

Salario de referencia para el pago de la vacación anual

Fernando Parra Aranguren

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 87
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1993

I.- Un Sindicato de empresa solicitó de ésta:

A.- Continuará pagando las vacaciones vencidas y no disfrutadas por los trabajadores con base al salario devengado por éstos al iniciar el goce de las mismas; y

B.- Cancelara -en el mismo supuesto de vacaciones vencidas y no utilizadas- el bono vacacional de conformidad con la convención colectiva de trabajo vigente para la fecha de la actualización del derecho y no con la aplicable en el momento de su nacimiento; y

C.- En relación con el lapso de la vacación, que aplicara la regla vigente para la fecha del ejercicio del derecho.

II. Fundamentó su petición de la siguiente manera:

A.- Hasta 1989, la empresa había utilizado como salario -para el pago de las vacaciones vencidas y no disfrutadas- el devengado por el beneficiario en el momento del nacimiento del derecho y había cancelado el bono vacacional de conformidad con la regla convencional aplicable en ese tiempo.

B.- A partir de 1989 -y hasta diciembre de 1991- inició la práctica de liquidarlas de acuerdo con la remuneración percibida para la fecha del ejercicio del derecho. Del mismo modo canceló el bono vacacional, o sea, de conformidad con la disposición vigente para la época del goce efectivo del descanso.

C.- En el mes de enero de 1992, el empleador volvió al sistema antiguo: comenzó a cancelar -las vacaciones vencidas y no disfrutadas así como el bono

correspondiente- con fundamento en la retribución devengada por el trabajador para el momento del nacimiento del derecho.

D.- El modo de pago descrito en el literal B -en criterio de la organización sindical, había creado, a favor de los trabajadores, un “beneficio” que no podía ser modificado unilateralmente por implicar una desmejora en las condiciones de empleo.

E.- Las mismas reglas utilizadas en relación con el pago de la vacación y el bono fueron utilizadas para determinar la duración del período vacacional.

III.- Como causa justificatoria del cambio efectuado a partir de enero de 1992, la Empresa alegó el dispositivo del artículo 145 de la Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990.

IV.- El caso planteado se reduce a resolver dos situaciones diferentes y ambas deben solucionarse a la luz de dos ordenamientos distintos -el vigente hasta el 30 de abril de 1991 y el que lo está a partir del 1º de mayo del mismo año- a saber:

A.- ¿Puede una práctica derogar normas de orden público (esto es, de carácter imperativo)?; y

B.- Si fuese posible -y la práctica se probase- ¿cuáles son sus efectos jurídicos?

V.- La primera implica determinar la naturaleza jurídica de la vacación.

A.- “La vacación -señala Rafael Caldera- es un **descanso legal obligatorio** (... durante el cual) el trabajador ha sido relevado de la concurrencia a su diaria faena, pero (...) **ha contraído** (frente a la comunidad) **la obligación del descanso**, obligación que no puede infringir sin exponerse a la sanción legal” (*Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1960, Tomo I, p. 495)¹.

B.- “Frente al patrono -apunta Rafael Alfonso-Guzmán- la vacación anual es (...) un derecho exigible a la terminación del período anual de trabajo

¹ En esta cita -y en las siguientes- los destacados son de quien suscribe, salvo indicación expresa en contrario.

ininterrumpido. Frente al Estado, representa para el trabajador una obligación, cuya naturaleza participa, como el derecho, del carácter de orden público que la hace irrenunciable o no sujeta a modificación restrictiva por convenios entre las partes de la relación de trabajo” (Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana, Caracas, 1987, tomo II, pp. 322-323).

En consecuencia, afirma el mismo autor, **al nacer el derecho, su titular debe interrumpir** toda su “actividad, incluso para sí mismo, con objeto de que su organismo reponga el desgaste natural causado por el esfuerzo continuado durante el año” (ibidem, p. 344).

C.- Esto significa que -en criterio de la doctrina mencionada, compartido por quien suscribe- el instituto de la vacación -y, consecuencialmente, su disfrute- de orden público. Esto es, sus reglas tienen carácter imperativo y sólo pueden ser modificadas -dentro de las limitaciones permitidas- para beneficiar al trabajador.

Debe, por tanto, revisarse el contenido de los preceptos reguladores del instituto con miras a determinar los límites establecidos a la voluntad de los interlocutores sociales.

