VERSION PRELIMINAR
SUSCEPTIBLE DE CORRECCION UNA VEZ CONFRONTADO
CON EL EXPEDIENTE ORIGINAL

PROYECTO DE LEY

MODIFICACIÓN LEY DE CONTRATO DE TRABAJO
ART. 207.- DESCANSOS COMPENSATORIOS NO GOZADOS

Artículo 1º - Sustituir el artículo 207 de la Ley Nº 20.744 (t.o. Dec. 390/76), por el siguiente texto:

"ARTÍCULO 207 (Descansos no gozados). Cuando el trabajador prestase servicios en los días y horas mencionados en el artículo 204, medie o no autorización, sea por disposición del empleador o por cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 203, o por estar comprendido en las excepciones que con carácter permanente o transitorio se dicten, y el empleador omitiere el otorgamiento de descanso compensatorio en tiempo y forma, el trabajador podrá hacer uso de ese derecho dentro de los treinta (30) días posteriores al primer día hábil de la semana subsiguiente, previa comunicación formal de ello con una anticipación no menor de veinticuatro (24) horas, estando obligado el empleador a abonar el salario habitual correspondiente al día de descanso efectivamente gozado con el ciento por ciento (100 %) de recargo.

No otorgado el descanso compensatorio por parte del empleador y vencido el plazo previsto en el párrafo precedente sin que el trabajador hiciera uso del derecho a gozar del mismo, corresponderá que los períodos de descanso compensatorio omitidos de gozar sean adicionados a la licencia por vacaciones del trabajador inmediata posterior. En defecto de ello, el empleador deberá abonar con el salario correspondiente al mes inmediato posterior del goce de las vacaciones una indemnización equivalente al salario correspondiente al tiempo trabajado en afectación del descanso no compensado, con más el ciento por ciento (100%) de recargo, calculada a valores vigentes al momento en que resulte exigible dicho pago."

Artículo 2°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

PAIS Juan Mario

Firmado digitalmente por PAIS Juan Mario
Fecha: 2020.06.26 08:47:11 -03'00'

FUNDAMENTOS

Señora Presidenta:

El tema de los descansos compensatorios es sin dudas uno de los más ríspidos y de difícil resolución en el ámbito del derecho laboral, siendo el artículo 207 de la Ley de contrato de trabajo (LCT) Nº 20.744, una de las normas más polémicas y sobre la que hasta la fecha sigue existiendo uno de los mayores debates doctrinarios y disímiles posiciones jurisprudenciales.

La norma vigente- tiende a tutelar el derecho del trabajador a gozar en forma efectiva su descanso semanal, pero su defectuosa redacción -y lo complejo del sistema que privilegia el goce en forma efectiva de su descanso por parte del trabajador- en la práctica genera consecuencias negativas, tal como lo expuso en su voto en minoría el Dr. Capón Filas en un fallo1 de la sala VI de la CNA Trab dictado en el año 2004.

Así vemos que el art. 207 de la LCT establece que cuando el trabajador preste servicios los sábados después de las 13 horas y los domingos o en los días que por ley o reglamentariamente se fijen como correspondientes al descanso semanal, el empleador debe otorgar el descanso compensatorio dentro de la semana siguiente a aquella en la que se produjo el trabajo en tiempo prohibido, pues ello se infiere de la expresión "*se omitiere el otorgamiento de descanso compensatorio en tiempo y forma".*

Luego dispone que transcurrido dicho período – el de la semana siguiente- sin que se hubiere otorgado el descanso compensatorio, *"el trabajador podrá hacer uso de ese derecho a partir del primer día hábil de la semana subsiguiente, previa comunicación formal de ello efectuada con una anticipación no menor de veinticuatro (24) horas. El empleador, en tal caso, estará obligado a abonar el salario habitual con el ciento por ciento (100 %) de recargo".*

Conforme el antecedente del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, causa "Casabone"[2], el descanso no gozado no es compensable en dinero. Vale decir que la jurisprudencia propugnó que el descanso debía ser efectivamente gozado, ello con el objeto de evitar que el trabajador negocie el mismo y perciba en su reemplazo una compensación económica, y en consonancia la norma no prevé el pago en dinero cuando se produzca la violación (total o parcial) del descanso semanal, sino que privilegia absolutamente el goce efectivo del descanso, sea que lo otorgue voluntariamente el empleador o que el trabajador vencido el plazo implícito fijado en la norma -la semana siguiente- haga uso del derecho a gozar el descanso, comunicando al

1 CNATrab., Sala VI "Romano, Leonardo M. v. Wall-Mart Argentina S.A.", 11/05/2004.

2Fallo Plenario Nro. 33 recaído en autos “Casabone de Becerra, Blanca c/ Consorcio de Propietarios Alberdi 1626”

empleador tal circunstancia con una antelación de 24 horas, pero tal solución -absolutamente loable- se ve distorsionada por el escaso tiempo que tiene el trabajador para forzar el goce de su descanso compensatorio.

