



**UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DEL TRABAJO**

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUBSIDIOS

**TRABAJO ESPECIAL PRESENTADO PARA OPTAR POR EL
TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO DEL TRABAJO.**

AUTORA: MARÍA ALEJANDRA CARDOZO F.

TUTOR: CÉSAR BUSTAMANTE

CARACAS, ABRIL DE 2009

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO: “NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUBSIDIOS”

Sumario	Págs.
Introducción	03
Capítulo I. Generalidades en materia del salario.	
1.1.- Concepto.	05
1.1.1.- Breves consideraciones sobre la evolución legislativa del salario en las últimas reformas.	05
1.1.2.- Análisis doctrinal de la definición del salario.	21
1.2.- Caracteres del salario.	29
1.3.- Análisis jurisprudencial del salario	32
Capítulo II. De los subsidios.	
2.1.- Concepto y determinación.	47
2.2.- Clases o tipos de subsidios.	53
2.3.- Naturaleza jurídica.	57
2.3.1- Los subsidios en el Derecho Comparado.	57
2.3.2.- Análisis sobre la naturaleza real de los subsidios.	59
2.3.3.- Análisis jurisprudencial sobre los subsidios.	69
Capítulo III. Del tratamiento actual de los subsidios.	
3.1.- Nuestro criterio.	74
3.2.- Efectos del carácter salarial o no de los subsidios y, específicamente, de la discrepancia existente entre el texto del artículo 133 LOT y la posición asumida por el TSJ.	78
Conclusiones.	83
Bibliografía.	89

INTRODUCCIÓN

Para muchos, el salario y todos los elementos que de alguna manera pudieran tener relación directa con este concepto, constituyen uno de los temas centrales del Derecho del Trabajo. Su importancia es indiscutible: *regula, precisamente, la contraprestación que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios a favor de un empleador.* Además, no menos importante, el salario es la base de cálculo de casi todos los demás derechos patrimoniales, beneficios, indemnizaciones, impuestos y cotizaciones.

Así, a pesar de que existe un extenso material bibliográfico en lo que respecta a este tema, tanto nacional como internacional, creemos importante ahondar en uno de los elementos de los ingresos del trabajador que en oportunidades ha sido considerado parte integrante del salario y en otros casos se ha excluido expresamente del mismo: *los subsidios otorgados al trabajador para mejorar el nivel de vida de él y su familia.*

Lo que se pretende es analizar la verdadera naturaleza de estos subsidios – partiendo del concepto y los caracteres del salario y de las definiciones de subsidios-, su evolución en nuestra legislación, en la doctrina nacional y extranjera y el trato que actualmente se le ha venido dando jurisprudencialmente. Con esto, se evidenciará la discrepancia existente entre lo que se encuentra en la Ley Orgánica del Trabajo vigente – específicamente en el artículo 133- y el criterio acogido reiteradamente por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, asunto que por demás, nos deja en un estado total de incertidumbre, mucho más acentuado por el hecho de que encontrándonos a la víspera de una nueva reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, el Proyecto preparado para su segunda discusión en la Asamblea Nacional no incluye modificaciones en esta materia.

Así, es preciso adelantar que en nuestra legislación del Trabajo se ha venido ampliando o reduciendo el concepto de salario a medida que éste ha ido evolucionando conforme a las realidades económicas existentes. En ese sentido, los subsidios o facilidades otorgados por los empleadores a sus trabajadores, han sido objeto de discusión e incluso de regulación expresa por nuestra legislación laboral.

Sin embargo, actualmente nos encontramos en un momento delicado en virtud de que, como mencionamos precedentemente, existen criterios jurisprudenciales que han venido desaplicando lo que por Ley se mantiene en cuanto a su carácter o naturaleza salarial. Así, creemos importante analizar las sentencias dictadas por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia respecto a estos subsidios y ahondar entonces en su situación actual, su naturaleza y, por último, en los efectos prácticos que de estas inconsistencias se derivan.

Conforme a lo antes expuesto, con el presente trabajo se pretende analizar la naturaleza jurídica de los subsidios entregados a los trabajadores por sus empleadores, con el fin de que éstos obtengan bienes y servicios a menor precio del mercado, a la luz de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia y, específicamente, analizar los efectos prácticos de las inconsistencias allí existentes y sus posibles soluciones.

CAPÍTULO I. GENERALIDADES EN MATERIA DEL SALARIO

1.1.- Concepto

1.1.1.- Breves consideraciones sobre la evolución legislativa del salario en las últimas reformas

Como punto inicial, pasaremos a revisar las disposiciones normativas que han venido regulando la institución del salario desde la vigencia de la Ley del Trabajo publicada en 1936, a fin de entender el origen de las normas que actualmente rigen en esta materia y constatar cómo, en efecto, ha ido evolucionando este concepto en las últimas décadas.

- **Ley del Trabajo (1936) y sus Reformas Parciales (1945, 1947, 1966, 1974, 1975 -2- y 1983)**

La Ley del Trabajo de 1936 (LT) y sus reformas parciales, si bien no definían al salario, establecían -de cierta forma- su contenido y parámetros a considerar al momento de fijar su *quantum*. Así, específicamente, el artículo 67 de la LT de 1936 (el cual en la última de las reformas parciales -1983- pasó a ser el artículo 73), establecía lo siguiente:

“Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo, se tendrá en cuenta la cantidad y calidad del mismo, entendiéndose que para trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste, tanto los pagos hechos por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habilitación y cualquier otra cantidad que sea entregada a un trabajador a cambio de su labor ordinaria; sin que se pueda establecer diferencias por consideración de sexo o nacionalidad”.

Visto lo anterior, si bien no existía una definición legal del salario, ya la LT consagraba unas reglas mínimas, dirigidas principalmente a guiar cómo debía hacerse el acuerdo respecto del salario y a asegurar la no discriminación.

Así, sobre la base de lo establecido en la LT, aunado a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que se fueron consolidando posteriormente, podemos concluir que el salario era toda cantidad o importe que recibía un trabajador a cambio de su *labor ordinaria*, sin que pudiese hacerse distinción alguna en su monto entre trabajadores que prestaren sus servicios en condiciones de trabajo idénticas, ya fuera por razón de sexo o por la nacionalidad de los trabajadores.

Bajo estos parámetros, no revestía carácter salarial ninguna percepción otorgada al trabajador con ocasión de los servicios prestados fuera de su labor ordinaria (como, por ejemplo, pago de horas extras), ni por razones distintas a la prestación directa y efectiva de dicho trabajo¹.

En este sentido, las ayudas, beneficios sociales y demás percepciones que no retribuyeran directamente el servicio prestado durante su labor ordinaria, parecían no formar parte del salario, en los términos “literales” planteados en la LT de 1936 y en sus reformas parciales².

No obstante, veremos más adelante que esta interpretación cambió luego de la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley del Trabajo publicado en 1973, donde su artículo 106 amplió el concepto de salario.

1 A pesar de que efectivamente en ese momento el criterio con mayor fuerza sostenía que el salario era todo importe recibido por el trabajador a cambio de su labor ordinaria, es preciso señalar que no era una postura unánime y, por tanto, existían tanto en la doctrina como en la jurisprudencia posiciones distintas.

2 Vale advertir que en dichas reformas no se introdujeron modificaciones en este sentido.

- **Reglamento de la Ley del Trabajo (1938)**

El Reglamento de la Ley del Trabajo de 1938 (RLT 1938) desarrolla las disposiciones generales del salario previstas en la LT. Así, en cuanto a las condiciones de eficiencia del trabajador (las cuales a tenor de lo dispuesto en el artículo 67³ de la LT, serán consideradas a efectos de fijar el importe del salario), se establece en el Reglamento (artículo 73) lo siguiente:

“A los efectos del artículo 67 de la Ley del Trabajo y para apreciar las condiciones de eficiencia del trabajador, se tendrá en cuenta su capacidad con relación a la clase de trabajo que ejecuta, para realizar en un momento dado, una labor de calidad superior a la que efectúa normalmente (...).”

También agrega esta norma reglamentaria que *“lo dispuesto en ese mismo artículo 67 no excluye la posibilidad de que se otorguen primas de carácter social por concepto de antigüedad, asiduidad, responsabilidades familiares, economía de materias primas y otras circunstancias semejantes, siempre que sean generales para todos los trabajadores que se encuentren en condiciones análogas”*.

El artículo 77, por su parte, señala cómo se calcula el salario diario en los casos de salarios semanales o quincenales:

“Artículo 77.- Cuando el salario de un trabajador se estipule por semana o por quincena se entenderá por salario de un día la séptima o la quinceava parte, según sea el caso, del salario estipulado para la respectiva unidad de tiempo.

La presente disposición no es aplicable al cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso en los casos de despido.”

³ El artículo 67 de la Ley del Trabajo de 1936 pasó a ser el artículo 73 en la última de las Reformas Parciales de la Ley en 1983.

Adicionalmente, se hacen ciertas precisiones en el Reglamento en cuanto al salario en días de vacaciones, feriados, entre otros aspectos que no guardan íntima relación con la definición en sí del salario y que por ello no haremos referencia en el presente estudio.

- **Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría (1945)**

En el Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría (Decreto No. 119 de 4-5-1945) se regulan ciertos aspectos o condiciones de entrega del salario como la obligación de pago del salario en moneda de curso legal (salvo la posibilidad de pago en especie hasta por el treinta por ciento (30%) del total del salario), lapsos de pagos del salario, obligación de pago directamente al trabajador, recargo por trabajo en horas extraordinarias y, finalmente, la forma de cálculo del salario diario en caso de salarios a destajo o por tareas. También se establece el derecho de las partes de estipular libremente el salario⁴.

No ahondaremos en estos temas por escaparse del objeto de estudio del

4 Seguidamente nos permitimos transcribir los artículos del Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría de 1945, que se refieren al Salario:

“Artículo 38.- El salario se estipulará libremente entre las partes.

Artículo 39.- El salario debe pagarse en moneda de curso legal; el trabajador podría, no obstante, convenir en que el pago se haga parcialmente en especies, pero en tal caso este pago no podrá exceder de la tercera parte del total del salario, observándose para la estimación del valor de las especies lo dispuesto en el aparte del artículo 49 del presente Reglamento.

En ningún caso podrá pagarse en fichas, vales o cualquier otra forma representativa de la moneda.

Artículo 40.- El salario será pagado directamente al trabajador o a la persona que él autorice, debiendo efectuarse tal pago por lapsos no mayores de una semana y en el lugar que, dentro del fundo, se haya establecido previamente para ese efecto.

Sin embargo, por causa justificada podrá pagarse el salario en lapsos que excedan de una semana, pero nunca mayores de una quincena.

Artículo 41.- El trabajo efectuado en horas extraordinarias o de sobretiempo será remunerado por lo menos con un veinticinco por ciento (25%) sobre el tipo de salario-hora estipulado para la jornada ordinaria. A tal efecto se entenderán como horas extraordinarias de trabajo las que sobrepasen el límite de cuarenta y ocho horas semanales.

Artículo 42.- Se pagará con un recargo no menor del veinticinco por ciento (25%) sobre el tipo de salario-hora ordinario el trabajo realizado en días feriados.