VI. La normativa legal vigente hasta el 30 de abril de 1991 fue muy parca en la materia.

A.- Consagró dos derechos a favor del trabajador (el de disfrutar de un período de vacación anual remunerado y el de percibir un bono vacacional), ambos en los términos, condiciones y modalidades señalados²; y

B.- Estableció la pérdida del derecho a la remuneración de la vacación, si, durante su disfrute, el beneficiario realizaba, para sí o para otro, labores

² Artículos 58 y 59 de la Ley del Trabajo de 3 de noviembre de 1947, reformada el 11 de julio de 1966, el 31 de mayo de 1974, el 15 de abril de 1975, el 22 del mismo mes y año y el 11 de julio de 1983. No se entiende el por qué, la Ley Orgánica del Trabajo -artículo 657- deroga tanto la Ley del Trabajo de 1936 como la reforma de 4 de mayo de 1945, ya abrogadas por la Ley de 3 de noviembre de 1947, por una parte, y, por la otra, en algunos casos, identifica incorrectamente las leyes dejadas sin efecto, pues no lo hace de conformidad con lo previsto en la normativa vigente (con la fecha del cumplesse y no con la de su publicación en la Gaceta Oficial), vd. Fernando Parra Aranguren, “Reflexiones sobre el Título Primero de la Ley Orgánica del Trabajo”, en Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República, N° 5, Caracas, 1992, pp. 109-110).

opuestas a la finalidad del instituto (artículo 285). Esta regla se justificó porque fue concebido como un **derecho-deber** del trabajador: únicamente así -afirma Alfonso-Guzmán- “es posible entender la singular sanción de la pérdida del derecho a la retribución, en los casos en que se infringe el deber de suspender la actividad que contraría la finalidad del descanso (pues) no es concebible una sanción por el inejercicio de un derecho, ni aun cuando éste sea irrenunciable” (*ibidem*, p. 323).

Esta interpretación se corrobora -a su juicio- cuando se advierte “que es esa la **única vez** que el legislador venezolano sanciona al trabajador con la pérdida de la retribución del beneficio” (*idem*). Esto lo reitera posteriormente, al destacar que es -en la normativa nacional- “la única sanción económica exclusiva de los trabajadores” (ob. cit., Tomo III, Caracas, 1988, p. 731).

Lo expuesto “prueba -en criterio del mismo autor- el singular valor de la vacación anual para nuestra disciplina jurídica, que, como todas, es expresión de la noción del bien común propia de la sociedad que la promulga. Así, **el goce del período de descanso, aparece más que como una obligación del patrono, jurídicamente contrapuesta al derecho del trabajador, como un terminante deber de éste, en cuyo cabal cumplimiento el Estado se encuentra directamente interesado**” (ob. cit., Tomo II, p. 323).

VII. El Reglamento de la Ley del Trabajo, de 31 de diciembre de 1973, desarrolló las normas comentadas. Del análisis de sus disposiciones se desprende:

A.- La vacación debe disfrutarse de manera efectiva (artículo 91).

B.- El empleador debe pagarla aun en el supuesto de su cancelación sin la concesión del tiempo necesario para su disfrute (artículo 91) y debe hacerlo con base en el salario normal, esto es, el efectivamente devengado por el trabajador, en forma sistemática y permanente, en el tiempo inmediatamente anterior a su determinación (artículos 93 y 114).

C.- El goce de la vacación puede posponerse:

1.- “Por un período equivalente a la suma de los días en que no hubiere concurrido el trabajador a sus labores” por causa justificada (artículo 95). Esta

hipótesis no tipifica, en realidad, un caso de postergación: si el derecho a la vacación es exigible después de un año de servicios ininterrumpidos, el de disfrutarla no nace a favor del trabajador hasta tanto dicho dato jurídico no se ha actualizado.

2.- Hasta por tres meses, previo acuerdo entre los interlocutores sociales: si el mismo no fuese posible en relación con la fecha de disfrute, ésta sería fijada por el Inspector del Trabajo (artículo 99).

3.- Excepcionalmente, a solicitud del asalariado y previa autorización del mismo funcionario del trabajo, podrían juntarse hasta dos vacaciones, “cuando la finalidad de dicha acumulación sea razonable” (artículo 99).

D.- La facultad del trabajador -por sí o por medio de representante- de requerirle a la autoridad competente (Inspector del Trabajo de la jurisdicción) la determinación de la fecha para ejercitar su **derecho** a la vacación y cumplir su **deber** de descansar.

E.- La obligación de pagar -si la relación de trabajo concluyese por cualquier causa “sin que los trabajadores hayan disfrutado de la **vacación** a que tiene derecho”- la remuneración que a cada uno de ellos corresponda (artículo 103).