En síntesis, siempre que se trabaje afectando el descanso semanal, independientemente de que se paguen las horas extras -en el caso que se hubiere superado el límite máximo semanal de la jornada de trabajo- corresponderá el otorgamiento del "descanso compensatorio", y conforme surge del diseño del instituto efectuado por el legislador, no es factible "indemnizar" con dinero el descanso no gozado, castigando al trabajador que omitiere ejercer el derecho que le otorga la norma, omisión que la experiencia nos indica es absolutamente habitual.

Por ende, aquello que aparece como una solución legislativa justa cuando es confrontada con la realidad no lo es, pues como ocurre en la mayoría de las veces que se transgrede el descanso y el empleador no otorga su compensación, el trabajador no reclama el goce efectivo del mismo en el exiguo tiempo fijado por la norma, y con ello pierde el derecho al descanso compensatorio y hasta al pago de una indemnización por esa afectación de su derecho, lo cual implica conforme lo interpreta tanto la doctrina como la jurisprudencia, que ese plazo exiguo opera como una suerte de plazo de caducidad en perjuicio del trabajador, ya que se sostiene que el derecho a gozar del descanso compensatorio debe ser ejercitado en "la semana subsiguiente" exclusivamente, y allí y sólo en tal caso opera la sanción económica del empleador aduciendo en tal sentido que **"*es la única manera de asegurar que el instituto cumpla con el fin esencial para el cual fue creado, desalentando así las prácticas que conspiran contra la realización de ese fin, como la acumulación de francos*."3**

En función del análisis que estamos efectuando, debemos tener presente que para algunos autores la sanción económica prevista en el art. 207 LCT, corresponde al tiempo del descanso afectado; en tanto para otros autores -ya sea en el caso de trabajadores jornalizados como mensualizados- el pago doble correspondería al día en que se gozó del descanso compensatorio por voluntad del trabajador ante la omisión del empleador, pero de lo que no caben dudas, cualquiera sea la interpretación que se haga, es que este pago constituye una sanción por su incumplimiento, y no una compensación por su omisión.

En el mencionado voto del Dr. Rodolfo Capón Filas, es donde - luego de referenciar los antecedentes legislativos relacionados con la protección del descanso de los trabajadores- analiza en la práctica la aplicación de la norma y concluye que la misma termina perjudicando al trabajador que se pretende tutelar, pues no goza del descanso compensatorio ni percibe ninguna indemnización por

3 CNTrab., Sala I "Bazán, Erman c/Sicdo"-DT 1995-A Pág. 1019 y otros

el incumplimiento del empleador, algo con lo que estoy absolutamente de acuerdo. Es así que el citado ya fallecido camarista y doctrinario, analiza el tenor de la prohibición de trabajar el sábado después de las 13 horas y los domingos que establece el art. 204 de la LCT, y en los casos de violación de ese descanso, verifica que en la práctica no sólo no se otorga el descanso compensatorio, sino que el trabajador por temor a perder el empleo o desconocimiento, resigna el derecho de gozar compulsivamente del descanso compensatorio omitido e inclusive de percibir el pago previsto en la última parte del art. 207 LCT. Asimismo, no puedo dejar de señalar que la descripción que se realiza en el voto mencionado, a mi criterio refleja con absoluta contundencia la realidad, resultando entonces la justa finalidad perseguida por el legislador absolutamente desvirtuada y por ende debemos corregirla.

En los hechos, cuando el empleador no otorga el descanso compensatorio, en la mayoría de los casos el trabajador lo pierde pues no ejerce su derecho, y ante la prohibición legal de compensar esa violación del tiempo de trabajo prohibido con dinero, indirectamente se está perjudicando a quien se pretende proteger y se termina beneficiando a quien transgrede la norma. El Dr. Capón Filas propiciaba que directamente se califique el trabajo prestado en el descanso como suplementario, ordenando su pago con un recargo del ciento por ciento, lo cual en la práctica constituye un uso y costumbre bastante extendido.

Conforme lo expuesto, entiendo que procede adecuar la normativa aplicable a la realidad pero manteniendo la finalidad del goce efectivo del descanso como prioritaria, arbitrando una solución diferente que evite en la práctica un perjuicio concreto para el trabajador, por lo que la norma proyectada prevé una operatividad diferente para el goce del descanso compensatorio. Se pretende ampliar las posibilidades del trabajador para el ejercicio pleno de su derecho y, por el otro, sancionando económicamente al empleador que obligó a su dependiente a realizar un trabajo afectando su descanso obligatorio y no lo compensó en tiempo y forma el mismo con otro descanso, ello por cuanto se afectó su integridad psicofísica. A tal fin, propongo mediante este proyecto lo que entiendo constituye una solución esencialmente justa, protectoria y no disociada de la realidad.

