remuneraciones<sup>(21)</sup>.

En suma, será necesario apreciar dos requisitos para determinar si estamos ante un concepto que deba ingresar a la remuneración vacacional: (i) que califique como una remuneración<sup>(22)</sup>; y, (ii) que se trate de una remuneración principal o complementaria con un requisito de periodicidad<sup>(23)</sup>. De este modo, las remuneraciones semestrales -como las gratificaciones- no ingresan al cálculo de las vacaciones (sentencia de la Sala Laboral de Lima recaída en el Expediente No. 3125-92).

Aun cuando la norma no lo indica, aquellos conceptos que se abonen como consecuencia directa de los servicios efectivos del trabajador no debieran ser entregados durante el goce de las vacaciones (tales como condiciones de trabajo o pasajes para acudir al centro de trabajo). Inclusive, si bien la fórmula genérica de la disposición citada los comprendería, consideramos que aquellos complementos remunerativos que se abonan como consecuencia directa de la efectiva prestación de servicios no debieran abonarse (compensación por demora en medios de transporte de la empresa, bonificación por hora extra efectiva laborada)<sup>(24)</sup>. En nuestro sistema, ello se ha apreciado en determinadas negociaciones colectivas, en las cuales determinadas partidas salariales que se perciben en reconocimiento expreso del trabajo efectivo no son incluidas dentro de la remuneración computable vacacional por mandato expreso de los convenios colectivos<sup>(25)</sup>.

Dicha remuneración deberá ser abonada al trabajador antes del inicio del descanso; sin embargo, este pago no incide en la oportunidad en que deben abonarse las aportaciones a la seguridad social ni de la prima del seguro de vida legal, las cuales deberán ser canceladas en la fecha que corresponda (artículo 19 del Reglamento).

Añaden las normas que, a la conclusión de su descanso, el trabajador tiene derecho a percibir los incrementos remunerativos que se hubieran producido durante el goce de sus vacaciones.

En cuanto a los requisitos de carácter formal, se exige que el empleador haga constar de manera expresa en el Libro de Planillas (artículo 20 de la Ley), tanto la fecha del descanso vacacional como el pago de la respectiva remuneración. La remuneración vacacional debe figurar en la planilla del mes al que corresponda el descanso.

Así, la carga de la prueba del goce de las vacaciones recaerá en el empleador: corresponde al empleador acreditar el otorgamiento de descanso vacacional; en caso contrario, se genera derecho a triple vacacional (Sentencia recaída en el Expediente No. 5832-97-BS-S de la Sala Laboral de Lima del 31 de octubre de 1997): “(e)l artículo 10 del Decreto Legislativo No. 713 establece que todo trabajador tiene derecho a 30 días calendario de descanso por cada año completo de servicios; que en caso de no disfrutar de dicho descanso dentro del año siguiente a aquel en que adquieren el derecho percibirán los conceptos precisados en el artículo 23 de la aludida norma legal, que en autos la demandada no ha acreditado haber abonado las vacaciones de los períodos 1989-1990 y 1992-1993 pese

- (21) Inclusive, para algunos autores, se deben entregar conceptos que no son remuneraciones como las propinas en los establecimientos de servicios. Véase: BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Volumen 2. Montevideo: FCU, 1999. p. 80.
- (22) Al respecto, el artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobada por Decreto Supremo No. 003-97-TR, prevé que la remuneración es todo concepto que perciba el trabajador como contraprestación de sus servicios, sin importar la denominación que se le dé, en dinero o en especie, y que sea de libre disposición; y el artículo 7 de la LPCL, remitiéndose al artículo 19 de la Ley de CTS (Decreto Supremo No. 001-97-TR), reseña los conceptos no remunerativos (periódicos o no). Sobre este tema, puede verse: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los conceptos no remunerativos en el ordenamiento peruano*. En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima: enero de 2000. pp. 12 y ss.
- (23) En este caso, las remuneraciones principales (como las comisiones) se determinarán en función al promedio de lo percibido en el semestre anterior al goce vacacional (artículo 17 del Reglamento); en cambio, el promedio de las remuneraciones complementarias (como las horas extras) ingresarán siempre y cuando se perciban en tres meses diferentes dentro del semestre anterior al goce vacacional (artículo 16 de la Ley de CTS). La excepción a la regla expuesta la constituye los trabajadores que perciben una remuneración por día (salario o jornal), donde el promedio se determina en función a las cuatro semanas anteriores al goce vacacional (artículo 18 del Reglamento). Consideramos que esta excepción es cuestionable en la medida que prevé requisitos para la determinación vacacional que son diferentes que no encontrarían un sustento objetivo para un tratamiento especial.
- (24) Al respecto, la jurisprudencia española ha seguido este criterio. MARTIN VALVERDE, Antonio y otros. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 567. En el mismo sentido, puede verse: MOLERO MANGLANO, Carlos. *Derecho Laboral Empresarial*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998. p. 115.
- (25) La imposibilidad de negar validez a estos convenios colectivos de trabajo puede leerse en ALVAREZ DE LA ROSA, en la medida que se respete los mínimos imponibles. Citado por: GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. cit.: p. 815.

(…) en el Proyecto de Ley General del Trabajo se prevé que si el empleador decide la oportunidad del goce vacacional, el inicio del descanso no deberá coincidir con un día de descanso remunerado, en la medida que dicho descanso ya se devengó por la labor efectuada en la semana correspondiente

a tener la obligación legal de hacerlo, por lo que a la actora le corresponde dos remuneraciones (...) por cada uno de dichos períodos, una por el descanso vacacional adquirido y no gozado, y una indemnización por no haber disfrutado del descanso”.

Si bien existe una obligación de registrar las vacaciones en los libros de planillas y boletas de pago - y esta inobservancia puede ocasionar la imposición de una multa administrativa dentro del procedimiento de inspección-, nada obsta para que el empleador demuestre, por otros documentos el goce de las vacaciones. Así, tal como se indica en la siguiente sentencia casatoria, el pago de las obligaciones del empleador, puede ser acreditado con cualquier otro documento que demuestre fehacientemente tal hecho (Casación No. 2071-97-Chincha de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema): “(e)llo no significa que cualquier otro tipo de documentación contable no sirva para acreditar los gastos de una empresa, aun tratándose de conceptos salariales o remunerativos, dado que resulta preponderante al aspecto sustancial de la obligación de pago antes que su aspecto formal, por lo mismo que, a la inversa, el trabajador puede utilizar como medio probatorio para acreditar su relación laboral cualquier documento o referencia de otra índole que permita aplicar el principio de primacía de la verdad real sobre la verdad formal;

(...) que en el caso de autos, con mayor razón se puede dar validez a los comprobantes de pago a que se hace alusión, por cuanto no se trataba de la cancelación de las remuneraciones implicadas, sino solamente de un adelanto de las mismas, otorgándose por ello un recibo provisional cuya regularización en planillas podía efectuarse posteriormente, de tal modo que aun el incumplimiento de esto último no es razón para invalidar el instrumento”.

Así, la prueba del goce vacacional corresponde al empleador, según las reglas del Derecho Procesal Laboral y por ello, si no se demuestra el goce físico, la afirmación del trabajador sobre la falta de goce vacacional debe tenerse en cuenta para declarar fundada su pretensión. Contra este criterio, en alguna oportunidad, de manera cuestionable, se ha declarado que no resulta razonable que un trabajador no hubiera gozado de vacaciones en ocho años, y que por ello se fijaba prudencialmente el goce en tres remuneraciones dobles y una simple como pago por dicho beneficio<sup>(26)</sup>.

## 2.4 Oportunidad del goce vacacional.

La oportunidad del descanso vacacional será fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, teniendo en cuenta las necesidades del funcionamiento de la empresa y los intereses propios del trabajador (artículo 14 de la Ley). A falta de acuerdo, las normas facultan al empleador para que decida la oportunidad del descanso<sup>(27)</sup>. Si el trabajador inobserva lo expuesto y hace uso de las vacaciones en un período diferente al dispuesto por el empleador, se puede configurar una falta grave, motivo de despido disciplinario<sup>(28)</sup>.