Esta regla -interpretada en conexión con las anteriormente citadas- sólo podía referirse a los supuestos lícitos de posposición: jurídicamente es imposible la existencia de otras hipótesis. Esto es, la normativa nacional no permitía más de una vacación vencida y no disfrutada: por ello el autor de la norma aludía a la **vacación** y no a las **vacaciones**.

F.- En los supuestos de diferimiento del disfrute de la vacación, ésta debía pagarse con la remuneración correspondiente a la fecha del nacimiento del derecho:

1.- En este orden de ideas se orientó el criterio administrativo y judicial. El 11 de agosto de 1982, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo señaló: “el salario por concepto de vacaciones debe calcularse y pagarse de acuerdo con las normas vigentes en la empresa para el día en que nace para el trabajador el derecho a su disfrute” (*ibidem*, p. 360).

2.- Los artículos 91 y 103 del Reglamento -observa Alfonso-Guzmán- tienen la misma dirección (*ibidem*, pp. 343-344)³.

VIII.- Resumiendo lo expuesto en los acápites VI y VII, puede afirmarse que, en la normativa anterior a la Ley Orgánica del Trabajo,

A.- El instituto de la vacación -y su disfrute- estaba regulado por disposiciones de orden público y tenía las siguientes características:

1.- Era un derecho y un deber de los trabajadores.

2.- Debía ejercitarse -y cumplirse- en la fecha de su nacimiento, salvo los casos de posposición autorizados por el orden jurídico (los contemplados en el artículo 99 del Reglamento).

3.- Debía pagarse -de conformidad con diuturna y pacífica interpretación- con fundamento en el salario devengado en ese momento.

B.- En consecuencia:

1.- No era compensable en dinero, salvo en las hipótesis de diferimiento contempladas en el citado artículo 99, por ordenarlo el dispositivo del 103 *ejusdem*.

2.- Los casos de postergamiento indicados en el artículo 99 del Reglamento eran taxativos: el convenio de los interlocutores sociales para postergarla hasta por tres meses y la posibilidad de acumular hasta dos vacaciones a solicitud del

³ Alfonso-Guzmán, sin embargo, opina en sentido contrario: "a nuestro juicio -afirma- el salario adeudado por el empleador es el del momento del disfrute real del beneficio: de conformidad con el artículo 101 del Reglamento, el pago de la remuneración por concepto de vacaciones deberá efectuarse al iniciarse el período correspondiente (pues) la intención legislativa es permitir que el trabajador perciba durante el descanso obligatorio el mismo salario que devenga para el día en que efectivamente hace uso del derecho, y no el que mereció en una fecha anterior" (*ibidem*, p. 343).

No compartimos esta interpretación. El dispositivo del artículo 101 no busca resolver el problema del salario a utilizarse para cancelar la vacación: ordena su pago al inicio de su disfrute. Su finalidad no es -como señala Alfonso-Guzmán- "que el trabajador perciba durante el descanso obligatorio el mismo salario que devenga para el día en que efectivamente hace uso del derecho, y no el que mereció en una fecha anterior", sino que tenga numerario para disfrutarla.

trabajador y previa autorización del Inspector del Trabajo, si la finalidad de tal acumulación fuese razonable. En estos supuestos de suspensión lícita del ejercicio del derecho, y sólo en ellos, **podría estipularse, u ordenarse unilateralmente**, su pago con base en un salario diferente al devengado en el momento de su nacimiento.

En este sentido se orientó la doctrina administrativa: "entiende este Despacho que el poder reglamentario ha distinguido entre el nacimiento del derecho y su disfrute efectivo; distinción que se ajusta al texto expreso del artículo 54 del Reglamento (se refiere al de la Ley del Trabajo de 30 de noviembre de 1938) (...) y a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley (...). En consecuencia, (...) **en caso de ser pospuesto el disfrute de la vacación anual(...) mediante acuerdo con el patrono o por fijación efectuada por el Inspector (...) el salario correspondiente (...) será el promedio devengado durante los tres meses inmediatos anteriores a la fecha del disfrute**" (Ministerio del Trabajo, Consultoría Jurídica, Mem. N° 82, de 5-2-60, *idem*).

3.- Otras posibilidades de diferimiento del disfrute del derecho **expresan conductas ilícitas del trabajador** y, como tales, sancionables de conformidad con los artículos 285 de la Ley y 97 del Reglamento. Tales supuestos no podrían ser regulados de modo diferente al establecido en el ordenamiento jurídico, por el carácter de orden público de la normativa estudiada. En contra de las normas comentadas, no podría alegarse una práctica en contrario más beneficiosa al trabajador pues, por ilegal, no podría ser fuente de derechos y de obligaciones⁴.