Artículo 43.- Cuando el trabajo se haya contratado a destajo o por tareas, el salario-día que ha de servir de base a todos los efectos de este Reglamento será determinado sobre la base del salario medio mensual de labor que haya devengado el trabajador del patrono que se trate durante los treinta días inmediatamente anteriores a aquel en que ocurra el hecho que haga nacer la obligación del pago”.

presente trabajo.

- **Constitución de la República de Venezuela (1961)**

El artículo 87 de la Constitución⁵ consagraba con rango constitucional a ciertas características del salario, a saber:

- ✓ Salario justo;
- ✓ Salario mínimo;
- ✓ Principio igual salario igual trabajo;
- ✓ No discriminación;
- ✓ Participación en el beneficio de las empresas;
- ✓ Protección del salario (inembargabilidad).

- **Reglamento de la Ley del Trabajo (1973)**

Los artículos 105, 106 y 107 del Reglamento de la Ley del Trabajo (RLT), sancionado el 31 de diciembre de 1973 y vigente a partir de febrero de 1974, establecían expresamente lo siguiente:

“Artículo 105.- La prestación de servicios en la relación de trabajo es remunerada.

Artículo 106.- Se entiende por salario la retribución que con carácter periódico recibe el trabajador por la labor que ejecuta y comprende los pagos que se le hacen por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habilitación, prima permanente, sobresueldos, retribución de las horas extras, bonificación del trabajo nocturno, comisiones y el equivalente a prestaciones en especie tales como uso de vivienda, de vehículos, y otras que sean necesarias para la ejecución del servicio o la realización de la

⁵ La Constitución de 1947 ya hacía referencia a ciertos caracteres del salario; sin embargo, en la Constitución de 1953 fue eliminada toda mención al salario, manteniéndose únicamente en el ámbito del derecho del trabajo, el derecho a reunión y a la libertad de trabajo.

labor⁶ y cualquier cantidad que pueda calificarse como tal de acuerdo con la Ley del Trabajo y el presente Reglamento.

Artículo 107.- No se considerarán parte del salario aquellas gratificaciones esporádicas, no relacionadas con las prestaciones de servicios que el patrono concede voluntariamente por motivos especiales a algunos de los trabajadores. Tampoco lo es el equivalente al valor invertido en la adquisición de artículos e implementos de seguridad industrial para el desempeño de las labores tales como uniforme, guantes, mascarillas y botas”.

De lo antes transcrito se puede evidenciar que el Reglamento de 1973 trata de definir lo que se entiende por salario y para ello no sólo describe su contenido de manera enunciativa, sino que también señala lo que efectivamente no debe entenderse como tal⁷, precisando aún más que la propia Ley el alcance del salario.

A este respecto, el Reglamento parecía incluir dentro del salario ***toda retribución otorgada al trabajador por la labor realizada***, con la salvedad de aquellas otorgadas para la ejecución de las labores, por motivos “especiales”, en forma voluntaria, y aquellas que estuvieren destinadas a adquirir implementos de seguridad industrial para el desempeño de sus labores (las cuales no tenían carácter salarial)⁸.

6 Diversas sentencias aclararon el verdadero sentido de la norma respecto a las retribuciones necesarias para la ejecución del servicio o la realización de la labor e incluso la propia Ley Orgánica del Trabajo de 1990 corrige el error material anteponiendo un “no” a la frase “sean necesarias para la ejecución del servicio o la realización de la labor”. Por tanto, es claro que se trató de un error involuntario y que efectivamente se debe entender que las retribuciones necesarias para la ejecución de las labores, no son consideradas de carácter salarial, incluso desde la entrada en vigencia de este texto reglamentario.

7 Conforme a la presunción –iuris tantum- de Salariedad, todo aquello que no esté expresamente excluido del salario, será considerado parte del mismo (siempre que, desde luego, cumpla con las características principales del salario). En consecuencia, salvo aquellas percepciones excluidas en el artículo 107 del Reglamento, todas las retribuciones otorgadas al trabajador por la labor realizada, serán salario.

8 En este sentido, la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de agosto de 1979, señaló lo siguiente: “Una primera indagación podría sugerir la idea de que las normas jurídicas venezolanas han acogido en forma absoluta y exclusiva la más amplia acepción del término salario, que –según la doctrina científica- es equivalente a toda retribución o remuneración que reciba el trabajador por la labor que ejecuta. En este amplio sentido, **salario es la contraprestación que da el patrono por los servicios que recibe del trabajador, y comprendería no sólo aquellos pagos que, con carácter enunciativo, señala el art. 106 del RLT, sino cualesquiera otros que reciba el trabajador durante la existencia del contrato, independientemente de su forma u oportunidad.**” (Resaltado y subrayado nuestro). Así, si bien el salario no estaba definido legalmente para esa época, a nivel jurisprudencial se sostenía el carácter salarial de toda prestación recibida por el trabajador en virtud de la relación laboral existente entre las partes, partiendo de los elementos o caracteres señalados en forma **enunciativa** en el artículo 106 del

- **Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario (1981)**

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario, ratificado en Venezuela en 1981⁹, define al salario como: *“la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o su método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud del contrato escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar, o por los servicios que haya prestado o deba prestar”*

En este Convenio se señala entonces que es salario todo lo que corresponde al trabajador en virtud del contrato de trabajo, pero termina especificando que lo que se remunera es el trabajo efectuado o que deba efectuar el trabajador.

- **Decreto N° 1.538 mediante el cual se crea el régimen del Bono Compensatorio¹⁰ (1987)**

En este Decreto se estableció un bono compensatorio mensual para los trabajadores del sector privado que oscilaba entre el veinte por ciento (20%) y treinta por ciento (30%) del salario, dependiendo de la cuantía de éste.

Este Bono Compensatorio no formaba parte del sueldo y, en consecuencia, no se tomaba en consideración a los efectos del cálculo de los beneficios,

RLT de 1973. Vale advertir que esta posición es cónsona con los argumentos que sostienen la presunción de Salariedad, en el sentido que sólo aquellas percepciones recibidas por el trabajador durante su relación de trabajo que estén expresamente excluidas del salario, no serán consideradas parte del mismo.

9 Gaceta Oficial N° 2.847 Extraordinaria, del 27 de agosto de 1981.

10 En esa misma fecha se publicó el Decreto N° 1.539, que establecía el mismo beneficio para los funcionarios públicos. Así mismo, en la década 1980-1990 también se decretaron bonos de alimentación y transporte con carácter obligatorio, no salarial.

prestaciones y demás conceptos calculados sobre la base del sueldo, que legal o contractualmente pudieren corresponder a los empleados y obreros.

La vigencia de dicho beneficio bajo tal naturaleza (no salarial), se mantuvo hasta el 7 de marzo de 1988, fecha en la que la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia declaró con lugar el Recurso de Nulidad del artículo 7 de este Decreto y, por ende, a partir de esa fecha se consideró al Bono Compensatorio como parte del salario a todos los efectos, por tratarse de un concepto que cumplía con los caracteres propios del salario y que por ello debía ser considerado como tal, pese a ser de origen legal y no convencional¹¹.

- **Ley Orgánica del Trabajo (1990)**

El artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) promulgada el 27 de noviembre de 1990, establecía expresamente lo siguiente:

“Para los efectos legales se entiende por salario la remuneración que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios, y comprende tanto lo estipulado por unidad de tiempo, por unidad de obra, por pieza o a destajo, como las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldo, bono vacacional, así como los recargos legales o convencionales por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación o vivienda, si fuere el caso, y cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que perciba por causa de su labor.

Cuando el patrono o el trabajador, o ambos, estén obligados legalmente a cancelar una contribución, tasa o impuesto a un organismo público, el salario de base para el cálculo no podrá exceder del equivalente al monto del salario normal

11 Una de las características del salario es que su cuantía es de libre estipulación entre las partes, vale decir, de origen convencional, con las únicas limitaciones en cuanto al salario mínimo y al principio de “a trabajo igual, salario igual”. Por ello, el carácter salarial del bono compensatorio se tuvo que basar en la tesis de las cláusulas irrenunciables, señalando que las mismas podían ser declaradas así por el propio Gobierno. De lo contrario, el origen sublegal del bono (el cual se contraponía al origen convencional del salario), no hubiese permitido incluirlo en el concepto de salario.

correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en que se cause el pago.

Parágrafo Único: No se considerarán formando parte del salario:

A) Las gratificaciones no relacionadas directamente con la prestación del trabajo, que por motivos especiales conceda el patrono voluntariamente al trabajador;

B) Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio del corriente;

C) Los aportes del patrono para el ahorro del trabajador en cajas de ahorro, en otras instituciones semejantes o mediante planes acordados con este fin, salvo que el patrono y el trabajador acuerden tomar en cuenta dicho aporte en el salario de base para el cálculo de lo que corresponde al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo; y

D) El reintegro al trabajador de los gastos que haya hecho en el desempeño de sus labores.”

Como es de observar, la LOT de 1990 definía al salario en términos similares a los ya establecidos en el RLT de 1973, manteniendo un criterio amplio que abarcaba no sólo la retribución de la labor ejecutada sino cualquier prestación que percibiera el trabajador con ocasión de sus servicios.

Así, salvo las excepciones expresamente consagradas en el parágrafo único del artículo 133, toda retribución otorgada al trabajador a causa de su labor (bien sea directa o indirectamente), era considerada de naturaleza salarial.

Dentro de tales excepciones, la Ley señalaba expresamente a los subsidios o facilidades que permitieran al trabajador obtener bienes y servicios a menor precio que el mercado, punto que trataremos separadamente por ser objeto central del presente estudio.

- **Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la Remuneración (1992-1993)**

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo publicado en 1992 y reformado posteriormente en 1993¹², definía lo que se debía entender por salario normal y excluía expresamente de este concepto, los siguientes ingresos: (i) los percibidos por labores distintas a la pactada; (ii) los considerados por la Ley como de carácter no salarial; (iii) los esporádicos o eventuales y, (iv) los provenientes de liberalidades del patrono.

Así, aquellas prestaciones otorgadas a los trabajadores sin que estuvieran vinculadas con la ejecución de sus servicios (liberalidades), no revestían carácter salarial.

- **Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo (1997)**

La Reforma parcial de la Ley Orgánica del Trabajo publicada en 1997, abarca dos (2) puntos fundamentales de la Ley: (i) el régimen prestacional y; (ii) el salario.

Así, con dicha Reforma, se amplía aun más el régimen del salario y se regula en los siguientes términos:

“Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos

¹² El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la Remuneración, publicado en la G.O. N° 35.044 del 8 de septiembre de 1992 fue reformado mediante Decreto N° 2.751, publicado en G.O. N° 35.134, de fecha 19 de enero de 1993. La modificación sólo agregó en la definición de salario normal, que la remuneración debía ser devengada en forma regular y permanente durante su jornada ordinaria de trabajo, como retribución de la labor prestada (antes no aclaraba que debía ser durante la jornada ordinario de trabajo).

por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.

PARAGRAFO PRIMERO.- Los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial. Las convenciones colectivas y, en las empresas donde no hubiere trabajadores sindicalizados, los acuerdos colectivos, o los contratos individuales de trabajo podrán establecer que hasta un veinte por ciento (20%) del salario se excluya de la base de cálculo de los beneficios, prestaciones o indemnizaciones que surjan de la relación de trabajo, fuere de fuente legal o convencional. El salario mínimo deberá ser considerado en su totalidad como base de cálculo de dichos beneficios, prestaciones o indemnizaciones.