Aun cuando no se encuentra regulado expresamente, es posible que el trabajador cuestione judicialmente la decisión del empleador cuando la oportunidad del goce vacacional tiene por intención perjudicar al trabajador, o cuando el empleador se resiste a conceder vacaciones. A nivel de la Ley General del Trabajo sí se prevé un procedimiento de cuestionamiento a nivel administrativo que se denomina trilateral (artículo 265); empero, no se precisan expresamente las razones que pueden sustentar una reclamación válida de los trabajadores.

(26) Sentencia recaída en el Expediente No. 877-93-SL del 23 de febrero de 1994.

(27) Si bien el empleador decide la fecha de las vacaciones, dicha decisión debiera encontrarse enmarcada dentro de los criterios de la razonabilidad y las necesidades de la empresa, de tal manera que, hasta donde resulte posible, se concilie con los intereses de los trabajadores (que debieran ser consultadas sobre las preferencias y necesidades existentes en cuanto al goce vacacional). Esta regulación, inclusive, se encuentra contenida en el artículo 10 del Convenio OIT No. 132 que si bien no se encuentra aprobado por el Perú tiene el carácter de recomendación. Ciertamente, en ocasiones, la implantación de criterios objetivos no importa la resolución de los conflictos que pueden presentarse, pues pueden entrar en conflicto criterios objetivos como la antigüedad, la rotación anual o la coincidencia con períodos de descansos vacacionales escolares. Sobre este último tema, puede verse: GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. cit.: p. 815.

(28) Sentencia del Tribunal Supremo Español del 1 de octubre de 1987. Ar/6759. En: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. Op. cit.: p. 269.

El descanso vacacional, en tanto se computa por días naturales, se iniciará aún cuando coincida con el día de descanso semanal, feriado o día laborable en el centro de trabajo (artículo 14 del Reglamento). Por el contrario, en el Proyecto de Ley General del Trabajo (artículo 265) se prevé que si el empleador decide la oportunidad del goce vacacional, el inicio del descanso no deberá coincidir con un día de descanso remunerado (semanal o por feriados), en la medida que dicho descanso ya se devengó por la labor efectuada en la semana correspondiente<sup>(29)</sup>.

Sin embargo, el descanso físico no podrá ser otorgado cuando el trabajador esté incapacitado por enfermedad o accidente, impedimento que no será de aplicación si la incapacidad sobreviene en período de vacaciones (artículo 13 de la Ley). Ciertamente, ello no supone que, cuando ocurre una invalidez durante el período vacacional, las vacaciones se “suspendan”<sup>(30)</sup>; éstas se siguen devengando pues estamos ante un hecho fortuito cuya consecuencia no puede trasladarse al empleador cuando la relación laboral se encuentra suspendida.

Excepcionalmente, cuando medien circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, antes de proceder a la suspensión perfecta de labores según el respectivo procedimiento administrativo, el empleador deberá, de ser posible, otorgar vacaciones vencidas o inclusive anticipadas.

La excepción a lo expresado la representan las madres gestantes quienes tienen derecho a disponer del descanso físico vacacional para que se goce con posterioridad al descanso pre y post natal (Ley No. 26644).

Por último, es importante advertir que la concesión reiterada de vacaciones por el empleador en un determinado mes no supone la generación de un derecho adquirido vía condición más beneficiosa, en tanto que nos encontramos ante una facultad del empleador<sup>(31)</sup>.

## 2.5 Los profesores de centros educativos particulares: ¿estatuto particular?

Los profesores contratados por entidades particulares, según el Reglamento (artículo 15), se regulan supletoriamente por las disposiciones de la Ley

dado que, como regla, se aplican las normas generales sobre el profesorado. Este Reglamento se emitió cuando se aplicaba a los profesores de centros educativos particulares la Ley del Profesorado, Ley No. 24029, que establece sesenta días de vacaciones que se inician cuando termina el año escolar.

Empero, con posterioridad se emite el Decreto Legislativo No. 882, Ley de Promoción de la Inversión Privada en la Educación. Esta norma dispone que el personal docente se rige exclusivamente por las normas del régimen laboral de la actividad privada (artículo 6).

Pese a lo expresado, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (Casación No. 1052-99-Lima), ha establecido que las vacaciones de los profesores se regulan por la Ley de Profesorado que reconoce mayores derechos que la Ley de Descansos Remunerados. Para la Corte Suprema, el Decreto Legislativo No. 882 no deroga expresamente a la Ley No. 24029, y añade que: “(...) el derecho vacacional de los profesores de los centros educativos particulares sigue siendo de sesenta días según su norma especial, ya que para modificar dichos derechos se necesita de una norma expresa (...) Que, existiendo dos posiciones respecto del verdadero propósito del artículo seis del Decreto Legislativo número ochocientos ochenta y dos, ello debe resolverse aplicando el principio protector del derecho laboral, *in dubio pro operario*, por el cual se respeta como principio la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, principio recogido en el inciso tercero del artículo veintiséis de la Constitución vigente, correspondiendo aplicar la Ley del profesorado que reconoce mayores derechos que el Decreto Legislativo número setecientos trece sobre vacaciones de los profesores”.

Debemos destacar que esta sentencia mereció de un voto singular de un vocal de la Corte Suprema, que se pronuncia por la aplicación de las normas generales de los trabajadores del sector privado en virtud de la dación del Decreto Legislativo No. 862, que dispone la aplicación exclusiva del régimen laboral de la actividad privada para el personal docente de centros educativos privados.

Nosotros estamos de acuerdo con el voto singular. En la medida que se ha dispuesto que los profesores de

(29) GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. cit.: p. 820.

(30) Un desarrollo adecuado al respecto, puede encontrarse en: BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Op. cit.: pp. 84-85.

(31) La jurisprudencia española ha establecido que no basta que se hubiera producido año a año el goce vacacional, pues es indispensable que se verifique un acuerdo expreso sobre la fecha del goce vacacional. Al respecto, puede verse: AA.VV. En: SALA FRANCO, Tomás (dirección). *Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. pp. 602-603. En el Perú, se suele citar los precedentes administrativos del Ministerio de Trabajo (por todos, véase la Resolución Directoral No. 113-81-912000 del 31 de marzo de 1981, citada por: RENDON VASQUEZ, Jorge. Op. cit.: p. 263).

las entidades privadas se regulan íntegramente por las normas del régimen laboral de la actividad privada, entendemos que los profesores tienen derecho a 30 días de vacaciones anuales -según las normas de los profesores del Sector Público, hay 60 días-, en la medida que se ha equiparado a los profesores las normas de la actividad laboral privada: han pasado, en este punto, de un estatuto especial similar al profesor del Sector Público al estatuto general de los trabajadores de la actividad privada.

Sin perjuicio de lo expresado, en este caso no cabría, como lo indica la sentencia citada, la aplicación de los principios de *in dubio pro operario* -en tanto existe más de una norma aplicable- ni de norma más favorable -por cuanto no se aprecia un conflicto normativo-<sup>(32)</sup>; consideramos que la aplicación directa de una norma posterior (Decreto Legislativo No. 862) importa que la regla de supletoriedad planteada en la Ley de Descansos Remunerados para los profesores privados se convierta en la norma directamente aplicable.