C.- De acuerdo con lo expuesto, hasta el 1° de mayo de 1991, era imposible, desde el punto de vista jurídico, crear prácticas contrarias a disposiciones de orden público, en especial, si las mismas fomentaban conductas antagónicas a las imperativas prescritas en ellas. Cualquier convenio, práctica o uso o costumbre en este sentido no podría considerarse fuente de derecho, pues nadie puede alegar en su favor su propia torpeza y, en el caso objeto de estas notas,

⁴ En este sentido pudiera hablarse de obligación (en su doble sentido, relación jurídica o norma y deuda o prestación) sin causa, vd. José Manuel Delgado Ocando, *Programa de Filosofía del Derecho Actual*, Maracaibo, 1969, p. 218.

se tipifican conductas ilícitas tanto del empleador como de los trabajadores, aunadas a -calificados con benevolencia- comportamientos negligentes de la organización sindical reclamante y del Inspector del Trabajo de la jurisdicción.

D.- A pesar de lo indicado en el literal anterior, práctica (de pagar las vacaciones con base al salario devengado para el momento de su disfrute) no es, de existir, ilícita en todos los casos. Puede producir efectos de derecho en los supuestos de postergación autorizados por el ordenamiento jurídico, pues éstos configuran conductas permitidas y, por ende, los interlocutores sociales pueden crear -unilateral o bilateralmente- consecuencias de derecho más favorables para el trabajador.

Por ello, existente la práctica de cancelar las vacaciones vencidas y no disfrutadas, con el salario devengado por el beneficiario del derecho al momento de su disfrute, ésta **puede y debe aplicarse** en los supuestos de postergación permitidos por el ordenamiento jurídico. En **otras hipótesis no**, pues, por contravenir normas de carácter imperativo, no podría dar origen a derechos y obligaciones.

IX. La Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990 confirma las disposiciones comentadas y, de este modo, ratifica el carácter de derecho-deber del instituto. Introduce, sin embargo, algunas innovaciones y modificaciones relacionadas con los términos, condiciones y modalidades del mismo, entre las cuales cabe mencionar:

A.- De las innovadoras, la contenida en el artículo 145, mediante la cual el legislador resuelve -sin lugar a duda- el problema del salario base para el pago de los períodos de vacación vencidos pero no disfrutados: “el **salario normal** devengado por el trabajador en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que **nació** el derecho a la vacación”.

Caben, sin embargo, varias observaciones:

1.- Con la frase **salario normal**, el legislador no quiso crear una especie nueva de **salario**. La utiliza con miras a establecer un modo para cuantificar los derechos del trabajador en determinados supuestos: días de descanso semanal

y feriados, horas extras y bono nocturno; indemnizaciones de antigüedad y sustitutiva del preaviso; **vacaciones y bono vacacional** (artículos 144, 145, 223 y 146, respectivamente).

2.- La LOT, sin embargo, no precisa su significado. En su determinación se distinguen varias etapas:

a.- Desde la vigencia de la LOT hasta el 7 de setiembre de 1992, en concordancia con el Reglamento de la Ley del Trabajo de 31 de diciembre de 1973, artículo 114;

b.- Del 8 de setiembre de 1992 (fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Decreto N° 2.483, de 13 de agosto de ese año) hasta el 18 de enero del presente año, en correspondencia con el artículo 1 de dicho Decreto; y

c.- Del 19 de enero del año en curso hasta hoy, en conformidad con el Decreto N° 2.751, de 7 del mismo mes y año, artículo 1. Este entiende por **salario normal** al enunciado en LOT, artículo 133, despojado de las percepciones **no vinculadas con la jornada ordinaria**, esto es, las accidentales (entre ellas, los pagos por concepto de horas extra o trabajo nocturno, cuando verdaderamente son **eventuales**); las graciosas; las que no están supeditadas a la labor pactada; y las excluidas por alguna disposición legal (i.e., artículos 133, párrafo único, y 392, literal c).

El concepto se identifica así con la retribución que las partes en el contrato de trabajo tomaron en consideración en el momento de celebrarlo, como contraprestación de la jornada ordinaria convenida, dado que para ese momento inicial ninguna de ellas pudo tener en cuenta percepciones provenientes de hechos accidentales, extraordinarios, graciosos o sin relación con el trabajo pactado.

No obstante lo expuesto, por imperio de la ley, en la cantidad que anualmente se abona en cuenta al trabajador, por concepto de antigüedad, se incluirá una suma equivalente a un doceavo del bono vacacional establecido en el artículo 223, a partir de la vigencia de la ley⁵.

⁵ El concepto reglamentario puede ser modificado por los interlocutores sociales mediante una convención o acuerdo colectivo de trabajo o a través de un contrato individual de trabajo.