PARAGRAFO SEGUNDO.- A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo integran producirá efectos sobre si mismo.

PARAGRAFO TERCERO.- Se entienden como beneficios sociales de carácter no remunerativo:

- 1) Los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos y de guarderías infantiles.*
- 2) Los reintegros de gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos.*
- 3) Las provisiones de ropa de trabajo.*
- 4) Las provisiones de útiles escolares y de juguetes.*
- 5) El otorgamiento de becas o pago de cursos de capacitación o de especialización.*
- 6) El pago de gastos funerarios.*

Los beneficios sociales no serán considerados como salario, salvo que en las convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo, se hubiere estipulado lo contrario (...)."

De acuerdo con lo antes expuesto, los subsidios o facilidades otorgados al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le

permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia, tienen expresamente carácter salarial, contrario a lo que establecía la LOT de 1990.

- **Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (1999)**

En el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) de 1999, se incluyó un artículo que hacía referencia a las percepciones no salariales y establecía una serie de elementos a efectos de determinar cuando estábamos en presencia de una asignación o remuneración no salarial. Así, expresamente el artículo 72 señalaba lo siguiente:

*“Artículo 72 Percepciones no salariales
No revisten carácter salarial aquellas percepciones o suministros que:
a) No ingresen, efectivamente, al patrimonio del trabajador.
b) No fueren libremente disponibles.
c) Estuvieren destinadas a reintegrar los gastos en que hubiere incurrido el trabajador con ocasión de la prestación de sus servicios y cuyo coste deba ser asumido por el patrono.
d) Proporcionaren al trabajador medios, elementos o facilidades para la ejecución de su labor, tales como herramientas, uniformes, implementos de seguridad, y provisión de habitación en el supuesto contemplado en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Trabajo. Si a estos fines el trabajador recibiere de su patrono sumas de dinero, éstas deberán guardar proporción con los gastos en que efectivamente incurrió o debió incurrir según lo pactado; y
e) Constituyan gratificaciones voluntarias o graciosas originadas en motivos diferentes a la relación de trabajo”.*

Como se puede observar del texto reglamentario antes transcrito, bajo su vigencia no eran considerados parte del salario, las percepciones que efectivamente no mantuvieran las características esenciales del mismo (las cuales revisaremos más adelante), resaltando esta norma el verdadero sentido de la Ley pues sería absurdo y sin sentido que pudiera ser considerado salario aquello que por su naturaleza debe ser excluido de su concepto.

Por otra parte, respecto de los beneficios sociales no remunerativos, el artículo 73 estableció lo siguiente:

“Artículo 73 Beneficios sociales no remunerativos

Los beneficios sociales no remunerativos previstos en el Parágrafo Tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo:

- a) Revisten carácter excepcional.*
- b) Deberán guardar proporción o adecuación con las necesidades que se pretenden satisfacer.*
- c) Deberán aprovechar al trabajador, su cónyuge o concubino, o a sus familiares; y*
- d) No revisten carácter salarial cualquiera fuere la modalidad de cumplimiento y fuente de la obligación, salvo que se hubiere pactado lo contrario en convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo. Por tanto, los beneficios derivados del servicio de comedores organizados y financiados total o parcialmente por el empleador, así como de la provisión o suministro de alimentos a través de comisariatos, abastos o de la entrega al trabajador de cestas de productos alimenticios, no revisten carácter salarial de conformidad con lo previsto en el numeral 1) del Parágrafo Tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.*

Así mismo, los beneficios previstos en los numerales 2) y 6) del Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, podrán brindarse mediante la contratación de pólizas de seguro”.

Éstas son, pues, las características que deben mantener los beneficios sociales no remunerativos otorgados por el empleador a fin de no tener naturaleza salarial.

Finalmente, el RLOT 1999 desarrolló algunos otros puntos importantes en torno al salario pero que no guardan íntima relación con el presente objeto de estudio, como es el caso del denominado salario de eficacia atípica y las

condiciones requeridas para su implementación (artículo 74¹³), lo que se entiende por salario por unidad de tiempo (artículo 75¹⁴), salario por productividad (artículo 76¹⁵) y el salario base de cálculo de prestaciones e indemnizaciones (artículo 77¹⁶).

- **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)**

El artículo 91 de la Constitución mantiene los derechos consagrados en la Constitución de 1961 y adiciona los siguientes:

13 El artículo 74 del RLOT 1999 establece textualmente lo que sigue: “Artículo 74 Salario de eficacia atípica. Una cuota del salario, en ningún caso superior al veinte por ciento (20%), podrá ser excluida de la base de cálculo de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones derivados de la relación de trabajo, bajo las siguientes reglas:

- a) Deberá convenirse en la convención colectiva de trabajo.
- b) En el supuesto de que en la respectiva empresa no hubieren trabajadores sindicalizados, podrá convenirse:
 - i) Acuerdos Colectivos, celebrados por el patrono con una coalición o grupo de trabajadores, en los términos previstos en el Título III del presente Reglamento, o
 - ii) Contratos individuales de trabajo, mediante cláusulas que expresen detalladamente su alcance.
- c) Sólo podrá pactarse cuando afecte una porción del aumento salarial que se reconozca a los trabajadores, o al inicio de la relación de trabajo a los fines de la fijación originaria del salario.
- d) Deberán precisarse las prestaciones, beneficios e indemnizaciones, sea cual fuere su fuente, para cuyo cálculo no se estimará la referida porción del salario; y
- e) La cuota del salario a la que se le atribuya eficacia atípica conservará su naturaleza jurídica y, en consecuencia, estará sometida al régimen de protección, modalidad de pago y privilegios propios del salario.

Parágrafo Único: En el supuesto de trabajadores excluidos, de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo, del ámbito de validez de la convención colectiva de trabajo, podrán pactarse salarios de eficacia atípica mediante acuerdos colectivos o contratos individuales de trabajo”.

14 El artículo 75 del RLOT 1999 establece: “Artículo 75 Salario por unidad de tiempo. Se entenderá que los salarios estipulados por unidad de tiempo corresponden a la jornada a tiempo completo usual en la empresa, salvo pacto en contrario.

Parágrafo Único: Para la determinación del salario por hora, se dividirá el monto del salario correspondiente a un día de trabajo entre el número de horas que integran la jornada convenida. En caso de que en el transcurso de la semana el trabajador debiere observar jornadas de diferente duración, la determinación se hará con base en el número de horas promedio laboradas durante la jornada semanal”.

15 El artículo 76 del RLOT 1999 establece: “Artículo 76 Salario por productividad. Constituye una modalidad de salario variable, aquel estipulado con base en la calidad de la obra ejecutada o en el cumplimiento de las metas u objetivos de mejoramiento de la productividad de la empresa. En este supuesto, deberán fijarse, preferentemente por escrito, las condiciones estimadas relevantes a los fines de la evaluación del trabajador y, en consecuencia, de la determinación del salario”.

16 El artículo 77 del RLOT 1999 establece textualmente lo que sigue “Artículo 77 Salario de base para el cálculo de prestaciones e indemnizaciones. A los efectos de determinar el salario de base para el cálculo de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones de naturaleza laboral, se tomarán en consideración las percepciones salariales que se causen durante el lapso respectivo, aun cuando el pago efectivo no se hubiere verificado dentro del mismo.

Parágrafo Único: Para el cálculo del salario que corresponda por trabajo en día feriado, en los términos del artículo 154 de la Ley Orgánica del Trabajo, se entenderá que el salario ordinario es equivalente a la noción de salario normal”.

- ✓ Pago en moneda de curso legal (salvo obligación alimentaria);
- ✓ Salario: crédito laboral de exigibilidad inmediata

- **Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (2006)**

En la reforma del RLOT del año 2006, se deroga el artículo 72 del Reglamento de 1999 que establecía como percepciones no salariales las siguientes: (i) las que no ingresen efectivamente al patrimonio del trabajador; (ii) las que no fueren libremente disponibles; (iii) aquellas que estuvieren destinadas a reintegrar los gastos en que por ocasión de su trabajo incurriera el trabajador; (iv) aquellas que le suministraren medios, elementos y facilidades para la ejecución de su labor y; (v) las que constituyan gratificaciones voluntarias y gratuitas por motivos diferentes a la relación de trabajo.

Con esta derogatoria surge entonces la duda con relación a si ello significa la salarización de tales percepciones o si sólo trae como consecuencia la eliminación de un texto reglamentario obvio e innecesario.

Si analizamos cada una de las percepciones a que se hacía referencia en el ahora derogado artículo 72 del RLOT 1999, podemos concluir fácilmente que con esta disposición simplemente se ratificó el carácter no salarial de ciertas percepciones o suministros que por la naturaleza misma del salario, no formaban parte de él. Y es que con dicha norma no se descartó ningún concepto que bajo un análisis exhaustivo pudiera considerarse de naturaleza salarial sino que, por el contrato, únicamente se excluyeron nociones que por sus características intrínsecas debían ser exceptuados del concepto de salario previsto en nuestra LOT.

De hecho, la enumeración de esas percepciones no salariales no era en ningún caso taxativa o limitativa de cualquier otro suministro o percepción que por su naturaleza resultare excluido del salario del trabajador. Esta lista de percepciones no salariales nace de su exclusión reiterada del concepto de salario, en múltiples decisiones de nuestros tribunales del trabajo y, por tanto, la eliminación de esta disposición en el RLOT de 2006 no puede traer consigo la salarización de esas percepciones pues, por su naturaleza y basándonos en el propio concepto de salario consagrado en la LOT, éstas no tendrían carácter salarial, independientemente de la vigencia o no de esa norma reglamentaria.

En virtud de lo anterior, resulta claro que la derogatoria del artículo 72 del RLOT de 1999 no representa la *salarización* de las percepciones o suministros consagrados en dicho texto reglamentario. Por el contrario, todos y cada uno de los conceptos allí establecidos siguen teniendo el mismo carácter no salarial, dada la naturaleza misma de las percepciones e independientemente de su previsión o no en el texto reglamentario¹⁷.

En ese sentido, habrá que analizar cada percepción otorgada al trabajador, a fin de constatar si reviste o no carácter salarial, conforme a lo que establece nuestra legislación del trabajo.

- **Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo**

Por último, vale destacar que en la actualidad existe un Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional el 17 de junio de 2003, y cuyo Informe a ser presentado para su segunda discusión, nada señala respecto a la institución del salario.

17 María Alejandra Cardozo y Luis Alfredo Hernández: "Reflexiones sobre algunos temas de Derecho Individual del Trabajo y su regulación en la Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006". Cuestiones actuales del Derecho de la Empresa en Venezuela. Colección de Estudios Jurídicos. Grau, Hernández & Mónaco Abogados. Caracas, 2007. p.p. 139-144.

De hecho, los principales cambios están enfocados en el régimen prestacional, la prescripción de las acciones laborales, los límites de las jornadas de trabajo, entre otros. El tema salarial prácticamente está propuesto modificarse sólo en materia de protección del salario y en cuanto a los topes a considerar para el cálculo de prestaciones, entre otros.

No obstante lo anterior, y como quiera que han sido muchos los cambios laborales que se han suscitado y que se han prometido por el Gobierno Nacional desde la fecha de aprobación en primera discusión del Proyecto de Reforma, habrá que estar muy atento a las propuestas y próximas modificaciones que sean aprobadas en su momento.