### 3 Vicisitudes del descanso vacacional.

#### 3.1 Fragmentación, acumulación y venta de vacaciones.

Como regla general, tanto la Ley como el Reglamento establecen que el beneficio a las vacaciones anuales consiste en el goce del descanso físico vacacional de los trabajadores durante treinta días calendario de manera ininterrumpida, por cada año de servicios. Sin embargo, se prevén los siguientes supuestos de excepción y en todos hay una formalidad, que conste por escrito el acuerdo respectivo (dicho acuerdo podría encontrarse plasmado en un acto normativo -convenio colectivo-<sup>(33)</sup> o no normativo -convenio individual-):

##### 3.1.1 Fragmentación del descanso (artículo 17 de la Ley).

El empleador podrá autorizar la distribución del goce vacacional durante el año que corresponda el

descanso, en períodos que no podrán ser inferiores a siete días naturales (el Convenio OIT prevé un mínimo de seis días laborables para las vacaciones). Para que proceda dicha autorización necesariamente deberá mediar una solicitud escrita del trabajador. La norma prescribe un imperativo: los descansos fraccionados no podrán ser inferiores a siete días naturales, y ello importaría que no se permitiría el goce de vacaciones por períodos inferiores.

Nos parece muy limitado este criterio, y las fracciones podrían ser menores de siete días siempre y cuando se goce de siete días consecutivos de vacaciones. Hay una limitación mayor si se quiere atender las necesidades del centro de trabajo y existe razonabilidad en el fraccionamiento, o un impedimento para la adecuada utilización de los feriados y días no laborables que pretenden fomentar el turismo. Más todavía, de prohibirse el fraccionamiento por períodos menores, tendríamos que la norma peruana permitiría la acumulación de 23 días consecutivos -como se apreciará en el siguiente punto- pero no el goce vacacional en el período correspondiente por períodos menores de siete días<sup>(34)</sup>. Así, podría exigirse un mínimo de días consecutivos -dos períodos, como lo indica el Convenio No. 132 de la OIT- y los demás días de vacaciones poderse fraccionar por períodos menores si existe acuerdo entre las partes y se atienden necesidades empresariales.

El goce físico vacacional mínimo, también se aplica en los casos de adelantos de vacaciones, tal como lo ha indicado la Sentencia de la Sala Laboral de Lima, recaída en el Expediente No. 3858-93-ID (S) del 8 de abril de 1994: "(e)l descanso vacacional es un derecho que se obtiene después de haber cumplido un mínimo de labor efectiva durante un año calendario de servicios, constituyendo esto un pre-requisito para su otorgamiento; que sin embargo, la Ley permite adelantarse o anticipar este derecho sin el mencionado requisito en los casos en que la empresa atraviese situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, las mismas que deberán ser verificadas por la Autoridad

(32) Al respecto, puede verse: NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: PUCP, 2000. pp. 114 y ss.

(33) El proyecto de Ley General del Trabajo expresamente reconoce que por convenio colectivo se puede reducir, acumular o postergar las vacaciones (artículo 269).

(34) El Convenio OIT No. 132 indica que el fraccionamiento es válido siempre y cuando un período contenga dos semanas laborales ininterrumpidas, salvo que estuviere previsto de otro modo en acuerdo entre empresarios y trabajadores; así, inclusive, se permite el goce vacacional por períodos inferiores siempre que exista acuerdo entre las partes. El Proyecto de Ley General del Trabajo (artículo 260) prevé que el fraccionamiento es válido siempre y cuando uno de los períodos vacacionales no sea inferior a siete días naturales consecutivos.

En posición contraria a la expuesta, véase: CHACARTEGUI, Consuelo. *El papel de la negociación colectiva en la fijación del período de disfrute de las vacaciones tras la Ley 11/1994 del 19 de mayo*. En: CRUZ VILLALÓN, Jesús (coordinador). AA.VV. *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*. Madrid: CES, 1995. pp. 242-243.

Administrativa de Trabajo, (...) no obstante ello, tal adelanto no puede obligar a los trabajadores a laborar ininterrumpidamente durante 3 a 5 años consecutivos sin descanso alguno ya que las vacaciones están destinadas a preservar la salud e higiene laboral del trabajador, por lo que debe aplicarse análogicamente lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Legislativo 713 para la acumulación, en cuanto a la reserva de 7 días naturales de descanso efectivo después de cada año de servicios continuos”.

### 3.1.2 Acumulación de períodos vacacionales (artículo 18 de la Ley).

El trabajador puede convenir por escrito con su empleador en acumular hasta dos descansos consecutivos, siempre que después de un año de servicios continuo disfrute por lo menos de un descanso de siete días naturales, los cuales son deducibles del total de días de descanso vacacional acumulados. Dicho acuerdo deberá efectuarse necesariamente con anterioridad al vencimiento de la oportunidad del trabajador de hacer uso de su descanso vacacional.

La acumulación es una excepción al goce físico vacacional, y debe entenderse que la pretensión normativa se contrae en el imperativo del descanso físico, impuesto como una obligación para el empleador y como un actuar diligente para el trabajador<sup>(35)</sup>.

Finalmente, se indica que tratándose de trabajadores contratados en el extranjero, éstos podrán convenir por escrito la acumulación de períodos vacacionales por dos o más años (artículo 18 de la Ley). Consideramos que estamos ante una norma que atenta contra el principio de igualdad ante la ley: no hay alguna razón justificada que permita obtener una regla de diferenciación con relación a la acumulación de vacaciones -que, en el caso del contratado en el extranjero puede ser indefinida-.

Por lo demás, resulta cuestionable la fórmula legal que prevé “trabajadores contratados en el extranjero” y, con ello, nos preguntamos: ¿comprende a los trabajadores peruanos contratados en el extranjero para laborar en el Perú y que, según las normas peruanas no son trabajadores extranjeros?, ¿contiene a los trabajadores extranjeros contratados en el Perú? No debiéramos tener una lectura literal sino finalista para

comprender a la norma, de tal manera que la respuesta a la primera inquietud debiera ser negativa y a la segunda afirmativa.

### 3.1.3 Reducción del descanso vacacional (“venta” de vacaciones, artículo 19 de la Ley).

De existir un acuerdo escrito entre ambas partes, el descanso vacacional puede ser reducido de treinta a quince días, con la respectiva compensación de los quince días de remuneración que serían laborados por el trabajador. Estamos, como apunta el clásico ejemplo del profesor Javier Neves<sup>(36)</sup>, ante una disposición válida de un derecho y se permite la venta de hasta 15 días de vacaciones (parte dispositiva de la normativa), de tal suerte que los otros 15 días son de descanso remunerado y tienen carácter imperativo (esta parte es el ámbito de actuación del principio de irrenunciabilidad de derechos).

Si bien el Convenio OIT No. 52 indica que es nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones pagadas o la renuncia a las mismas (artículo 4), estimamos que ello se debe predicar respecto de los días que reconoce este convenio como mínimo goce vacacional (6 días), de tal suerte que la norma peruana que permite la disposición de 15 días pero reconoce como imperativo el goce de 15 días de descanso físico vacacional no incurre en una transgresión a las normas internacionales de trabajo. Ahora bien, debemos indicar que el Convenio OIT No. 132 sí descalificaría a la legislación peruana -cuando menos parcialmente- en tanto que prohíbe cualquier renuncia del derecho vacacional -inclusive si existe el pago de una indemnización- por debajo de las tres semanas laborables.

### 3.2 Falta de descanso físico vacacional.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley, la falta de disfrute del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en el que se adquiere el derecho, origina en favor del trabajador un beneficio denominado la “triple vacacional”.

Así, cuando el trabajador no goza físicamente de vacaciones durante el siguiente año en que adquirió tal derecho -y no existe un convenio de acumulación-, se genera una carga económica para la empresa -el pago

(35) Se ha dicho que ello supone “asegurar el disfrute efectivo del período vacacional, por medio de imponer la ‘carga’, podría decirse, al trabajador de la defensa diligente de su derecho”. En: GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. cit.; p. 824.

