Nº 11-2008

CONSULTA: El Presidente Ejecutivo de la Fundación Fondo Nacional de Transporte Urbano (FONTUR), se ha dirigido a esta Consultoría Jurídica a los fines de solicitar opinión en cuanto a la procedencia del recálculo de la bonificación de fin de año sobre la base del salario integral, ello en virtud de la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, y que en tal sentido se señale la vigencia para su aplicación. Asimismo, requiere que este Despacho indique si desde la entrada en vigencia de dicho instrumento, el salario que sirve de base para el cálculo del bono vacacional, es aquel vigente a la fecha del disfrute efectivo de las vacaciones o el vigente para el momento en que nació tal derecho. Por otra parte, solicita información sobre la interpretación del artículo 223 de la Ley Orgánica del Trabajo a los fines de determinar el momento en que se debe pagar el bono vacacional.

DICTAMEN: Esta Consultoría Jurídica debe señalar, que a partir de la entrada en vigencia de la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, quedó expresamente establecido que la bonificación de fin de año será calculada con base en el salario integral, en consecuencia, la bonificación de fin de año correspondiente al año 2006 debió calcularse con dicha base de cálculo, por tanto, resulta procedente el recálculo del mencionado beneficio en el supuesto que el mismo haya sido calculado con una base de cálculo inferior al salario integral. Asimismo, a partir de la entrada en vigencia del referido instrumento, el pago de las vacaciones y del bono vacacional deberá realizarse con base en el salario normal devengado por el trabajador en el mes de labores inmediatamente anterior al día en que disfrute efectivamente del derecho a las vacaciones. Por otra parte, respecto a la interpretación del artículo 223, es criterio de este Despacho, que la intención del legislador es dejar claro la simultaneidad del pago del bono vacacional con el salario correspondiente a la vacaciones.

En primer término, esta Consultoría Jurídica debe señalar que, ciertamente tal y como fue expuesto por el consultante en su comunicación, en el caso de las fundaciones del Estado la naturaleza privatista de su creación y constitución las ubica dentro del régimen de personal establecido en la Ley Orgánica del Trabajo[1].

En este contexto, al no existir una regulación convencional diferente, el artículo 184 de la mencionada Ley establece la bonificación de fin de año que deberá otorgar la fundación, en los siguientes términos:

[1] Tal y como fue expuesto en Dictamen Nº 09 de fecha 09 de abril de 2003.

> ***"Artículo 184.*** *Los patronos cuyas actividades no tengan fines de lucro estarán exentos del pago de la participación en los beneficios, pero deberán otorgar a sus trabajadores una bonificación de fin de año equivalente a por lo menos quince (15) días de salario.*
> *(...)"*

Tal y como puede apreciarse, el referido artículo no determina el tipo de salario que deberá considerarse como base de cálculo de la bonificación de fin de año y, por su parte, el artículo 82[2] del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999, establecía que dicha bonificación sería calculada con base en el salario promedio devengado por el trabajador en el respectivo ejercicio anual.

En este sentido, las mencionadas normas podían plantear dudas en cuanto a cuál debe ser ese salario base de cálculo –integral, normal o básico-, que deberá tomarse en consideración; sin embargo, tal situación vino a ser resuelta por la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006, toda vez que en su artículo 59 expresamente estableció lo siguiente:

> ***Bonificación Sustitutiva***
> ***Artículo 59.*** *Las bonificaciones a que se contraen los artículos 183 y 184 de la Ley Orgánica del Trabajo, se calcularán con base en el salario integral, y deberán ser pagadas dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año. (...)*

Del artículo antes transcrito se aprecia, que a partir de la entrada en vigencia de la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, quedó expresamente establecido que la bonificación de fin de año será calculada con base en el salario integral, en consecuencia, para el mes de diciembre del año 2006, la referida bonificación debió calcularse con dicha base de cálculo.

[2] Artículo 82.- Bonificación sustitutiva. Las bonificaciones a que se contraen los artículos 183 y 184 de la Ley Orgánica del Trabajo, se calcularán con base en el salario promedio devengado por el trabajador en el respectivo ejercicio anual y deberán ser pagadas dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año.

Por otra parte, respecto al cálculo del bono vacacional el consultante señala en su comunicación que resulta indispensable que este Despacho "*clarifique si desde la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, el salario del trabajador que sirve de base para el cálculo del bono vacacional, es aquel vigente a la fecha del disfrute efectivo de las vacaciones o, por el contrario, el salario para el momento que nace el derecho del trabajador a sus vacaciones*." Adicionalmente, solicita que este Despacho informe a partir de qué momento deberán efectuarse los correspondientes ajustes.