Hasta la fecha, éstos son los textos que han regulado el salario en Venezuela en las últimas décadas.

1.1.2.- Análisis doctrinal de la definición del salario

Desde la óptica del Derecho Civil, el salario se define como el precio que se obliga a pagar el patrono bajo un simple contrato de arrendamiento de servicios, a los fines de poder recibir a su favor el provecho del trabajo de una persona¹⁸. En este sentido, Planiol y Ripert definen al salario como *“el precio que el patrono se obliga a entregar al obrero o empleado a cambio del trabajo suministrado por éste”*¹⁹.

No obstante, y a pesar de que es del Derecho Civil de donde se desprende el Derecho del Trabajo, éste se ha desarrollado como una rama separada

18 Alberto Arria Salas: Ensayo sobre el Salario. Caracas. Ediciones Edime, 1950, pp. 23-25.

19 Citado en A. Arria S.: Ensayo sobre... *op. cit.*, p. 24.

mucho más flexible e informal, con una visión del salario mucho más acorde a la realidad social que vivimos.

Así, en este orden de ideas, González Rincón²⁰ en su obra “Conceptuación y naturaleza del Salario”, hace referencia a dos (2) tesis o teorías en cuanto al concepto y naturaleza del salario, las cuales nos permitiremos tomar como base a fin de indagar en lo que debe entenderse por salario. Tales tesis son: (i) la teoría prestacional y; (ii) la teoría no prestacional.

En la primera de ellas (teoría prestacional), se pueden evidenciar, a su vez, tres (3) tipos o clasificaciones, dependiendo de si se entiende al salario como una contraprestación del trabajo, la disponibilidad del trabajador para realizar ese trabajo o como una contraprestación que se deriva directamente del contrato de trabajo. Estas clasificaciones fueron surgiendo dentro de la misma tesis prestacional, conforme se constataba la amplitud del concepto de salario.

Y es que si bien al inicio el salario era entendido generalmente como la remuneración otorgada al trabajador por los servicios prestados (tradicional concepción conmutativa que fue reflejada incluso en decisiones jurisprudenciales y dictámenes del Ministerio del Trabajo por mucho tiempo, en nuestro país²¹), un sector importante de la doctrina comenzó a realizar fuertes cuestionamientos a esta concepción, en virtud de que bajo esa tesis

20 Ricardo González Rincón: “Conceptuación y naturaleza del Salario”. La Reforma Laboral en América Latina. Primera Edición. Barquisimeto, Estado Lara. Tipografía y Litografía Horizonte, C.A., 1995, p. 11.

21 En este sentido, conviene transcribir un extracto del Dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo (Mem. N° 376, de fecha 15-11-1963), citado por Rafael Alfonso-Guzmán: Estudio Analítico de la Ley del Trabajo de la Ley del Trabajo Venezolana. Caracas. Universidad Central del Venezuela, 1967: “... siendo el salario la contraprestación lógica y jurídica del patrono al servicio que le presta el trabajador, si este último falta a sus labores por cualquier motivo, justificado o injustificado, dicho patrono no está obligado a pagarle el salario correspondiente, desde luego que si el trabajador no ha ejecutado la faena convenida nada le debe el patrono por ese respecto. Sólo pues, cuando presta el servicio estipulado, tiene derecho el obrero o empleado a reclamar el salario por el que se paga” (Memoria Ministerio del Trabajo, 1964, página 118). En este orden de ideas, Rafael Mujica R. define al salario como “toda entrega en dinero o en especie que el patrono haga al trabajador a cambio de su labor ordinaria, y que constituya un beneficio para dicho trabajador” (Las obligaciones en el Contrato de Trabajo. Tercera Edición. Caracas. Editorial La Torre, 1971, p. 163).

tradicional no se podía explicar el pago del salario durante las vacaciones, días de descanso, feriados, e incluso, no se podía explicar el pago del salario en virtud del simple hecho de estar a las órdenes del patrono o empleador, a pesar de no estar en todo momento prestando efectivamente un servicio²².

En tal sentido, comienzan a tener mayor aceptación las teorías prestacionales que vinculan la naturaleza y el concepto del salario con la noción de disponibilidad del trabajador y con el propio contrato de trabajo más que con la simple prestación de los servicios²³.

Respecto a la noción de disponibilidad del trabajador, Humberto Villasmil Prieto la presenta como uno de los “supuestos de procedencia de los pagos salariales en ausencia de la prestación de servicios”²⁴. De Ferrari sostiene que el salario se paga no sólo por los servicios prestados sino por el hecho de permanecer bajo las órdenes del empleador²⁵. Nascimiento establece que “el empleado es retribuido por el hecho de poner a disposición de la empresa sus energías. Poniéndose a disposición del empleador, el empleado tiene derecho al salario”²⁶. Guillermo Cabanellas define al salario como: “una

22 En este sentido, véase: R. Alfonso-Guzmán: Estudio Analítico... *op. cit.*, pp. 744 y ss.; Rafael Caldera: Derecho del Trabajo. Primera Edición. Caracas, 1939, p. 391; Oscar Hernández Álvarez: “La regulación del Salario en Venezuela”. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Análisis por sus proyectistas. Barquisimeto, Estado Lara, 1999, pp. 77 y ss.; Humberto Villasmil Prieto: “La noción del Salario en la legislación laboral venezolana a propósito del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Trabajo de 1985”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 65. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1986, pp. 196-214.

23 A pesar de que efectivamente el salario no sólo retribuye la labor prestada sino la disponibilidad e incluso el simple hecho de ser trabajador del patrono, en muchas definiciones legales y doctrinarias se mantiene con fuerza la tesis de la retribución de los servicios. No obstante, se debe entender a la contraprestación de los servicios prestados como el objeto principal del salario, mas no como su única razón. A este respecto, vale destacar la posición asumida por Víctor M. Álvarez al señalar que el salario desde el punto de vista jurídico se puede definir como la remuneración que recibe el trabajador como contraprestación de los servicios prestados pero, al final, agrega que es pagado por el hecho de permanecer a disposición del patrono. Así, este segundo enfoque de la Tesis Prestacional si bien reconoce que en principio el salario es una contraprestación de los servicios prestados, éste no se queda allí pues con el salario se remunera incluso el tiempo en que el trabajador no está prestando efectivamente el servicio, siempre y cuando esté a disposición de su empleador (Víctor M. Álvarez: “El salario y los elementos que lo integran”. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Enero-Junio 1992, N° 124. Caracas, 1992, p. 128).

24 H. Villasmil P.: “La noción del salario...” *op. cit.*, pp. 206 y ss.

25 Autor citado por Amauri Nascimiento: “Lineamientos del concepto de Salario”. El Salario. Estudios en Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo. Ediciones Amalio F. Fernández, 1987, p. 57.

26 A. Nascimiento: “Lineamientos del concepto...” *op. cit.*, p. 57.

obligación de carácter patrimonial a cargo del empresario, el cual se encuentra obligado a satisfacer en tanto que el trabajador ponga su actividad profesional a disposición de aquél”²⁷.

Para César Carballo, “el salario –en nuestro ordenamiento jurídico- se identifica con todo provecho, retribución o ventaja patrimonial percibida como contraprestación del trabajo dependiente”²⁸. Este mismo autor sostiene que la definición de salario se puede descomponer en dos: (i) un núcleo central que debe ser pagado en moneda de curso legal, en forma regular y debe satisfacer las necesidades básicas del trabajador y su familia, y; (ii) un contenido periférico que incluye todas los demás enriquecimientos patrimoniales que son obtenidos por el trabajador con ocasión a su disponibilidad para la prestación del servicio a favor del empleador y que, por no ser parte del núcleo central del salario, no deben gozar de los caracteres típicos del mismo (regularidad, certeza, proporcionalidad, etc.)²⁹.

Finalmente, respecto al último de los enfoques de la Tesis Prestacional (el salario como contraprestación del contrato de trabajo), Humberto Villasmil Prieto señala: “... la ventaja para el trabajador, en punto a su remuneración, devenida de factores subjetivos, **presupone la existencia de un contrato individual de trabajo (Coordenada de Espacio), y una extensión del beneficio hasta tanto el contrato rija (Coordenada Temporal), con lo cual, cualquier ventaja de este orden, deriva necesariamente de la existencia previa de un contrato individual de trabajo, y no de manera ineludible, de la prestación de un servicio**, por lo que las gratificaciones, primas, bonificaciones, etc. son percibidas con “ocasión del contrato de

27 Guillermo Cabanellas: Contrato de Trabajo. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1962, p. 235.

28 César A. Carballo Mena: Aproximación crítica a la Doctrina Laboral del Tribunal Supremo de Justicia. Primera Edición. Caracas. Publicaciones UCAB, 2003, p. 128.

29 C. Carballo M.: Aproximación crítica... *op. cit.*, pp. 128-129.

trabajo”, más que del puro intercambio, servicio: salario, en tanto que, solo el contrato resulta un supuesto de procedencia inexorable” (Resaltado y subrayado nuestro)³⁰. Para Nascimiento, “el empleado recibe el salario porque mantiene con el empleador un contrato de trabajo” “el contrato de trabajo es el presupuesto del pago del salario”³¹. Interpretaciones similares sostienen autores como Rodríguez Mancini, Alfonzo-Guzmán, Hernández Rueda, entre otros³².

Adicionalmente, Hernández Álvarez considera que el concepto de salario actualmente vigente en nuestra legislación, no sólo incluye la remuneración por la labor prestada –como pareciera derivarse del encabezado del artículo 133 de la LOT- sino que es mucho más amplio y por tanto, abarca “aquellas ventajas o ingresos patrimoniales que el trabajador recibe, no ya a cambio de un servicio efectivamente prestado, sino como contraprestación a las obligaciones que como sujeto de la relación de trabajo, independientemente de que haya o no prestado el servicio, ya que podría serlo aun cuando dicho trabajo no se esté realizando (por ejemplo, en los casos de feriados, días de descanso, vacaciones u otras causas similares contractual o legalmente establecidas)”³³.

De igual forma, en cuanto a los límites del concepto de salario, señala lo siguiente: “Los límites del salario se derivan, por una parte, del alcance mismo del propio concepto de salario y, por la otra, de las precisiones y exclusiones hechas por la legislación. En primer lugar, es conveniente precisar que si conceptualmente el salario está constituido por las remuneraciones, provechos o ventajas que el trabajador recibe con ocasión

30 H. Villasmil P.: “La noción del salario...” *op. cit.*, p. 209.

31 A. Nascimiento: “Lineamientos del concepto...” *op. cit.*, pp. 61-62.

32 R. González R.: “Conceptuación y naturaleza...” *op. cit.*, pp. 15-16.

33 O. Hernández A.: “La regulación del...” *op. cit.*, pp. 80-81.

de la relación de trabajo y que ingresan a su patrimonio, es claro que no forman parte del mismo aquellos pagos que estén destinados a permitir o facilitar al trabajador el cumplimiento de las labores encomendadas, pero que no constituyen para él una ventaja o provecho patrimonial del cual puede disponer libremente”³⁴.

Por otra parte, la teoría no prestacional es enfocada por Nascimiento a la luz de la tesis sobre el salario social y sobre el salario como conjunto de percepciones económicas del trabajador.