(36) NEVES MUJICA, Javier. Op. cit.; p. 102. En posición contraria: RENDON VASQUEZ, Jorge. Op. cit.; p. 265.; quien afirma que estamos ante una disposición de derechos que atenta contra el principio de irrenunciabilidad consagrado en la Constitución. No compartimos esta última posición pues la Constitución no prevé que el contenido del derecho vacacional suponga el goce de un número mínimo de vacaciones y, por consiguiente, no cabe referirse a una renuncia inválida.

de la “triple vacacional”- y no mayores días de vacaciones a favor del trabajador<sup>(37)</sup>.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, cuando se produce una reducción de los días de vacaciones pero no existe el goce del descanso físico vacacional correspondiente, la “triple vacacional” debe calcularse en forma proporcional; si bien no existe norma expresa, consideramos que las vacaciones importan el goce del descanso de 30 días naturales y si las partes pactan la reducción compensada de 15 días, el trabajador tiene derecho al descanso físico por 15 días de tal manera que la falta de ejercicio de este descanso importa la generación proporcional de la indemnización<sup>(38)</sup>.

Esta triple vacacional, consiste en el abono de tres remuneraciones por los siguientes conceptos:

- a) una remuneración por el trabajo realizado;
- b) una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y,
- c) una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso la cual no está sujeta a pago de retención de ninguna aportación, contribución o tributo<sup>(39)</sup>.

El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago. Así, aparece ratificado en la sentencia de la Sala Laboral de Trujillo (Expediente No. 2246-92-SL del 19 de julio de 1993): “(e)l Decreto Legislativo No. 713 establece que la remuneración vacacional en caso de falta de disfrute será el que se encuentre vigente en la oportunidad del pago”.

Este criterio, inclusive, ha sido tomado por la Corte Suprema (Casación No. 2062-97-Junín), la misma que estableció que la remuneración computable para la determinación de las vacaciones se debe determinar en función a la remuneración vigente a la fecha de pago y no sobre la histórica (vigente en cada año, al momento del goce vacacional).

Ahora bien, con relación a la generación de los intereses legales derivados de la falta de goce vacacional, el Acuerdo No. 03-99 del Pleno Laboral de 1999 indicó que la determinación de los intereses correspondientes a las remuneraciones de las vacaciones no gozadas, supone la aplicación de las siguientes reglas:

“a) Cuando el vínculo laboral está vigente, se generan intereses desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha de pago, salvo que exista un incremento de remuneraciones en cuyo caso no proceden los intereses.

b) Si se produce el cese, los intereses se determinarán sobre la remuneración vigente al cese. Si no existió un incremento de remuneraciones desde el incumplimiento hasta el cese, los intereses se determinarán desde la fecha de incumplimiento”.

### 3.3 La acumulación de vacaciones vencidas: el criterio de la Corte Suprema.

De lo expuesto en el acápite precedente, se desprendería que la falta de descanso vacacional en su debida oportunidad (esto es, dentro del año siguiente al que se “gana” el derecho a gozar de vacaciones físicas), no origina en el trabajador un derecho de acumulación de dichos períodos para su posterior goce ni la reducción o venta de vacaciones; por el contrario, al considerar como irrecuperable la oportunidad del descanso vacacional, y con ello la producción de un daño, se le reconoce como toda reparación, una indemnización por el derecho adquirido y no gozado, excluyendo así cualquier posibilidad de un posterior descanso físico por los períodos vencidos.

Pese a lo anotado, la Sentencia Casatoria No. 1633-98-La Libertad, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema<sup>(40)</sup>, indica que la indemnización vacacional no se aplica cuando los trabajadores gozan físicamente de vacaciones con posterioridad al vencimiento del año en el cual deberían

(37) Al establecerse la indemnización como sanción por cada período vacacional no gozado oportunamente, se permite una regulación flexible sobre el derecho vacacional, de tal manera que no se requiere que el trabajador tenga diligencia en el goce vacacional pues, de no reclamar el descanso correspondiente, tendrá derecho a la indemnización por falta de goce vacacional. De esta manera, el empleador deberá asegurarse que el trabajador goce efectivamente de vacaciones para impedir la generación de la “triple vacacional”. En países donde se establece un imperativo de goce vacacional, el trabajador pierde el derecho al descanso físico vacacional y no existe el pago de una indemnización por falta de goce vacacional, sólo el pago de la remuneración vacacional correspondiente por el último período. Sobre este tema, puede verse: GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. cit.; pp. 829 y ss.

(38) En sentido contrario se ha pronunciado la magistratura laboral. Al respecto, puede verse la ejecutoria recaída en el Expediente No. 2390-95-BS(S) del 29 de febrero de 1996, expedida por las Salas Laborales de Lima.

(39) El artículo 24 del Reglamento ha establecido que la indemnización no comprende a la bonificación por tiempo de servicios. No encontramos razones para excluir a un típico complemento salarial de la base de cálculo de la indemnización vacacional y sí se lo considere como base de cálculo para las vacaciones y la remuneración por el trabajo en vacaciones.

(40) Este criterio ha sido ratificado en la Casación No. 1052-99-Lima del 12 de setiembre de 2000 por la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Además, con votos singulares y en discordia, ha tenido recepción en las Salas Laborales de Lima (Sentencia recaída en el Expediente No. 793-2001-A y S del 10 de setiembre de 2001).

gozarlas. En efecto, el considerando tercero de la sentencia referida anota expresamente que la falta de goce vacacional dentro del año siguiente al que se genera el derecho no importa una automática generación de la indemnización vacacional dado que los trabajadores, durante la vigencia del vínculo laboral, todavía pueden salir de vacaciones físicas.

La interpretación de la Corte Suprema se basa en la enunciación de las normas sobre vacaciones que disponen el derecho de la indemnización siempre y cuando el trabajador no hubiera gozado de vacaciones, no las hubiera hecho efectivas. De esta manera, inclusive, se hace alusión en el considerando tercero de la resolución al disfrute de las vacaciones con retraso. En concreto, las vacaciones de los años 1986 y 1993 pueden ser gozados en el año 1996 y ello no genera el derecho de los trabajadores a percibir alguna indemnización por falta de goce vacacional (Quinto Considerando de la sentencia).

Desde nuestro punto de vista particular, consideramos que lo resuelto por la Corte Suprema en este caso no se ajustaría a lo previsto en las normas sobre vacaciones. Los períodos vacacionales no gozados durante el año siguiente a su adquisición, no deben ser incluidos dentro del cálculo de las vacaciones acumuladas a una fecha determinada, ni ser tomados en cuenta para determinar los días del descanso físico a que tiene derecho el trabajador. Esta afirmación excluye un posible convenio de acumulación de descansos vacacionales, que necesariamente deberá ser previo al vencimiento de la oportunidad del trabajador de hacer uso de su descanso vacacional o, un convenio de reducción o venta de vacaciones hasta por quince días naturales.

Inclusive, los jueces han señalado que la indemnización por falta de goce vacacional tiene la finalidad de “proteger al trabajador subordinado contra el abuso del empleador, quien podrá negarse al otorgamiento del descanso legal y privar en esa forma de un derecho al trabajador”<sup>(41)</sup> (sic).

Las normas sobre vacaciones son imperativas y no admiten disposición del trabajador ni, mucho menos, facultan a una empresa para acumular vacaciones: el goce vacacional caduca cada año irremisiblemente<sup>(42)</sup>. Además, si se admite el descanso físico remunerado, la acumulación o la venta de vacaciones con posterioridad

al año en que se debió salir de vacaciones físicas, se desnaturalizaría las disposiciones sobre la acumulación previstas en la norma de vacaciones que exige que los convenios o goce efectivo de vacaciones sean previos a las vacaciones y que sean por escrito.

De alguna manera, hay sentencias laborales que se han pronunciado en el sentido comentado por nosotros. En efecto, en la sentencia No. 1591-Piura del 7 de junio de 1999, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (la que estamos comentando, corresponde a la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema), se indicó que “(...) en el caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en que adquieren el derecho, los trabajadores percibirán una remuneración equivalente a una remuneración adicional a las que corresponden por el trabajo efectuado y el descanso no gozado”. Si bien en esta ejecutoria no se alude a un descanso físico vacacional con posterioridad al año en que correspondía su goce, se puede rescatar que la sentencia se ha referido al goce vacacional dentro del año siguiente sin que exista la posibilidad de un descanso en años venideros.