En lo sustancial la norma proyectada respeta el diseño original del artículo 207 LCT y su finalidad de evitar que el trabajador resigne su descanso obligatorio por afán de lucro. Vale decir que, si se afecta el descanso semanal y se superó la jornada laboral máxima, ese trabajo excedente deberá ser pagado como jornada suplementaria, e incluso también deberá ser compensado en cuanto al descanso. En caso de no superarse la jornada máxima legal - se da habitualmente con el trabajo de los sábados por la tarde-, si bien no corresponderá el pago del trabajo en jornada suplementaria, igualmente será procedente el otorgamiento del

descanso compensatorio, tal como lo prevé actualmente el artículo en su redacción vigente.

Ahora bien, vencida la semana siguiente a la afectación del descanso sin el otorgamiento del franco compensatorio por parte del empleador, entiendo que debemos dar certeza legislativa en cuanto al plazo que tiene el trabajador para notificar su decisión de gozar del descanso compensatorio y asumiendo la interpretación jurisprudencial restrictiva, considero pertinente fijar un plazo de treinta (30) días -que es el mismo que la LCT otorga al trabajador por ejemplo, para impugnar las sanciones disciplinarias- , dentro del cual el empleador "*estará obligado a abonar el salario habitual correspondiente al día de descanso efectivamente gozado con el ciento por ciento (100 %) de recargo*". En la terminología de la norma se aclara que el pago del salario con recargo funciona como una sanción y se relaciona con el día efectivamente de descanso gozado en compensación por el trabajador, con lo que se protegería adecuadamente los derechos de los trabajadores jornalizados.

Luego, en un segundo párrafo, se contempla la situación que lamentablemente se evidencia con mucha habitualidad, que se da cuando el empleador no otorga el descanso compensatorio y tampoco el trabajador ejerce su derecho a gozarlo por sí mismo. En este supuesto, propicio una solución intermedia a la señalada por el Dr. Capón Filas, estableciendo que si el trabajador no ejerciese su derecho en el plazo de 30 días de plazo fijados en la norma, y con la finalidad de privilegiar el valor higiénico del descanso, se establece que el período que debió haber sido otorgado como descanso y no fue gozado por el trabajador, **será adicionado a los días de vacaciones anuales del año de que se trate**. Es decir, por cada día de franco compensatorio no gozado, se deberá adicionar un día a la licencia ordinaria correspondiente al empleado en el período vacacional inmediato posterior (a celebrarse entre octubre de dicho año y marzo del siguiente).

Por último, y en función de la hiposuficiencia de los trabajadores, prevemos que si después de todo ello, también se vulnera el derecho del trabajador a gozar de un mayor período de vacaciones, se dispone la obligación del empleador de pagar una "indemnización" igual a la que hubiera percibido el trabajador de haber ejercitado por sí su derecho promoviendo un mecanismo para que el empleador que incumple su obligación no obtenga un beneficio económico adicional sino que deba pagar una indemnización -ya que la previsión tiene una indubitada naturaleza punitoria- que le resulte más gravosa que si hubiera otorgado voluntariamente el franco compensatorio, pues la misma será equivalente *"al salario correspondiente al tiempo trabajado en afectación del descanso, con más*

el ciento por ciento (100%) de recargo, ello calculado a valores vigentes al momento en que resulte exigible su efectivo pago."

Esta solución propiciada se encuentra en la misma línea que la iniciativa presentada por el Diputado (MC) Hector Recalde quien también abordó la problemática del descanso compensatorio y el deficiente funcionamiento del actual artículo 207 LCT, y rescata las iniciativas legislativas que tramitaron en los expedientes 0987-D-2008, 0230-D-2010, 839-D-2012 y 1575-D-2014 de mi autoría y los proyectos S-530/16 y S-1859/18, los cuales en virtud de lo establecido por el artículo 1° de la Ley N° 13.640 y sus modificatorias han perdido estado parlamentario.

Con la intención de mejorar la regulación de un dispositivo que hasta al presente ha evidenciado grandes dificultades en su aplicación, como es el efectivo goce del descanso afectado, privilegiando un derecho higiénico, garantizado en el principio constitucional del art. 14 bis, que establece la "jornada limitada", es que solicito a mis pares el acompañamiento a la presente iniciativa parlamentaria.

JUAN MARIO PAIS
SENADOR DE LA NACION