La teoría no prestacional sobre el salario social está basada en una posición planteada por Félix Pippi, quien define al salario como “toda renta o ganancia del trabajador, necesaria para la subsistencia propia y familiar, incluyendo no sólo el salario contractual sino también los beneficios de carácter previsional” y, adicionalmente, sostiene que “No corresponde a las necesidades actuales relacionar el salario objetivamente con el patrimonio y la tesis patrimonial. Es indispensable vincularlo con la teoría del hombre y la de su personalidad, en tanto que el trabajo es la emanación de la persona humana”³⁵. Arria Salas también amplía el significado del salario más allá de la simple contraprestación patrimonial. Así, para este autor, el salario existe por mandato legal y en tal virtud, su existencia no se deriva de la simple voluntad de las partes: “el salario es la obligación legal impuesta al patrono de remunerar la prestación de servicios del trabajador”³⁶.

Finalmente, conforme a la tesis del salario como conjunto de percepciones económicas del trabajador, el salario es definido en su acepción más amplia (conjunto de percepciones salariales otorgadas al trabajador por su patrono),

34 O. Hernández A.: “La regulación del...” *op. cit.*, p. 82.

35 Citado en: R. González R.: “Conceptuación y naturaleza...” *op. cit.*, pp. 16-17.

36 A. Arria S.: Ensayo sobre... *op. cit.*, p. 29.

sin que se requiera un alto grado de análisis sobre los elementos que lo constituyen y a pesar de que se permitan ciertas exclusiones. Autores como Nacimiento, Rodríguez Sañudo, Manuel Alonso Olea, Deveali son partidarios de esta tesis³⁷. En igual sentido, Guillermo Hori al analizar la naturaleza jurídica del salario, señala que los que simpatizan con la corriente del Derecho Social, entienden por salario toda percepción que recibe el trabajador con motivo o con ocasión de su trabajo, posición que según el autor es la más idónea, en virtud de que bajo esa tesis toda prestación entregada al trabajador, aun en caso de que sean únicas o esporádicas, se integran al salario, criterio favorable al trabajador en virtud de que ello incrementaría la base de cálculo de sus beneficios laborales³⁸.

Por otra parte, dentro de las definiciones legales tenemos que, tal y como señaláramos en la sección anterior y de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la LOT vigente, se entiende por salario: *“la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda”*.

Esta definición legal tiene su antecedente más directo en la LT de 1936 y posteriormente, tal y como lo señalan César Carballo y Humberto Villasmil³⁹, en el artículo 1º del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la Protección del salario.

37 R. González R.: “Conceptuación y naturaleza...” *op. cit.*, pp. 21-23.

38 Guillermo Hori Robaina: “Las prestaciones y el salario en el Derecho Mexicano del Trabajo”. Estudios sobre Derecho Laboral Homenaje a Rafael Caldera, Tomo 1. Caracas. Editorial Sucre, 1977, p. 911.

39 César Carballo y Humberto Villasmil: “Tripartismo y Derecho del Trabajo: La Reforma Laboral de 1997”. Caracas. Publicaciones UCAB, 1998, pp. 43 y ss.

En otros países se establecen definiciones similares. Al respecto, valen destacar algunas definiciones contenidas en la legislación comparada:

- Artículo 82 de la Ley Federal de Trabajo (México): “Salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo”.
- Artículo 26 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (España): “Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”.
- Artículo 41 del Código del Trabajo (Chile): “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie evaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo.

No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”.

Sopesando entonces las concepciones antes reseñadas en materia de salario, podemos definir al salario como ***toda remuneración, provecho o ventaja que ingrese al patrimonio del trabajador y que sea otorgada por***

su empleador en virtud de los servicios prestados a su favor, vale decir, como contraprestación efectiva de sus servicios o por el hecho de estar a disponibilidad del empleador, aun cuando por razones ajenas a su voluntad no estuviere ejecutando las actividades propias de su contratación.

1.2.- Caracteres del salario

En la doctrina se han señalado distintos tipos de caracteres o características del salario. Autores como Alberto Arria Salas⁴⁰ hacen referencia a la proporcionalidad, continuidad, seguridad, intransmisibilidad, irrenunciabilidad y variabilidad. Rafael Alfonso Guzmán⁴¹ habla de seguridad, continuidad y regularidad mientras que Alfredo Ruprecht⁴² establece como caracteres del salario la proporcionalidad, continuidad y la invariabilidad. Otros autores⁴³ también hacen mención a la conmutatividad, disponibilidad e individualidad del salario. Veamos seguidamente a qué se refieren cada uno de los términos antes mencionados.

(i) Proporcionalidad: El monto del salario debe estar de acuerdo con el esfuerzo, tipo de trabajo y duración (se pretende remunerar igual esfuerzos idénticos⁴⁴). La cantidad y tipo de trabajo realizado puede ser estimado por unidad de tiempo, por piezas u obra realizada.

40 A. Arria S.: "Ensayo sobre el..." *op. cit.*, pp. 125-137.

41 Rafael Alfonso Guzmán: "El salario: contribución para una nueva teoría legal. Observaciones al anteproyecto de la reforma de 1985". Revista N° 69 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. Caracas, 1988, p. 130.

42 Alfredo Ruprecht en: G. Hori R.: "Las prestaciones y el salario..." *op. cit.*, p. 913.

43 En este sentido, ver Juan F. Porras Rengel y Juan D. Porras Santana: Subsidios y Planes de Ahorro. Su carácter no salarial. Su exclusión de los impuestos. Sistema Integral de cálculo. Organización Jurisprudencia del Trabajo. Caracas, 1996, pp. 16-29.

44 Como veremos en el Caso: J.M. Goatache contra Grandes Molinos de Venezuela, S.A. "GRAMOVEN" que citamos infra, este carácter se vincula en parte con el denominado en la sentencia como "General", en el sentido que todos los trabajadores en igualdad de condiciones y haciendo esfuerzos iguales, deberán recibir el mismo salario, pues es "proporcional" a su esfuerzo.

- (ii) Continuidad: El pago del salario no puede interrumpirse aun cuando el trabajador, por causas ajenas a su voluntad y atribuibles al empleador, dejare de prestar sus servicios.

Dentro de las razones por las que no se puede dejar de pagar el salario, se encuentran aquellas establecidas por Ley, como el caso del derecho a vacaciones remuneradas, descansos semanales, entre otros, pues lo contrario significaría permitir rupturas sucesivas en el contrato de trabajo, a pesar de ser el principio de permanencia, uno de los esenciales del contrato de trabajo.

- (iii) Seguridad: El trabajador debe tener plena certeza de recibir el salario que le corresponde por los servicios prestados. El salario no depende en ningún caso del alea o azar, pues se trata de una contraprestación de los servicios prestados a favor del empleador.

En la doctrina también se utilizan los términos estabilidad o invariabilidad al referirse a caracteres similares a la seguridad del salario. Sin embargo, conviene advertir que cada uno de estos términos tienen ciertas diferencias entre sí: La Estabilidad se refiere a que el trabajador tendrá certeza de recibir por sus servicios una cantidad determinada (salario fijo), mientras que la seguridad es simplemente la certeza de recibir la remuneración que corresponda, pudiendo ella variar en cuanto al monto, en caso de que las circunstancias así lo permitan, conforme a lo pactado o convenido por las partes.

En cuanto a la invariabilidad, este término es utilizado en el sentido que el salario debe ser entregado siempre en el lugar, en la forma y en el tiempo

previamente convenido por las partes, sin que puedan alterarse las condiciones de la retribución, salvo que sea en beneficio del trabajador⁴⁵.

Por tanto, el salario debe ser seguro (el trabajador siempre recibirá el salario correspondiente por la prestación de sus servicios) e invariable (el trabajador siempre recibirá la remuneración de sus servicios, en el lugar, en la forma y el tiempo acordado), mas no deberá ser constantemente estable (el trabajador puede recibir un salario -en monto- distinto, sin que por ello se esté vulnerando la seguridad y la invariabilidad que debe caracterizar al salario).

(iv) Intransmisibilidad o individualidad: El salario se debe pagar directamente al trabajador o a la persona que él autorice y, en todo caso, el trabajador tiene derecho a exigir que su salario le sea pagado directamente a su persona (o a quien autorice).

(v) Irrenunciabilidad: El salario es la contraprestación de los servicios del trabajador y éste no puede renunciar a su derecho a percibir el salario. Si una persona presta sus servicios en forma gratuita a favor de otro, no estaríamos en presencia de un contrato de trabajo pues uno de los requisitos que se exige en una relación de trabajo es precisamente el pago del salario por tratarse de la prestación de servicios remunerados. De igual forma, el principio de irrenunciabilidad en materia laboral es amplísimo y según él, el trabajador no podrá renunciar a las disposiciones legales que lo favorezcan (entre ellas, el derecho a recibir una remuneración por los servicios prestados), por lo menos no durante la vigencia de la relación laboral.

⁴⁵ Cuando hablamos de la no alteración de las condiciones de retribución, no nos estamos refiriendo al monto del salario, el cual, en caso de ser variable, puede perfectamente variar de mes en mes. Nos estamos refiriendo más bien a las condiciones de pago (momento de entrega, lugar, forma, etc.).

(vi) Variabilidad⁴⁶: El salario es variable porque está sujeto a las fluctuaciones de la economía y por tanto, no puede determinarse en forma aislada. Así, su variabilidad no significa que el salario no pueda ser “fijo” (por el contrario, en muchos de los casos el trabajador tiene derecho a un salario fijo, previamente pactado por las partes, pero que será incrementado, gracias a este carácter, con base en las fluctuaciones de la economía, entre otros), su variabilidad sólo guarda relación con la situación económica, política y social en la que se desenvuelve el trabajador y el patrono.

(vii) Conmutatividad: El salario se paga, en principio, como una retribución de los servicios prestados. Se trata, pues, de la consecuencia típica de un contrato sinalagmático perfecto como el contrato de trabajo (recíprocas prestaciones).

(viii) Disponibilidad: El trabajador debe tener derecho a destinar su salario para los fines que él desee, sin restricción.

Estos son, pues, los caracteres del salario, todos los cuales nos ayudan a determinar si estamos frente a un concepto de naturaleza salarial o no, cuando no resulta del todo clara tal naturaleza.

1.3.- Análisis jurisprudencial del salario

A continuación, pasamos a hacer un breve resumen de algunas de las decisiones judiciales más relevantes en los últimos años, con la finalidad de determinar y delimitar el concepto de salario, según el criterio reinante en

46 Cuando previamente se comentó lo que se entendía por el término “invariabilidad”, nada tenía que ver con el concepto de “variabilidad” a que ahora nos referimos. La invariabilidad se refería a la oportunidad, forma y lugar del pago de salario mientras que la variabilidad significa que el salario está sujeto a las fluctuaciones de la economía y a las condiciones sociales y políticas de un país (no son caracteres contradictorios, sin embargo, aclaramos el contexto en que cada término fue utilizado a fin de evitar confusiones).

nuestros tribunales del trabajo y, especialmente, en la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

- a. Sentencia del Juzgado Superior Tercero del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 16 de marzo de 2000 (Caso: J.M. Goatache contra Grandes Molinos de Venezuela, S.A. "GRAMOVEN").