Finalmente, existen ejecutorias reiteradas, en las cuales, expresamente se indica que, cuando el trabajador goce de vacaciones físicas con posterioridad al año en que debió ejercer el descanso físico vacacional, corresponde la indemnización por falta de goce vacacional en la medida que las vacaciones no se gozaron en forma oportuna<sup>(43)</sup>.

### 3.4 Los gerentes y representantes sin fiscalización.

La indemnización por falta de descanso vacacional no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En tal caso, si dichos trabajadores no hicieran uso del descanso vacacional en la respectiva oportunidad, recibirán únicamente una remuneración por el trabajo realizado, así como una remuneración por el derecho adquirido y no gozado (artículo 23 de la Ley).

En principio, estamos ante trabajadores que no tienen mayores niveles de fiscalización en la prestación temporal de sus servicios: no existe control de ingreso o salida, no hay pagos extras por labores prestadas en sobretiempo o en días de descanso semanal, etcétera.

(41) Extracto de la sentencia recaída en el Expediente No. 4497-77 del 1 de febrero de 1979.

(42) ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otros. Op. cit.; p. 268. Además, es una corriente jurisprudencial española, como puede verse en: GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. cit.; p. 815.; y. AA.VV. En: MOLERO MANGLANO, Carlos (dirección). Op. cit.; p. 562.

(43) Al respecto, puede verse las sentencias recaídas en los Expedientes No. 1549-93-SL, 2117-93-SL, 877-93-SL del 10 de abril de 1994, 3 de junio de 2000 y 23 de febrero de 1994, respectivamente.

Además, debe tratarse de personas de un nivel jerárquico que importe una libertad con relación al goce físico vacacional: son personas que, unilateral y válidamente dentro del esquema organizacional de la empresa, decidieron no hacer uso de su descanso vacacional<sup>(44)</sup>, trabajadores que sola y exclusivamente podían determinar la oportunidad del goce vacacional, sin que exista un sometimiento a una jerarquía<sup>(45)</sup>. Aquí debemos advertir que el exceso o la existencia de trabajo no suponen una justificación para seguir prestando servicios, no salir de vacaciones en la fecha programada y, por ende, adquirir el derecho a la indemnización vacacional.

Sobre los gerentes, en rigor, todos los trabajadores que ostenten este cargo y ejerzan funciones gerenciales en el centro laboral estarían comprendidos dentro del ámbito de la norma. De este modo, no solamente el gerente general se encuentra dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la disposición comentada.

Por funciones gerenciales entendemos la dirección, administración y/o representación del empleador. No basta la denominación, es necesario que se ejerzan las funciones típicas de un gerente.

Con relación a los representantes, no estamos ante cualquier apoderado de una empresa. En este caso, no estamos ante una denominación del cargo sino de las funciones que realiza un trabajador con independencia de la ocupación específica que éste tenga.

No puede interpretarse de manera genérica esta “representación”. Por ejemplo, el procurador de la empresa que cuenta con determinadas funciones de representación no debería estar inmerso dentro de la norma comentada; en cambio, sí estarían las personas que representan al empleador ante los trabajadores, el propio gerente general, el gerente de recursos humanos, etcétera.

La representación debería centrarse, pues, en la intermediación o nexo entre la dirección de la empresa y los trabajadores de la misma, no estamos ante una persona que tiene una simple representación para los procesos administrativos o judiciales. Al representar a

los trabajadores, se identifica a estas personas íntimamente con la dirección de la empresa, al igual que los que ejercen funciones gerenciales. En la línea expresada se encuentra el Proyecto de Ley General del Trabajo (artículo 274) que indica que la indemnización vacacional “(...) no alcanza al personal de dirección, cuando goza de capacidad de decisión sobre la oportunidad de su descanso vacacional”.

Finalmente, debemos advertir que el criterio que hemos empleado es restrictivo porque nos encontramos ante una disposición excepcional al pago de la indemnización por falta de goce físico vacacional. Se establece una limitación respecto de la regla general de percibir la indemnización y, por ello, debe limitarse su aplicación.

### 3.5 Vacaciones truncas y contratos temporales.

Un aspecto adicional de la regulación de las vacaciones lo determina el derecho a las vacaciones truncas, que procede a favor de cualquier trabajador que hubiera cesado después de cumplido el año de servicios y el correspondiente récord, sin haber disfrutado del descanso. En dicho caso, el trabajador tendrá derecho al abono del íntegro de la remuneración vacacional, a ser pagada con su respectiva liquidación (el mismo precepto se encuentra en el artículo 5 del Convenio OIT No. 52).

En caso que el trabajador no hubiera cumplido el íntegro del récord vacacional, le corresponderá el pago proporcional del tiempo que hubiere laborado, siempre que tuviera como mínimo un mes de servicios<sup>(46)</sup>. Cumplido este requisito, el récord trunco será compensado a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiera laborado. Ciertamente, como se ha indicado<sup>(47)</sup>, el pago de las vacaciones truncas importa que el trabajador hubiera cumplido dentro del período respectivo con la parte proporcional del récord vacacional que hemos establecido.

Sobre los trabajadores contratados a plazo fijo<sup>(48)</sup>, éstos tienen los mismos derechos que los trabajadores

(44) A nivel de la jurisprudencia, se ha indicado que el trabajador de confianza, accionista y gerente administrativo tiene derecho al descanso vacacional y la correspondiente indemnización: al respecto, véase la sentencia recaída en el Expediente No. 2747-93-SL (Trujillo). Por el contrario, cuando se ha tratado de un trabajador que se desempeñó como director de una empresa, se ha indicado que no corresponde la indemnización vacacional (Casación No. 965-2001-Lima). Ejecutorias que se pronuncian en el último criterio pueden encontrarse en la Revista *Análisis Laboral*. Lima: febrero de 1998, pp. 18 y ss.

(45) Sentencia recaída en el Expediente No. 1776-97 (BS), emitida por la Sala Laboral de Lima.

(46) El mes de servicios es un requisito usual en la legislación peruana para el reconocimiento de beneficios sociales. También es exigido para las gratificaciones legales y la CTS.

(47) FERRO DELGADO, Víctor. Op. cit.: p. 42.

(48) Al respecto, puede verse: VICENTE PALACIO, María A. *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. pp. 335 y ss. En el mismo sentido: GARCIA-PERROTE, Ignacio. Op. cit.: p. 815.

contratados a plazo indeterminado; de este modo, si durante el plazo del contrato (único o con prórrogas), se cumplen los requisitos, estos trabajadores debieran tener derecho a las vacaciones.

En el caso de las contrataciones fijas discontinuas (contratos intermitentes y de temporada), se ha previsto que existe el pago de una compensación económica (vacaciones truncas) y no la acumulación de vacaciones (artículos 21 de la Ley y el Reglamento). Atendiendo a su carácter de contratos permanentes donde existen alteraciones en su duración (discontinuos)<sup>(49)</sup>, se debiera conceder la posibilidad a los trabajadores para gozar de vacaciones físicas cuando se cumpla con los requisitos correspondientes (el artículo 270 de la Ley General del Trabajo permite que los trabajadores contratados por intermitencia o temporada puedan optar entre el goce vacacional o el pago de la compensación respectiva).

La concesión de vacaciones a favor de trabajadores -contratados de manera intermitente- que hubieran laborado efectivamente por más de un año de servicios, ha sido establecida jurisprudencialmente. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha indicado (Casación No. 3626-97-La Libertad) que los trabajadores contratados bajo la modalidad de intermitencia tienen derecho al goce físico vacacional y, en su caso, a la indemnización por falta de goce vacacional. Así, se precisa que el pago de las vacaciones truncas para los contratados de manera discontinua sólo puede realizarse mientras que no se cumpla con el plazo de un año (norma de excepción); de cumplirse el año de servicios, se genera el derecho al descanso vacacional (regla).