Al respecto, esta Consultoría Jurídica estima necesario señalar que el artículo 145 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que el salario normal será la base de cálculo para el pago de las vacaciones y el bono vacacional, a saber:

> "***Artículo 145.-*** *El salario de base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador por concepto de vacaciones será el salario normal devengado por él,* ***en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que nació el derecho a la vacación***." (Destacado de esta Consultoría Jurídica)

Tal y como puede apreciarse, el referido artículo expresamente dispone que la base de cálculo para el pago de lo que corresponda por concepto de vacaciones será el salario normal devengado por el trabajador en el mes inmediatamente anterior al día en que nació el derecho a la vacación. Por otra parte, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia reiteradamente se ha pronunciado sobre el pago de las vacaciones cuando las mismas no son disfrutadas en su oportunidad, tal y como fue señalado, por ejemplo, en la Sentencia Nº 31 de fecha 05 de febrero del año 2002[3], en los siguientes términos:

> *"(...) El artículo 145 de la Ley Orgánica del Trabajo es claro al establecer que el salario base para el cálculo de lo que le corresponda al trabajador por concepto de vacaciones será el salario normal devengado por él en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que nació el derecho a la vacación.* ***La jurisprudencia patria ha establecido que por razones de justicia y equidad debe***

[3] Dicho criterio ha sido reiterado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en varias oportunidades, así por ejemplo: Sentencia Nº 1633 de fecha 14 de diciembre de 2004, Sentencia Nº 1165 de fecha 09 de agosto de 2005.

> ***considerarse que si el trabajador no ha disfrutado de algún período vacacional durante la relación de trabajo al término de la misma éste debe ser cancelado no con el salario normal devengado al momento en que nació el derecho sino con el salario normal devengado al momento de terminación de la relación laboral*** *(...).”* (Destacado de la Sala).

Del artículo antes transcrito en concordancia con el criterio jurisprudencial antes referido, se evidencia que el pago de lo que corresponda por concepto de vacaciones debe calcularse tomando como base el salario normal devengado por el trabajador en el mes inmediatamente anterior al día en que nació el derecho a la vacación, siempre y cuando las mismas sean disfrutadas y pagadas en su oportunidad, ya que en caso contrario, una vez finalizada la relación laboral las vacaciones no disfrutadas deberán calcularse conforme al salario normal devengado por el trabajador al momento de la terminación, ello en virtud de razones de justicia y equidad al no haberlas disfrutado en su momento.

Con fundamento en las mismas razones de justicia y equidad, tal solución no sólo resulta aplicable al pago de las vacaciones no disfrutadas al término de la relación laboral, sino también cuando el disfrute se realiza en un momento posterior al nacimiento del derecho encontrándose aún en curso la relación laboral, supuesto en el cual resulta pertinente que se pague con base en el salario normal del mes inmediatamente anterior al disfrute efectivo de las vacaciones y no con base en el salario normal del mes inmediatamente anterior al nacimiento del derecho tal y como lo establece el artículo 145 antes señalado, ya que este último supuesto iría en detrimento del trabajador, quien se ha mantenido prestando servicios en el momento en el cual le correspondía el disfrute de su período de vacaciones remuneradas.

En este orden de ideas, es de destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 90 expresamente dispone que “*Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados* ***en las mismas condiciones***

que las jornadas efectivamente laboradas"[4], lo cual permite ratificar que las mismas deben ser pagadas tomando como base de cálculo el salario normal del mes inmediatamente anterior al disfrute del derecho, ya que de este modo se estaría garantizando el derecho a que las mismas sean remuneradas en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas, tal y como lo establece la referida disposición constitucional.

En este contexto, esta Consultoría Jurídica se pronunció al respecto mediante Dictamen Nº 73 de fecha 04 de diciembre de 2002, habiendo señalado lo siguiente:

> *"En criterio de este Despacho,* ***el salario base para el cálculo de las vacaciones y el bono vacacional será el salario normal devengado por el trabajador en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que disfrute del período vacacional****, y en caso de terminación de la relación laboral por cualquier causa, sin que el trabajador haya disfrutado del referido beneficio, el salario que se tomará en cuenta para el cálculo, será el devengado por el trabajador en el mes de labores inmediatamente anterior a la terminación de la relación laboral, es decir, el último salario devengado."* (Énfasis añadido)

Posteriormente, con la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial Nº 38.426, de fecha 28 de abril de 2006, se ratificó el anterior criterio al establecer expresamente en su artículo 95, lo siguiente:

> *"****Salario para el cálculo de las vacaciones y el bono vacacional: Artículo 95.- El pago de las vacaciones y del bono vacacional deberá realizarse en base al salario normal devengado por el trabajador o trabajadora en el mes de labores inmediatamente anterior al día en que disfrute efectivamente del derecho a la vacación.*** *En caso de salario por unidad de obra, por pieza, a destajo o a comisión, será el promedio del salario devengado durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que disfrute efectivamente del derecho a la vacación. (...)."* (Destacado de esta Consultoría Jurídica).