En esta decisión, el Juzgado establece que no tienen carácter salarial la gratificación entregada al trabajador al término de la relación de trabajo ni la bonificación especial otorgada por treinta y cinco (35) años de servicios. Textualmente, el Juez Superior señaló lo siguiente:

"(...) mal puede el actor incluir como formando parte del salario base de cálculo de las prestaciones sociales una gratificación que posteriormente a la finalización de la relación laboral le fue entregada, tal como lo confiesa; ello contradice el concepto de salario establecido en la Ley, por cuanto tal gratificación recibida en forma posterior a la finalización del vínculo laboral supone un enriquecimiento o provecho patrimonial, que no se deriva directamente de la fuerza de trabajo que puso el laborante a disposición del patrono durante la vigencia del contrato, sino de un pago extra que el actor declaró recibir aplicable a cualquier concepto que pudiera adeudársele en razón de la relación laboral que existió.

(...)

En cuanto a las bonificaciones de quinientos mil bolívares y un millón ciento sesenta mil bolívares recibidas por el actor y que pretende se incluyan como formando parte del salario base de cálculo de las prestaciones sociales, se observa de las documentales que fueron analizadas, que estas bonificaciones fueron otorgadas por una sola vez de manera especial, en razón de los treinta y cinco años de servicio que el actor tenía en la empresa, con lo cual esta retribución no tiene el carácter de percepción regular, permanente y habitual con motivo de los servicios prestados para que pueda considerarse salario."

Finalmente, en esa misma sentencia, el juzgador señala brevemente las características del salario, conforme a lo establecido pacíficamente en la doctrina:

“(...) las percepciones de carácter salarial son siempre: a) inmediatas o directas, por constituir percepciones del trabajador pagadas por su patrono para retribuir la labor ejecutada; b) proporcionales al esfuerzo o rendimiento individual del empleado u obrero; c) desprovistas, al menos parcialmente, en una porción básica, del alea, esto es, seguras, no sujetas a ninguna contingencia que pueda afectar la existencia de la retribución y su exigibilidad inmediata y d) generales, por representar ventajas o beneficios proyectados para toda una universidad de personas en idénticas condiciones de eficiencia en el trabajo...” (Subrayado nuestro).

Visto lo anterior, es fácil concluir que según el criterio sostenido en la decisión parcialmente transcrita, no todas las percepciones recibidas por el trabajador del patrono son salario: deberá en todo caso tratarse de percepciones seguras, pagadas para retribuir la labor prestada, en forma proporcional al esfuerzo del trabajador, y generales, es decir, percepciones que representen una ventaja para el trabajador y que corresponderían a cualquier otro, en condiciones de trabajo idénticas⁴⁷.

b. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 22 de marzo de 2000 (Caso: José Heli Domínguez Gil contra Honeywell, C.A.).

En esta sentencia, la Sala dejó claro su criterio con relación al carácter no salarial de los ingresos, provechos o ventajas otorgadas al trabajador “para” la realización de su labor:

⁴⁷ En esta decisión pareciera acogerse la Teoría Prestacional del salario en su primera acepción.

“(...) de determinarse que el elemento alegado como beneficio, provecho o ventaja -en el caso el uso de un vehículo- sólo servirá, exclusivamente, para la realización de labores, no podría catalogárselo como salario, porque no sería algo percibido por el trabajador en su provecho, en su enriquecimiento, sino un instrumento de trabajo necesario para llevarlo a cabo, como lo son todos los artefactos que se utilizan en los distintos tipos de faenas y que no pueden calificarse como integrantes del salario. Debe tratarse, pues, no de un elemento o instrumento “para” prestar el servicio, como entiende el fallo impugnado, sino de un beneficio cuantificable en dinero que se recibe “por” el hecho de prestar el servicio.”

- c. Sentencia del Juzgado Superior Tercero del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 23 de marzo de 2000 (Caso: L.M. Soto contra Venezolana Internacional de Aviación, S.A. “VIASA”).

El sentenciador declaró que en el caso de la tripulación aérea, no revestían carácter salarial los pagos por pernocta. Así, expresamente señaló lo siguiente:

“(...) el alojamiento y la comida se cancelaban directamente al Hotel que recibía la tripulación de la demandada y ello no proporcionaba ninguna ventaja económica disponible para la actora (...)

Más adelante y respecto a la posibilidad de que estos pagos se considerasen salario en especie, se señaló:

“(...) si el contrato colectivo dispone que el patrono es quien designa y cancela el pago de alojamiento, no podría ser considerado como “salario” en especie, ya que el mismo se genera por razones de servicios y no por la prestación misma de ellos (...)”

Conforme a lo antes expuesto, los pagos generados por los servicios, es decir, para la prestación de los servicios, no son salario y mucho menos si ni siquiera representan una ventaja patrimonial para el trabajador.

- d. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de mayo de 2001 (Caso: Ramón Enrique Aguilar Mendoza contra Boehringer Ingelheim, C.A.).

Respecto a la naturaleza salarial o no del pago de las tarjetas de crédito “corporativas”, la Sala precisó:

“(...) la Sala puede concluir que salario en su forma más básica son las percepciones o retribuciones recibidas por el trabajador a cuenta de su actividad.

Ahora bien, con la evolución de los tiempos y con el perfeccionamiento de los sistemas jurídicos laborales, se ha ampliado esa concepción básica de lo que el término salario significa, llegando a incluirse dentro de ese concepto a cualquier tipo de remuneración que perciban los trabajadores producto de la labor realizada, pero siempre que esa retribución o percepción se produzca de forma habitual y permanente, es decir, que se genere consecutivamente⁴⁸.

(...) en ningún caso los gastos de viaje (transporte y gastos de representación) pueden formar parte del salario, ya que los mismos son erogaciones necesarias que realiza el empleador para facilitar la labor del trabajador y en ningún caso ingresan efectivamente al patrimonio de éste.

Ahora bien, al adminicular los criterios supra transcritos con el caso de marras, esta Sala de Casación Social observa que los consumos realizados por el demandante, debido a la utilización de la tarjeta de crédito “Corporativa” a éste asignada, no incrementaban su patrimonio, y tampoco le otorgaban ventaja económica periódica, ya que sólo la referida tarjeta “Corporativa” facilitaba la labor que el trabajador debía cumplir, todo lo cual permite concluir que los referidos pagos no deben, ni pueden ser considerados en forma alguna como una modalidad salarial, razón por la cual la Sala estima que la recurrida sí incurrió en la errónea

48 La permanencia y regularidad son caracteres esenciales del salario normal y no así del salario en sentido amplio. Sin embargo, en reiteradas sentencias se hace mención a estos caracteres, sin distingos, ello en virtud de que aun cuando no son requisitos determinantes de la naturaleza salarial o no de una percepción, en la mayoría de los casos será, sin dudas, un elemento presente.

interpretación del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990. Así se declara”.

Así, el carácter salarial o no de la percepción, provecho o ventaja lo determina el hecho que tal concepto represente una ventaja económica para el trabajador y que ingrese efectivamente en su patrimonio.

- e. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 24 de octubre de 2001 (Caso: José Francisco Pérez Avilés contra Hato La Vergareña, C.A.).

En esta decisión, la Sala niega el carácter salarial del otorgamiento de la vivienda, alimentación y de la asignación de un vehículo, por no ser entregados al trabajador con “la intención retributiva del trabajo” sino, más bien, como ventajas proporcionadas para la ejecución del servicio.

A continuación, algunos extractos de la sentencia:

“(…) debe considerarse al salario como un medio remunerativo del trabajo; como una contraprestación al trabajo subordinado y, en consecuencia, no todas las cantidades, beneficios y conceptos que un patrono pague a un empleado durante la relación de trabajo, tendrá naturaleza salarial.

(…)

En este mismo sentido, estima el autor, Dr. Rafael Alfonso Guzmán que salario es:

“la remuneración del servicio del trabajador, integrado por la suma de dinero convenida expresa o tácitamente con su patrono, y por el valor estimado de los bienes en especie que éste se haya obligado a transferirle en propiedad o a consentir que use para su provecho personal y familiar. (Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo).

(…)

Con relación al punto bajo análisis, el autor supra citado, expresa que ´ninguna de las menciones legales comprendidas en el encabezamiento del actual artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, posee objetiva e indiscutiblemente, naturaleza salarial, si se las desprende de la intención retributiva del trabajo con que ellas son practicadas. Tal intención se hallaba ínsita en los términos en que nuestras leyes anteriores definían al salario: Salario es la remuneración (o sea, retribución, pago o recompensa) correspondiente (que toca, que pertenece) al trabajador por el servicio prestado´.

(...)

De acuerdo con los criterios anteriormente transcritos y conforme a los hechos establecidos por la sentencia recurrida, observa la Sala que los conceptos reclamados por el actor, no poseen naturaleza salarial, pues, adolecen de la intención retributiva del trabajo, es decir, como bienes cuya propiedad o goce le fueron cedidos por el empleador en contraprestación de sus servicios, formando parte de su patrimonio y de libre disposición.

Por el contrario, quedó establecido que se trataban de ventajas necesarias proporcionadas para la ejecución del servicio y para el normal y buen desempeño de las labores, en consecuencia, el sentenciador de alzada debió considerar la finalidad inmediata que tenían las entregas de los referidos bienes al trabajador, a los fines de determinar el carácter salarial o no de los mismos.”

En conclusión, para constatar la verdadera naturaleza de las percepciones, se deberá ahondar en la intención de su entrega: si el empleador lo otorga como retribución de la labor prestada, tendrá carácter salarial.

f. Sentencia del Juzgado Superior Segundo del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 28 de enero de 2003 (Caso: N.R. Pinzo contra Alfonzo Rivas & Cía C.A.).

En esta decisión, se ratifica el criterio sostenido en la sentencia transcrita parcialmente bajo el literal b (Caso: *José Heli Domínguez Gil contra Honeywell, C.A.*), en cuanto a la naturaleza salarial de las percepciones

otorgadas “por” el trabajo y no así de aquellas pagadas “para” el trabajo.

Veamos seguidamente un extracto de la misma:

“Este concepto de salario permite, además, excluir del mismo, aun cuando la Ley no lo haga expresamente, aquellos pagos que están destinados a permitir o facilitar al trabajador el cumplimiento de las labores encomendadas, pero que no constituyen activos que ingresan a su patrimonio (...) Es en este sentido que la doctrina ha distinguido entre prestaciones pagadas por el trabajo, que forman parte del salario y prestaciones pagadas para el trabajo, es decir, como medio de permitir o facilitar la ejecución del mismo, las cuales tienen naturaleza extra salarial (José Martins Catharino, Tratado Jurídico do Salario, 1951, p.175)”. (Oscar Hernández Álvarez, Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo, 1999)”.

Respecto a la naturaleza de la asignación por vehículo, el sentenciador establece lo que sigue:

“Con ello queda determinada la intención de las partes en cuanto al monto destinado a la asignación por vehículo, tratando de desvirtuar a través de la figura del arrendamiento de vehículo, un aumento de salario, ya que no se trata del supuesto analizado en la sentencia supra transcrita. Así se resuelve.”

Así, en cuanto a la naturaleza salarial de la asignación por uso de vehículo, se desprende de la sentencia que en el caso bajo análisis no se trataba realmente de un pago por uso de vehículo sino de un aumento salarial disfrazado y por tanto, se aclara su evidente naturaleza salarial.

g. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 9 de diciembre de 2004 (Caso: Luis Alejandro Silva Brea contra Inversiones SABENPE, C.A.).