Finalmente, cuando se suscribe un convenio de remuneración integral anual<sup>(50)</sup>, no se pagarán vacaciones truncas al momento del cese, en la medida que dentro del respectivo ingreso anual homologado o consolidado se encuentra dicho beneficio social, salvo pacto en contrario.

#### 4 Tributación laboral: devengo de las vacaciones<sup>(51)</sup>.

Uno de los temas más debatidos de la tributación laboral se contrae en la aplicación del criterio de lo devengado para la determinación de las rentas de quinta categoría.

La aplicación de este criterio ha generado una serie de posiciones encontradas y que tienen enorme repercusión sobre la tributación de las empresas. Por medio de estas líneas queremos referirnos a este tema, utilizando como eje central el concepto más interesante: la remuneración vacacional.

Consideramos que la aplicación del criterio de lo devengado debe importar el estudio de la institución laboral sobre la cual se aplicará el impuesto a la renta. Nosotros estimamos, en general, que las rentas de quinta categoría se sustentan en el contrato de trabajo y, por ello, desde esta óptica, debe partir la aplicación de las reglas del Derecho Tributario, como sería el caso de lo devengado.

La aplicación del criterio de lo devengado supone la necesidad de abordar el supuesto desde la perspectiva laboral y tributaria. Estamos, en definitiva, ante uno de los tantos puntos de coincidencia de dos disciplinas jurídicas<sup>(52)</sup>.

##### 4.1 Marco normativo tributario.

a) La Ley No. 27356 añade el siguiente párrafo al artículo 71 del Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta (Decreto Supremo No. 054-99-EF, y en adelante LIR): “(t)ratándose de personas jurídicas u otros perceptores de rentas de tercera categoría, **la obligación de retener el impuesto correspondiente a las rentas indicadas en los incisos a)<sup>(53)</sup>, b) y d)**, siempre que sean deducibles para efecto de la determinación de su renta neta, **surgirá en el mes de su devengo**, debiendo abonarse dentro de los plazos establecidos en el Código Tributario para las

(49) Sobre los contratos a plazo fijo en general, puede verse: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Lima: Ara, 1999. pp. 67 y ss.

(50) Sobre este tema, puede verse: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Algunos apuntes sobre la remuneración integral*. En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima: agosto de 1998. pp. 11 y ss.

(51) Esta parte del artículo fue elaborada sobre la base de la ponencia que presentamos en las VII Jornadas de Derecho Tributario, organizadas por IFA, y realizadas en la ciudad de Lima entre el 10 y 12 de julio de 2002.

(52) Al respecto, puede verse: PEÑA ALONSO, José. *Las conexiones entre el derecho financiero y el derecho del trabajo*. En: PEDRADAS, Abdón. (dirección). AA.VV. *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2000. pp. 217 y ss.

(53) El literal a) del artículo 71 de la LIR señala que se consideran agentes de retención a las personas que pagan o acreditan rentas de segunda y quinta categoría.

obligaciones de carácter mensual” (las negritas son nuestras).

De esta manera, se varía el momento en que nace la obligación para una empresa de retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría: se deja de aplicar el criterio de lo percibido<sup>(54)</sup> -la obligación tributaria se genera para una empresa a partir de la puesta a disposición de la renta a favor del trabajador- y se adopta el criterio de lo devengado<sup>(55)</sup> -la obligación para la empresa de retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría nace en el momento en que se genera para el trabajador el derecho a percibir la renta, y ya no desde el instante en que realmente ésta es puesta a su disposición-.

Ciertamente, lo expresado no afecta que, para el trabajador, la renta se continúe rigiendo por el criterio de lo percibido (literal c) del artículo 47 de la LIR).

En este punto, debemos indicar que la razón de la modificación reseñada habría tenido como sustrato el resguardo del nivel de ingresos del fisco. En efecto, en algunas ocasiones los empleadores diferían el pago efectivo de las remuneraciones de sus trabajadores -en lugar de abonarla los últimos días del mes al que correspondía el beneficio, éste se cancelaba durante los primeros días del mes siguiente- y, de esta manera, dado que el criterio de determinación del momento en que el empleador debía retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría era el del percibido, el fisco recibía el pago del citado impuesto con un mes de retraso. Es por ello que se habría modificado el criterio del nacimiento de la obligación por parte de una empresa de retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría, adoptándose el criterio de lo devengado.

En consecuencia, no importa si efectivamente el empleador ha abonado la remuneración de sus trabajadores a fin de mes, puesto que en cualquier escenario éste debe cumplir puntualmente con el fisco en abonar las sumas que correspondan por el impuesto a la renta de quinta categoría que dichas remuneraciones -efectivamente pagadas o no- pudieran generar. Como podemos observar, variando el criterio de lo percibido por el criterio de lo devengado para determinar la obligación de las empresas de retener y pagar el

impuesto a la renta de quinta categoría generado por las remuneraciones y demás beneficios de sus trabajadores, el fisco asegura el mantenimiento de un nivel de ingresos.

b) De otro lado, cabe indicar que el literal v) del artículo 37 de la LIR prevé que los gastos de personal se pueden deducir siempre que se hubieran pagado dentro del plazo previsto por el Reglamento para la presentación de la declaración jurada anual de dicho ejercicio. Empero, si el empleador cumple con realizar la retención -conforme al artículo 71 de la LIR-, no será necesario el pago en dichos plazos.

c) Finalmente, la modificación del criterio de lo devengado se extiende al Impuesto Extraordinario de Solidaridad. Ciertamente, se mantienen bajo el criterio de lo devengado para la determinación de la generación del tributo o aporte, las retenciones y aportaciones legales que inciden sobre la remuneración (en concreto, aportes al Seguro Social de Salud -ESSALUD-, Sistema Nacional de Pensiones -ONP-, Sistema Privado de Pensiones -AFP- y Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo -ESSALUD-). La contribución al SENATI continúa siendo el único tributo bajo el criterio de lo percibido en su totalidad.

Si bien en los siguientes párrafos nos referiremos al impuesto a la renta de quinta categoría, todo lo que se indique respecto del criterio de lo devengado, se traslada a los aportes laborales derivados de la remuneración y beneficios laborales computables con excepción del SENATI.

## 4.2 Aplicación del criterio de lo devengado a las remuneraciones vacacionales.

### 4.2.1 Cuestiones previas.

a) Luego de la modificación detallada en el punto anterior, es necesario determinar el momento en que una empresa se encuentra obligada a retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría por las remuneraciones vacacionales (y, por consiguiente, de los demás aportes legales con excepción del SENATI).

Como hemos indicado, la norma tributaria obliga al agente de retención -el empleador- de la renta de

(54) De acuerdo con el artículo 59 de la LIR, se considera que una renta ha sido percibida cuando se encuentra a disposición del beneficiario en efectivo o en especie, incluso cuando no la haya cobrado. Como se puede apreciar, lo que interesa es que el beneficiario de la renta haya podido disponer de la misma en potencia. En este sentido informa Reig que “(...) el beneficiario ha percibido el rédito en cuanto ha podido disponer de él, aun cuando su disposición no haya sido real sino sólo una posibilidad. Asimismo no es necesario que personalmente haya percibido el titular del rédito, sino es suficiente que haya hecho disponer de él a interpuesta persona.” (REIG, Enrique Jorge. *El impuesto a los réditos. Estudio teórico-práctico del gravamen argentino dentro de la teoría general del impuesto*. 5a. edición. Buenos Aires: Contabilidad Moderna, 1970. p. 212).