B.- Entre las modificadoras de reglas preexistentes, se destacan:

1.- El artículo 227 mediante el cual se regula el supuesto del disfrute de la vacación de quienes laboran para varios empleadores, pues acentúa la obligación de los trabajadores de ejercer tal derecho en el momento señalado, salvo las excepciones permitidas.

2.- El 229 por permitir -a solicitud del trabajador- el diferimiento del ejercicio de las vacaciones para acumular hasta las “de tres (3) períodos, cuando la finalidad de dicha acumulación sea conveniente para el solicitante”.

3.- El 230 en cuanto faculta a los interlocutores sociales para posponer las vacaciones anuales hasta un lapso máximo de seis (6) meses.

C.- La Ley Orgánica del Trabajo, en consecuencia, ratifica el carácter de derecho-deber del instituto y regula tanto los supuestos lícitos de diferimiento del ejercicio de las vacaciones como la forma de computar su pago. **En estos supuestos -y en ningún otro por el carácter de orden público de sus disposiciones- puede pactarse (o establecerse unilateralmente por el empleador) un modo diferente para su cancelación.**

Esto significa que el convenio, la práctica o el uso o costumbre de pagar la vacación con fundamento en el salario normal (u otro tipo de salario, como el integral, por ejemplo) para el momento del ejercicio del derecho sólo sería requerible en los casos previstos por los artículos 229 y 230. En otras hipótesis, el precepto convencional (o surgido de la práctica) estaría reglando posibilidades ilícitas y, por ende, no sería exigible por ante los órganos competentes para aplicar el derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de dicha Ley (“Las disposiciones de esta Ley son de orden público (...) y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquéllas que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general, **respetando su finalidad**”).

X.- De los razonamientos expuestos se infieren las siguientes conclusiones:

A.- La práctica establecida por la empresa -de pagar, **en todos los casos**, las vacaciones vencidas y no disfrutadas con el salario devengado para el momento

de su goce- es contraria a derecho, pues afecta disposiciones de orden público y fomenta conductas contrarias a las previstas en reglas provistas de tal carácter y, por ende, imperativas.

B.- Este modo de pago sólo es exigible en los supuestos de posposición permitidos por la normativa nacional, a saber:

1.- Por convenio entre los interlocutores sociales, el postergamiento de su disfrute por un lapso de tres (3) meses en el supuesto de vacaciones vencidas con anterioridad al 1° de mayo de 1991, o de seis (6) meses en las nacidas con posterioridad a dicha fecha; y

2.- Cuando la acumulación de dos (2) períodos de vacación ha sido solicitada por el trabajador y autorizada por el Inspector de Trabajo, en los casos anteriores a la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo o de un máximo de tres (3) períodos, si son posteriores a su entrada en vigor.

C.- En todas las otras situaciones de diferimiento del goce de las vacaciones, por ser supuestos ilícitos, el pago debe hacerse de conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, con base en el salario normal devengado a la fecha del nacimiento del derecho.

D.- Como corolario de lo indicado en los tres literales anteriores, es irrelevante determinar la existencia de la práctica en la empresa y precisar sus efectos de derecho en los supuestos de conductas ilícitas: no pudiendo existir desde el punto de vista jurídico, tal modo de pago no está incluido dentro de las previsiones de la cláusula 55 de la Convención Colectiva de Trabajo creada por empresa y sindicato con miras a reglar sus términos de interdependencia y, por tanto, no puede ser aducida como fuente de derecho⁶.

E.- Idéntica argumentación procede en relación con el bono vacacional. Este debe pagarse con fundamento en el salario devengado para el momento del

⁶ Dicha cláusula es del tenor siguiente: "Vigencia de Condiciones.- Es convenio expreso que la Compañía mantendrá en vigencia, todas aquellas condiciones o beneficios económicos, sociales y sindicales, favorables a los trabajadores que no hayan sido modificados, superados, mejorados o suprimidos en este Contrato".

nacimiento del derecho en los casos de postergación del disfrute de la vacación previstos por el orden jurídico (en la actualidad, Ley Orgánica del Trabajo, artículos 229 y 230). En las otras hipótesis, expresivas de conductas ilícitas, debe cancelarse con el percibido a la fecha del nacimiento del derecho.

F.- Las mismas razones operan en relación con la duración de la vacación: la señalada en la convención colectiva de trabajo vigente para el momento del nacimiento del derecho y no la indicada en el convenio eficaz a la fecha de su disfrute, salvo los casos de postergación permitidos por la normativa nacional.

Caracas, noviembre de 1992.