En la sentencia que seguidamente transcribiremos parcialmente, se establecen los elementos que deben excluirse del salario, por no revestir tal naturaleza. Así, específicamente la Sala señala al respecto:

“(…) La citada disposición legal contiene una amplia descripción de lo que debe incluirse como salario, extendiéndose a cualquier ingreso, provecho o ventaja percibido como contraprestación a las labores realizadas por el trabajador. Sin embargo, no todas las cantidades, beneficios y conceptos que un patrono pague a un empleado durante la relación de trabajo, tendrán naturaleza salarial. Por el contrario, de determinarse que el elemento alegado como beneficio, provecho o ventaja sólo sirve, exclusivamente, para la realización de las labores, no podría catalogárselo como salario, porque no sería algo percibido por el trabajador en su provecho, en su enriquecimiento, sino un instrumento de trabajo necesario para llevarlo a cabo, como lo son, por ejemplo, todos los artefactos que se utilizan en los distintos tipos de faenas y que no pueden calificarse como integrantes del salario.

En sentencia de fecha 10 de mayo de 2000 (caso Luis Rafael Scharbay Rodríguez contra Gaseosas Orientales, S.A.), y que hoy se reitera, la Sala desarrolló el concepto de salario, en el que tomó en consideración la reforma legal de los artículos 133, 134, 138 y 146 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, y estableció, entre otros argumentos, que: “Salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

En relación con los conceptos o elementos excluidos de la noción de salario, la doctrina ha sostenido lo siguiente:

“(…) La nueva redacción -del Primer Párrafo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo- no le da carácter salarial a aquellas prestaciones ‘necesarias para la ejecución del servicio o realización de la labor’, pues centra el concepto de salario en la ‘remuneración que corresponde al trabajador’ y que constituye para él una remuneración, provecho o ventaja’ concatenando estas expresiones con las empleadas al establecer los principios generales del salario (...), podemos afirmar que éste es un activo

que se incorpora al patrimonio del trabajador, el cual le es pagado directamente (artículo 148), y del cual tiene derecho a disponer (artículo 131). Esta concepción del salario como remuneración patrimonial que se hace al trabajador con ocasión de la relación de trabajo, excede de la tradicional idea según la cual el contrato de trabajo se limita a establecer un intercambio de prestaciones: la ejecución del servicio a cargo del trabajador y el pago del salario a cargo del patrono. De este modo, el salario se reducía a ser un valor de intercambio que estaba constituido por aquello que el patrono pagaba al trabajador 'a cambio de su labor', con lo cual podían considerarse salario los pagos hechos al trabajador pero que no lo beneficiaban directamente.

(Omissis)

*Este concepto de salario permite, además, excluir del mismo, aun cuando la Ley no lo haga expresamente, aquellos pagos que están destinados a permitir o facilitar al trabajador el cumplimiento de las labores encomendadas, pero que no constituyen activos que ingresan a su patrimonio. (...). Es en este sentido que la doctrina ha distinguido entre prestaciones pagadas por el trabajo, que forman parte del salario y prestaciones pagadas para el trabajo, es decir, como medio de permitir o facilitar la ejecución del mismo, las cuales tienen naturaleza extra salarial (José Martins Catharino, *Tratado jurídico do Salario*, 1951, p. 175)". (Oscar Hernández Álvarez, *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, 1999)" (Subrayado nuestro).*

Así, pues, la Sala hace suya la doctrina antes señalada y consiente que efectivamente para que un concepto sea salarial, debe representar un provecho o ventaja que ingrese al patrimonio del trabajador y que sea otorgado por la prestación de sus servicios y no para la prestación de sus servicios. Dicho esto, la Sala concluye lo siguiente:

"...De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, que hoy se reiteran, y conforme a los hechos establecidos por la sentencia recurrida, la Sala aprecia que los conceptos reclamados por el actor "gasolina, servicios, póliza de seguro, reparaciones, mantenimiento, etc.", no poseen naturaleza salarial, pues adolecen de la intención retributiva del trabajo, por lo que la Sala concluye que, contrario a lo alegado por el recurrente, el Tribunal ad quem sí aplicó el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo".

- h. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de diciembre de 2004 (Caso: Juan Carlos Figueredo contra Mc Cann-Erickson Publicidad de Venezuela, S.A.).

En cuanto al carácter salarial o no del uso de un vehículo propiedad del empleador, esta decisión de la Sala establece que será considerado salario cuando tenga libre disposición y uso por parte del trabajador, incluso fuera de su jornada de trabajo. Así, textualmente señala:

“En tercer lugar, la Sala declara con lugar la pretensión del demandante de considerar que el beneficio del uso del vehículo asignado por la empresa al trabajador tiene carácter salarial, por cuanto en la audiencia oral llevada a cabo a los efectos del recurso de casación, la representación judicial de la parte demandada, reconoció que el trabajador “tenía libre uso del vehículo” (...) “como si fuera dueño”.

- i. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 1 de noviembre de 2005 (Caso: Nixon Briceño Guanda contra Novartis de Venezuela, S.A.).

En esta decisión la Sala concluye que los pagos realizados al trabajador a fin de compensar el uso del vehículo de su propiedad para fines laborales, no tienen carácter salarial pues con ello sólo se busca reembolsar los gastos ordinarios que trae consigo el referido uso del vehículo para el trabajo.

A continuación un extracto de esta decisión:

“De la regulación convencional puede observarse, que el beneficio reconocido para los trabajadores que utilicen su vehículo particular en el desempeño de sus labores, además de ser procedente sólo cuando no existiera un régimen distinto más beneficioso –derivado del contrato individual de trabajo-, consiste en el derecho al

reembolso de los gastos allí especificados, el cual se hace contra facturas o comprobantes de pago, y hasta el límite máximo establecido.

En el caso de autos, el trabajador recibía una suma de dinero mensualmente como compensación por la utilización de su vehículo, pero resulta evidenciado en los recibos de pago correspondientes a este concepto (cursantes a los folios 72 al 77 y del 113 al 142), que la suma pagada por la empresa se determinaba conforme al kilometraje recorrido por el trabajador, y por el número de días al mes que prestaba sus servicios, siendo estimada una cantidad de dinero que indemnizaba la depreciación del vehículo y el desgaste sufrido por el uso –como consecuencia directa de la utilización de este bien en el desempeño de sus labores para la empresa-, sin que tal prestación implicara un enriquecimiento efectivo en el patrimonio del trabajador. Mediante este pago, la empresa resarcía el desequilibrio patrimonial generado por la aplicación de un bien particular del trabajador, al proceso productivo dirigido por el patrono, siendo esta indemnización una consecuencia necesaria de la ajenidad presente en la relación de trabajo, en virtud de la cual, es la parte patronal quien debe cargar con los riesgos y costos de producción, sin que pueda desplazar hacia el patrimonio del trabajador esta carga económica, y en caso de hacerlo –lo cual resulta necesario circunstancialmente, por las particularidades de ciertos empleos-, debe compensar íntegramente el desgaste patrimonial sufrido por el trabajador, sin que esto implique –y en tanto la compensación económica se encuadre en los límites de una indemnización o reembolso de gastos- que tal resarcimiento tenga naturaleza salarial, ya que el mismo no tiende al aumento del acervo patrimonial del laborante, sino al necesario reequilibrio que impone la naturaleza misma de la relación.

En consideración a lo anteriormente expuesto, debe declararse que no hubo infracción del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo por parte del Juzgador de la instancia, y por lo tanto, improcedente la denuncia. Así se decide”.

Conforme a lo antes expuesto, no tiene carácter salarial el pago de gastos por uso de vehículo para fines del trabajo, siempre y cuando se pueda demostrar que se trata, precisamente, de un “reembolso de gastos”.

- j. Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 9 de febrero de 2006 (Caso: Tibaldo Enrique Finol contra Aventis Pharma, S.A.).

En esta decisión se ratifica el criterio sostenido en el caso *Nixon Briceño Guanda contra Novartis de Venezuela, S.A.*, según el cual no tienen carácter salarial, los pagos realizados al trabajador por el uso de un vehículo de su propiedad para fines laborales.

Así, expresamente se señala en esta sentencia que la finalidad de tales pagos es precisamente evitar que el trabajador corra con el costo del desgaste del vehículo por su uso en el trabajo pero en ningún caso se pretende con tales pagos enriquecer al trabajador, simplemente, no afectarlo patrimonialmente por costos que corresponden sufragar al empleador. Veamos seguidamente un extracto:

“Siguiendo los criterios antes esbozados en el caso bajo análisis, se aprecia que de las actas que conforman el expediente, específicamente de las “Relaciones de Gastos” aportados al proceso por la parte demandada, el accionante a través de un formulario notificaba, entre otros puntos, a su patrono el número de días en que prestaba sus servicios y partiendo de esto determinaba el monto que mensualmente le correspondía por asignación de vehículo, multiplicando los días reportados por el valor diario previamente fijado por ambas partes.

De acuerdo a lo anterior, advierte la Sala que la suma de dinero recibida mensualmente por el trabajador fue otorgada con el fin de compensarlo por la utilización de su vehículo de acuerdo a la relación de días al mes reportada, siendo que para ello era estimada una cantidad diaria que indemnizaba la depreciación del vehículo y el desgaste sufrido por el uso del bien particular en el desempeño de sus labores para la empresa, sin que tal prestación implicara un enriquecimiento efectivo en el patrimonio del trabajador.

Aunado a lo antes señalado, también pondera este Alto Tribunal a los efectos de resolver la presente controversia que el accionante se desempeñaba en la empresa como “visitador médico”, constituyendo para él una herramienta indispensable en la ejecución de su labor la utilización del vehículo, toda vez que en el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo le resulta necesario desplazarse constantemente por diversas zonas para cumplir con el objetivo final de la empresa, el cual es ofertar en el mercado nacional los productos elaborados.

Ante tal conclusión, indudablemente debe considerarse que la asignación por vehículo bajo análisis no era originada por causa o por retribución de la labor prestada por el trabajador, sino que la misma fue otorgada para cubrir de manera exclusiva los gastos en que éste pudiera incurrir por el deterioro de su vehículo en la ejecución del servicio, en virtud a que de lo contrario ello significaría que es el trabajador quien debe cargar con gastos y riesgos que por su naturaleza, corresponderían netamente al ente empresarial.

A mayor abundamiento, en sentencia N° 1464 de fecha 1° de noviembre de 2005, esta Sala en un caso relacionado con un visitador médico, estableció que a través de los pagos originados por el uso del vehículo “...la empresa resarcía el desequilibrio patrimonial generado por la aplicación de un bien particular del trabajador, al proceso productivo dirigido por el patrono, siendo esta indemnización una consecuencia necesaria de la ajenidad presente en la relación de trabajo, en virtud de la cual, es la parte patronal quien debe cargar con los riesgos y costos de producción, sin que pueda desplazar hacia el patrimonio del trabajador esta carga económica, y en caso de hacerlo –lo cual resulta necesario circunstancialmente, por las particularidades de ciertos empleos-, debe compensar íntegramente el desgaste patrimonial sufrido por el trabajador, sin que esto implique –y en tanto la compensación económica se encuadre en los límites de una indemnización o reembolso de gastos- que tal resarcimiento tenga naturaleza salarial, ya que el mismo no tiende al aumento del acervo patrimonial del laborante, sino al necesario reequilibrio que impone la naturaleza misma de la relación...”.