(55) A diferencia del concepto de percibido, el de devengado no está expresamente definido en la LIR.

quinta categoría a efectuar la citada retención y el correspondiente pago en el momento en que se devengue el ingreso considerado como renta de quinta categoría de cargo del trabajador dependiente. Por tanto, el tema se circunscribe a determinar el momento en que se devenga la remuneración vacacional, puesto que a partir de ese instante el empleador estará obligado a retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría que corresponda.

b) El criterio del devengado no se encuentra definido en la LIR. Es por ello necesario recurrir a la doctrina tributaria a fin de que establecer los alcances del citado criterio. Así, REIG, refiriéndose al concepto de “devengado”, explica que: “(...) rédito devengado es todo aquél sobre el cual se ha adquirido el derecho de percibirlo por haberse producido los hechos necesarios para que se genere. Correlativamente en cuanto a los gastos, se devengan cuando se causan los hechos en función de los cuales, terceros adquieren derecho a cobro”<sup>(56)</sup>.

Por su parte, Juan Roque GARCIA MULLIN informa que: “(e)n el sistema de los ‘devengado’, también llamado ‘causado’, se atiende únicamente al momento en que nace el derecho al cobro, aunque no se haya hecho efectivo. Dicho de otro modo, la sola existencia de un título o derecho a percibir la renta, independientemente de que sea exigible o no, lleva a considerarla como devengada y por ende imputable a ese ejercicio. Como contrapartida, tratándose de gastos, el principio de lo devengado se aplica considerándoseles imputables (deducibles) cuando nace la obligación de pagarlos, aunque no se hayan pagado, ni sean exigibles”<sup>(57)</sup>.

Es decir, en el criterio de lo devengado, lo que interesa es que se haya obtenido el derecho a percibir la renta -o que un tercero haya obtenido el derecho a cobrar una renta y nosotros estemos obligados a cancelarla-, y no que se haya percibido o se haya puesto a disposición del beneficiario la citada renta -o que el deudor haya desembolsado efectivamente el monto devengado-<sup>(58)</sup>. Teniendo en cuenta esta definición, deberemos

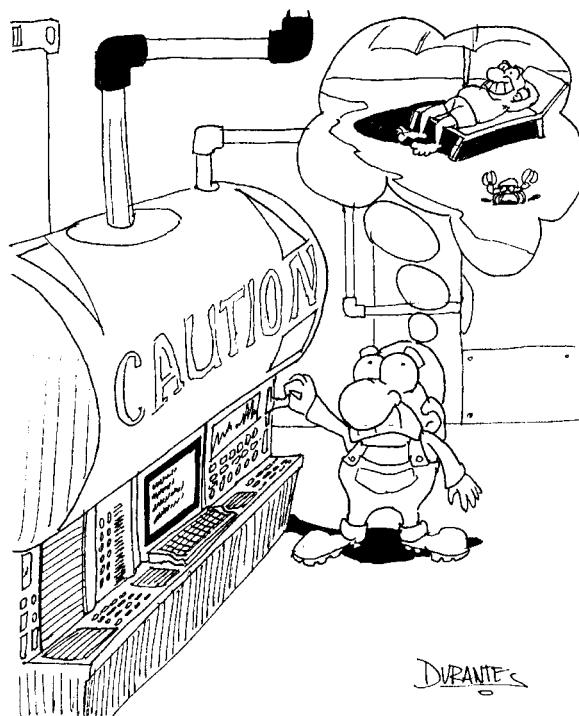
determinar el momento en que se devenga el derecho a percibir la remuneración vacacional.

#### 4.2.2 Vacaciones y criterio de lo devengado.

Sobre la base de lo expresado, tenemos dos elementos diferenciados a considerar: el derecho al descanso físico vacacional y el derecho a la remuneración vacacional.

Desde nuestro punto de vista, las vacaciones no se devengan en el mes siguiente en que se cumple el año de servicios (no existe la obligación de retención ni el derecho de deducción). Hay dos razones que respaldan nuestra afirmación.

La primera requiere de una breve presentación. La Ley ha establecido este derecho pero es la autonomía privada (las partes y a falta de acuerdo, decide el empleador) quien debe complementar su ejercicio fijando la oportunidad del goce vacacional; si no se pronuncia la autonomía privada, la Ley prevé el derecho



(56) Ibid.

(57) GARCIA MULLIN, Juan Roque. *Impuesto a la Renta. Teoría y Técnica del Impuesto*. Santo Domingo: Instituto de Capacitación Tributaria, 1980. p. 46. Además, se ha visto para este trabajo: VILLEGAS, Héctor. *Curso de finanzas derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Astrea, 2002.; PEREZ ROYO, Ignacio. *Manual del impuesto sobre la renta de las personas físicas*. Barcelona: Marcial Pons, 2000.; COLAO MARIN, Pedro. *Las rentas en especie en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*. Madrid: Marcial Pons, 1996.; MEDRANO CORNEJO, Humberto. *El método de lo percibido y la entrega de título-valores*. En: *Derecho Tributario*. Lima: 1991.

(58) Los Principios Generales de Contabilidad y las llamadas Normas Internacionales de Contabilidad coinciden con la citada definición cuando indican que lo devengado se verifica en el momento que ocurre una transacción que corresponde a un determinado ejercicio sin distinguir si se han cobrado o pagado en dicho período.

a una indemnización (“triple vacacional”). No existe un derecho (exigible o no) el primer día del año siguiente al cual se adquiere el derecho al goce físico vacacional pues se requiere de la necesaria actuación de las partes para que este derecho genérico se concrete y delimite.

En suma, estamos ante un derecho que requiere ser complementado por las partes o el empleador y que, inclusive, supone la variación del goce físico por la triple vacacional.

Ahora veamos la segunda razón. El impuesto a la renta de quinta categoría se genera cuando se devenga la remuneración vacacional -y no cuando se genera el derecho al descanso físico vacacional-, he aquí la importancia de una distinción.

a) Analicemos el derecho al descanso físico vacacional. El empleador no está obligado a autorizar el descanso físico al día siguiente a aquél en que el trabajador cumple un año de servicios, sino que, el derecho al goce físico vacacional se determina, en principio, de común acuerdo con el empleador. En efecto, de acuerdo al artículo 14 de la Ley, la oportunidad del goce físico vacacional deberá ser fijada, en primera instancia, de común acuerdo entre el empleador y el trabajador teniendo en cuenta tanto las necesidades de funcionamiento de una empresa como los intereses particulares del trabajador. En el supuesto que dichas posturas no pudieran ser conciliadas<sup>(59)</sup>, el empleador decidirá unilateralmente el momento que en el que corresponderá el descanso vacacional, en virtud, a su poder de dirección.

Debemos indicar que el goce efectivo del descanso físico vacacional puede ocurrir en cualquier momento del año siguiente a la fecha en que se cumplió el aniversario -fecha de ingreso a la empresa- que originó el derecho al citado descanso vacacional.

Nos explicamos. Digamos que un trabajador ingresa a laborar el 1 de enero de 1999; por tanto, el año de servicios se cumpliría el 31 de diciembre de 1999, y habría obtenido el derecho a gozar de 30 días de descanso físico. Ahora bien, el inicio de este descanso no ocurrirá necesariamente el día 1 de enero del año 2000 -a menos que así se hubiera convenido con el empleador o éste lo hubiera determinado unilateralmente, a falta de acuerdo- sino que el mismo podrá ser gozado en cualquier momento del año 2000 -desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2000-. Entonces, como podemos apreciar, el derecho al

descanso físico vacacional no puede ser ejercido al día siguiente de haber cumplido un año de servicios, sino al momento en que se ha pactado o determinado según el rol de descansos de una empresa, situación que puede ocurrir válidamente en cualquier momento del año siguiente a aquél en que se generó el derecho al goce vacacional.