[4] Lo cual difiere de la redacción del artículo 86 de la Constitución Nacional de 1961, que señalaba que *"Todos los trabajadores disfrutarán de descanso semanal remunerado y de vacaciones pagadas en conformidad con la ley"* y en este contexto, la Ley Orgánica del Trabajo establecía en su artículo 145 como base de cálculo para el pago de lo que corresponda por concepto de vacaciones el salario normal del mes anterior al nacimiento del derecho.

En este sentido, es de destacar que la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo no cambia el salario que sirve de base de cálculo de las vacaciones, sino que la reforma atendió al criterio asumido de manera pacífica y reiterada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto al salario normal a considerar, es decir, incorporó en forma expresa que es el devengado por el trabajador en el mes de labores inmediatamente anterior al día en que disfrute efectivamente del derecho a la vacación. Así, la norma reglamentaria viene a complementar las limitaciones para postergar el disfrute de las vacaciones establecidas en los artículos 226, 229 y 230 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Con base en todo lo antes expuesto, esta Consultoría Jurídica debe señalar que a partir de la entrada en vigencia de la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, el pago de las vacaciones y del bono vacacional deberá realizarse con base en el salario normal devengado por el trabajador en el mes de labores inmediatamente anterior al día en que disfrute efectivamente del derecho a las vacaciones.

Finalmente, en atención a la solicitud de información "*sobre la interpretación correcta que se le debe dar al artículo 223 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual incluyó el concepto de la "**oportunidad de sus vacaciones**", a los fines de determinar el momento en que se debe pagar el bono vacacional*.", esta Consultoría jurídica estima pertinente señalar que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia Nº 78 de fecha 05 de abril de 2000, respecto a la oportunidad del pago del salario correspondiente a las vacaciones, señaló lo siguiente:

> "*Ahora bien, establece el artículo 222 de la Ley Orgánica del Trabajo que el salario correspondiente al período **vacacional se debe pagar al inicio del mismo, permitiéndose así que el trabajador tenga disponibilidad dineraria para disfrutar de sus vacaciones sin mayores apremios**.*
> *Esta es la intención del legislador plasmada en el artículo 226 de la Ley Orgánica del Trabajo, norma en la que establece:*
> *(...)*

> *Estima esta Sala que la voluntad del legislador fue prever que cuando finalmente el trabajador tome las vacaciones, que no disfrutó por acuerdo con el patrono, pueda disponer de dinero para que este disfrute sea real y efectivo, mientras exista relación de trabajo.*
> *Considera la Sala que la disposición contenida en el artículo 226 de la Ley Orgánica del Trabajo, no impide al trabajador demandar el pago de las vacaciones anuales no disfrutadas, una vez extinguido el vínculo laboral. Lo contrario sería premiar la conducta del empleador que no otorgó las vacaciones como lo prevé la ley.*
> *Este razonamiento halla su fundamento en la interpretación sistemática de las normas que conforman el Capítulo V del Título IV de la Ley Orgánica del Trabajo, referido al disfrute de las vacaciones.*
> *Bajo la previsión del artículo* ***226 se estimula al trabajador para que disfrute efectivamente las vacaciones, con el pago correspondiente, es decir, tiene derecho a cobrar nuevamente las vacaciones no disfrutadas, calculadas esta vez, al último sueldo***. "(Destacado de esta Consultoría Jurídica)

Ahora bien, el artículo 223 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone que *los patronos pagarán al trabajador* ***en la oportunidad de sus vacaciones, además del salario correspondiente****, una bonificación especial para su disfrute",*de lo cual se infiere, la intención del legislador de dejar claramente establecida, la simultaneidad del pago del bono vacacional con el salario correspondiente

En estos términos queda expuesta la opinión de esta Consultoría Jurídica.

Por delegación del Ministro del Poder Popular
Para el Trabajo y Seguridad Social

Abog. RAFAEL GILBERTO MADRID MAYA
Director General de Consultoría Jurídica
Según Resolución Nº 5.867 de fecha 06/05/2008
Gaceta Oficial Nº 38.769 de fecha 07/05/2008

RGMM/YRT/JRG