En suma, la obtención del derecho al descanso físico vacacional no trae consigo el devengo de la remuneración vacacional -reiteramos que es sobre este concepto, y no sobre aquél, que se determina el impuesto a la renta de quinta-.

b) El segundo elemento a considerar es la remuneración vacacional. Como indicamos, sólo se genera o adquiere el derecho a percibir -criterio de lo devengado- la remuneración vacacional antes del inicio del descanso físico vacacional, y tal como lo hemos indicado en el literal anterior, ello puede ocurrir en cualquier momento del año siguiente a aquél en que el trabajador cumple un año de servicios para el empleador -aniversario de ingreso a la empresa-. Es sólo en el momento en que se devenga la remuneración vacacional que nace la obligación para el empleador de retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría.

De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, se devenga el derecho a percibir la remuneración vacacional por lo menos un día antes del inicio del descanso físico vacacional cuando el trabajador goza de dicho descanso, el cual, como hemos podido apreciar, se hace efectivo válidamente en cualquier momento del año siguiente a aquél en que el trabajador cumple un año de servicios para su empleador (en el ejemplo citado, los 30 días de vacaciones se pueden gozar entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2000). Por tanto, no somos partidarios de considerar que la remuneración vacacional se devenga al día siguiente de cumplido el año de servicios para el empleador.

Adoptar este último criterio, implicaría confundir el momento en que se adquiere el derecho al descanso físico vacacional -al día siguiente de cumplir el año calendario de servicio para el empleador- del momento en que se adquiere el derecho a percibir la remuneración vacacional.

En este sentido, por ejemplo, si el trabajador goza del descanso físico vacacional en el mes de junio de 2000, se devenga la remuneración vacacional; entonces, en este mes, se devenga el impuesto a la renta de quinta

(59) Supuesto que ocurrirá inevitablemente en muchos casos, puesto que no todos podrán “salir de vacaciones” al mismo tiempo, como por ejemplo, en los meses de verano. La única excepción, la constituye la madre trabajadora quien podrá acumular los días de descanso vacacional luego del término del período post natal.

categoría de cargo del trabajador y, por consiguiente, nace la obligación de retener y pagar dicho impuesto por parte de la empresa.

Ahora bien, puede darse el caso donde el trabajador percibe la remuneración vacacional sin descanso físico vacacional. Dos supuestos son cuando el trabajador cesa luego del año de servicios sin goce vacacional o cuando obtiene el derecho a la llamada "triple vacacional" porque no gozó de vacaciones físicas -tal como lo veremos en el siguiente punto-. Podemos apreciar nuevamente la vital importancia de distinguir remuneración vacacional de derecho del descanso físico vacacional.

Sin perjuicio de lo dicho, existen otros cuatro momentos en que se devenga el pago de la remuneración vacacional -y por tanto, nace la consiguiente obligación de retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría por parte del empleador-:

-Al cese de la relación laboral. En ese momento, debe realizarse la liquidación de todos los beneficios laborales al trabajador, dentro de los cuales se incluye obviamente el pago de las vacaciones truncas<sup>(60)</sup> (en el ejemplo, si el trabajador cesa el 30 de junio de 2000, por el período comprendido entre el 1 de enero y 30 de junio de 2000), y de las vacaciones simples que hayan sido adquiridas pero que aún no hayan sido gozadas físicamente puesto que todavía quedaba parte del año siguiente a aquél en que se generó el derecho para hacer efectivo su goce (en el ejemplo, si cesa el 30 de junio de 2000 y no gozó de vacaciones físicas generadas entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1999). En este caso, las remuneraciones vacacionales (truncas y simples) se devengan al cese dado que el trabajador no completó el récord vacacional (en el caso del derecho al descanso vacacional generado por laborar durante seis meses en el año 2000) y no gozó del descanso físico vacacional (generado por haber laborado durante el año 1999 y que debió gozarse en el año 2000); por tanto, el impuesto a la renta de quinta categoría de cargo del trabajador se devenga al cese y las retenciones y pagos deben efectuarse en dicha oportunidad.

-Cuando se genera la triple vacacional. La triple vacacional está compuesta por: 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; y se genera cuando, transcurre el año siguiente a aquél en que el trabajador adquiere el derecho al descanso físico vacacional sin que efectivamente goce físicamente de vacaciones. Es decir, en el supuesto del ejemplo descrito, el trabajador debiendo gozar del mes de descanso vacacional en algún momento entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2000, no goza de vacaciones físicas.

Entonces, al 1 de enero de 2001 se genera el derecho al pago de la triple vacacional. Por tanto, en el supuesto en que el trabajador no gozara del descanso físico vacacional durante el año siguiente a aquél en que cumplió un año de servicios para el empleador, se devengaría el derecho del trabajador de obtener el pago de la citada triple vacacional y por lo tanto, el empleador debería retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría no sólo de la remuneración que ordinariamente deba abonar al trabajador en el mes de enero de 2001 sino que, además, deberá retener y pagar el impuesto correspondiente a la remuneración vacacional correspondiente al descanso vacacional adquirido y no gozado<sup>(61)</sup>.

-Cuando se celebren pactos de acumulación de vacaciones. De acuerdo al artículo 18 de la Ley, el trabajador y el empleador pueden pactar por escrito la acumulación de hasta dos descansos consecutivos, siempre que después de un año de servicios continuo disfrute por lo menos de un descanso de siete (7) días naturales. Entonces, en el caso de nuestro ejemplo, si el trabajador sólo disfrutara de siete (7) días de descanso físico vacacional entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2000 -devengándose la correspondiente remuneración vacacional- y los restantes 23 días naturales los disfrutara entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2001 -junto con los 30 días de descanso vacacional generados por haber laborado durante el año 2000, devengándose igualmente el derecho a la remuneración vacacional correspondiente-, se deben retener y pagar el impuesto a la renta en cada oportunidad en que se genera el derecho del trabajador a percibir la remuneración vacacional.

-Cuando se vendan las vacaciones hasta por quince (15) días por cada período vacacional. En estos casos, en el momento en que se produce el acuerdo de

(60) En este supuesto, el trabajador no ha prestado un año de servicios completo, pero sí una fracción del mismo, la cual le genera un derecho al pago proporcional de la remuneración vacacional (considerando dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiera laborado). Igualmente, de acuerdo al artículo 23 de la Ley, la indemnización no está sujeta a pago o retención de alguna aportación, contribución o tributo.

(61) Debemos recordar que de acuerdo al segundo literal a) del artículo 18 de la LIR, las indemnizaciones previstas por las disposiciones laborales vigentes se encuentran inafectas al impuesto a la renta de quinta categoría.

la venta de vacaciones, se genera el derecho al pago correspondiente y, por consiguiente, la obligación de retener y pagar el impuesto a la renta de quinta categoría. Ciertamente, cuando se goce de vacaciones por los restantes quince (15) días se genera el derecho al pago de la remuneración vacacional y la obligación de retener y pagar el impuesto a la renta.

## 5 A título de conclusión.

Como se aprecia, existen varios puntos críticos sobre las vacaciones. Tenemos una Constitución que prevé un derecho cuyo contenido es delegado al nivel primario, hemos ratificado el Convenio OIT No. 52 y no tenemos aprobado el Convenio 132 de la OIT que lo revisa y contiene preceptos de mayor flexibilidad y contenido, las normas laborales -de nivel legal- no son del todas claras para regular los múltiples supuestos que presenta la casuística laboral y que se aprecian en las

resoluciones judiciales no del todo uniformes. Justamente, la poca precisión normativa y las modificaciones tributarias han generado un interesante debate sobre el devengo de la remuneración vacacional para efectos impositivos.

Consideramos que el Proyecto de Ley General del Trabajo debería tener en cuenta los temas planteados en los puntos anteriores. Ciertamente, no todos los aspectos serían regulados ya que otros temas podrían ser regulados por la autonomía privada y, para ello, el referido proyecto apuesta por una promoción de la autonomía colectiva.

Finalmente, estamos ante un instituto que tiene una larga trayectoria de regulación heterónoma y poco contenido en la autonomía privada pero que presenta actualmente una serie de puntos críticos que suponen una atención del legislador y de las partes laborales en tanto no exista una reformulación de la regulación positiva.  $\text{E}$