Por todas las consideraciones precedentemente descritas, esta Sala de Casación Social considera que la asignación de vehículo percibida por el actor, no posee naturaleza salarial que pretende se

le atribuya, pues, adolece de la intención retributiva del trabajo, y por ende el Juzgador de Alzada al incluir dicha percepción dentro del salario normal del trabajador, contravino la reiterada doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala, con relación a la noción de salario y los elementos que deben ser excluidos del mismo, quebrantando igualmente el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo por errónea interpretación, en consecuencia, se declara con lugar el recurso de control de la legalidad interpuesto por la parte demandada, se anula el fallo recurrido”.

Conforme a lo anterior, no tienen carácter salarial los pagos realizados por el patrono a fin de compensar gastos que deben ser sufragados por él, pues ello no representa en definitiva, un enriquecimiento para el trabajador, elemento este esencial de todo concepto salarial.

Ésa ha sido, en los últimos tiempos, la postura asumida por nuestro más alto tribunal de justicia respecto al concepto y caracteres del salario, de cara a nuestra legislación vigente y realidad social; postura, a nuestro parecer, bastante conservadora, pues en muchos de los casos se limita a distinguir si la remuneración es concedida “por” o “para” la labor prestada, ello a pesar de existir en la doctrina algunos otros elementos que sustentarían la naturaleza salarial o no de las prestaciones.

Ahora bien, no obstante lo anterior, podemos concluir de todo lo antes expuesto que para catalogar un concepto como salario, debe cumplir con ciertos requisitos indispensables, a saber:

- (i) Debe ser concedido al trabajador “por” la prestación de los servicios prestados y en ningún caso “para” la prestación del servicio;
- (ii) Debe tener como finalidad remunerar el servicio prestado por el trabajador, vale decir, debe ser entregado con “la intención

retributiva del trabajo” y no como una ventaja proporcionada para la ejecución del servicio (facilidad o herramienta de trabajo) y;

- (iii) Debe significar un enriquecimiento para el trabajador (debe ingresar a su patrimonio).
- (iv) Debe cumplir con los caracteres básicos, definitorios del salario.

CAPÍTULO II. DE LOS SUBSIDIOS

2.1.- Concepto y determinación

En el sentido más llano de su significado, el Diccionario de la Lengua Española define al subsidio como un *“socorro, ayuda o auxilio extraordinario de carácter económico”*⁴⁹.

En el plano jurídico, Humberto Villasmil y César Carballo señalan que los subsidios laborales deben entenderse *“como sinónimo de socorro, ayuda, o cantidad que se entrega con fines benéficos”*⁵⁰. Seguidamente, estos autores, citando la definición del Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, sostienen que subsidio es *“un apoyo de carácter económico que (...se) concede (...) con fines de fomento durante períodos determinados y que se considera como la especie del género denominado subvención. El subsidio se puede dar a todos los niveles y marca una pauta de ayuda o colaboración para un fin determinado.”*⁵¹

49 Real Academia, Diccionario de la Lengua Española. 21º Edición, España, 1992.

50 C. Carballo M y H. Villasmil P.: Tripartismo y Derecho... *op. cit.*, p.55.

51 Cita extraída de la obra *“Tripartismo y Derecho del Trabajo. La Reforma Laboral de 1997”* cuyos autores son Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena, página 55, quienes a su vez tomaron tal definición del Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas.

Por su parte y conforme a lo establecido en el ya comentado artículo 133 de la LOT, los subsidios laborales se pueden definir como *las facilidades, provechos o ventajas establecidas o convenidas con el empleador, a los fines de permitir que el trabajador obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia*. Esta ayuda, facilidad o provecho es considerado de naturaleza salarial, a la luz de la literalidad del artículo 133 de la LOT vigente.

Posición contraria mantenía la LOT promulgada en mayo de 1990, que señalaba expresamente su carácter no salarial⁵². En efecto, el literal b) del párrafo único del artículo 133 de la LOT de 1990, establecía que los subsidios o facilidades otorgados por el patrono al trabajador, para que éste obtuviera bienes o servicios esenciales a menor precio del corriente, **no se consideraban salario**.

Dicha norma establecía textualmente lo siguiente:

“Parágrafo Único.- No se considerarán formando parte del salario:

... (omissis) ...

b) Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio del corriente;

... (omissis)”

Bajo las previsiones del párrafo único del artículo 133 de la LOT de 1990, estos subsidios no tenían carácter salarial por considerar el legislador de

⁵² Tanto la LOT de 1990 como las normativas anteriores concebían a los subsidios o facilidades como conceptos no salariales, por ser otorgados sin intención retributiva. Sólo habían existido ciertas diferencias y dudas en cuanto al carácter salarial o no del otorgamiento de vivienda, vehículo, comida y facilidades similares, los cuales de tiempo en tiempo y conforme a la forma de su otorgamiento, han sido declarados parte integrante del salario en determinados casos, tanto en el pasado como en la actualidad.

dicha época que los mismos estaban concedidos por el empleador a su trabajador, para que éste adquiriera bienes o servicios esenciales a menor precio del corriente o a través de un financiamiento menos costoso.

Así, esa exclusión expresa en materia salarial debía ser revisada con miras a evitar una especie de enmascaramiento del salario. En todos los casos, los subsidios y su carácter no salarial estaban íntimamente vinculados con la finalidad perseguida por los mismos, la cual nunca podría ser, por ejemplo, la de retribuir la labor prestada sino concederle al trabajador una ayuda especial para hacer frente a una necesidad esencial que está a su cargo.

En igual sentido, autores como Juan F. Porras y Juan D. Porras⁵³ explican que se debe entender como subsidio no sólo la facilidad o ventaja que permita la adquisición de bienes o servicios a un precio menor que el mercado, sino incluso en forma gratuita. Estos autores sostienen: *“Todo ello quiere decir, sin la menor duda, que amén de las facilidades que los patronos puedan dar a sus trabajadores para que adquieran a menor precio los productos de la empresa a la que éstos prestan su servicio (que es, sin duda el menor número de casos), también puede otorgarles subsidios enteramente gratuitos, lo que equivale a obtener bienes o servicios a menor precio del corriente pues tales subsidios cumplen la función social de contribuir, en parte, a que el trabajador pueda dar satisfacción a las necesidades esenciales de su familia y a las propias, para cubrir las cuales no le alcanza, de ordinario, su salario normal”*⁵⁴.

En virtud de lo anterior, el subsidio puede significar una ayuda parcial (vale decir, que el trabajador pague un precio por la obtención de un servicio o

53 Juan F. Porras y Juan D. Porras: Subsidios y planes... *op. cit.*, p.61.

54 A pesar de que este comentario es anterior a la reforma de la LOT de 1997 –donde expresamente se le otorga carácter salarial a los subsidios-, conforme al criterio reinante en la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, vuelve a tener importancia la inclusión o no de ciertas prestaciones como parte de estos subsidios.

bien, pero que éste sea menor al del mercado) o total, si es el empleador quien sufragare íntegramente el costo del bien o servicio (el trabajador no paga precio alguno por el bien o servicio). También señalan estos autores (Juan F. Porras y Juan D. Porras) que dicha ayuda cumple una función social, la cual no es otra que la de contribuir a que el trabajador pueda satisfacer necesidades esenciales de él y su familia, aspecto éste ampliado por la reforma de la LOT de 1997.

Así, la reforma de 1997 no sólo se refiere a los subsidios o facilidades que permitan la obtención de bienes y servicios **esenciales**, sino que hace mención, en forma genérica, a la obtención de bienes y servicios que le permitan al trabajador mejorar su calidad de vida y la de su familia⁵⁵.

Conforme a lo antes expuesto, el subsidio bajo el régimen actual tendría entonces varios elementos característicos o determinantes, a saber:

55 Anteriormente, se excluían del salario los subsidios que persiguieran la obtención de bienes y servicios esenciales, pudiendo ser considerados parte del salario aquellos que no tuvieran tal destino. Posterior a la reforma, todos los subsidios, incluso los que tuvieran tales fines, pasarían a formar parte del salario del trabajador y, por tanto, su finalidad dejaba de tener importancia. Sobre esto, Humberto Villasmil Prieto y César Carballo Mena señalan:

“De conformidad con la literalidad de la norma, los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador deberán tener por finalidad la obtención de bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia. Esta finalidad no puede interpretarse en modo alguno como negación de la naturaleza salarial de subsidios o facilidades que no estuvieren destinados a mejorar la calidad de vida del trabajador y su familia, los que –con más razón- detentan naturaleza salarial a todos los efectos.

La intención del legislador, ciertamente declarativa pero de indudable sentido pedagógico, fue prevenir los conflictos intersubjetivos que pudieren plantearse con ocasión de la determinación de la naturaleza jurídica (salarial) de los subsidios o facilidades otorgados por el patrono a sus trabajadores, sin que a estos fines revista relevancia alguna el destino efectivo o convenido de los referidos subsidios o facilidades. La referencia expresa al objetivo propio de los subsidios o facilidades –“mejorar la calidad de vida del trabajador y su familia”- sólo responde al imperativo de remover cualquier duda acerca de la naturaleza salarial de los mismos que –ex Artículo 133, Parágrafo Único, Literal “b”, vigente hasta el 19 de junio de 1997- eran excluidos de aquel concepto” (C. Carballo M y H. Villasmil P.: Tripartismo y Derecho... op. cit, pp.55-56).

En consecuencia, el análisis sobre si se amplió o no el destino perseguido por los subsidios al eliminarse la mención de bienes o servicios “esenciales”, adquiere verdadera relevancia luego de la tendencia jurisprudencial que retoma la naturaleza no salarial de los mismos. A nuestro juicio, bajo ese criterio que concede nuevamente carácter salarial a los subsidios y facilidades, las condiciones en las que se retoma su naturaleza no salarial son prácticamente las mismas que regían bajo la vigencia de la LOT de 1990, es decir, la búsqueda de bienes y servicios básicos o esenciales, pero ampliándose, sin dudas, en los casos en los que igualmente no estén presentes los caracteres principales del salario pero se pretenda satisfacer necesidades incluso no esenciales.

- (i) Representa una ayuda o colaboración otorgada por el empleador a su trabajador;
- (ii) Puede tratarse de una ayuda total (el trabajador obtiene el servicio o bien a título gratuito) o parcial (el trabajador debe pagar por el bien o servicio un precio menor al corriente);
- (iii) La ayuda tiene una finalidad social: colaborar con la obtención de bienes y servicios que le permitan al trabajador mejorar su calidad de vida y la de su familia (cubriendo principalmente necesidades esenciales, primarias, fundamentales).

De acuerdo con lo anterior, consideramos que bajo la vigencia de la LOT de 1990 esta función social del subsidio parecía estar limitada a efectos de adquirir bienes o servicios “esenciales” (p.e. alimentación, vivienda, educación, entre otros); sin embargo, desde la reforma de la LOT (1997), únicamente se deberían excluir del concepto de subsidio las ayudas concedidas en forma absolutamente desproporcionada respecto de los salarios del trabajador, cuando resultare evidente la presencia de todos los caracteres del salario o la intención de encubrimiento de la naturaleza retributiva de tales concesiones, con supuesto y pretendido ánimo de mejoramiento de las condiciones del trabajador y su familia.

Por tanto, durante la vigencia de la reforma de 1997 se podría incluir como subsidio a los efectos de la Ley, toda facilidad otorgada al trabajador para la adquisición de productos de la propia empresa (sea a un precio inferior al del mercado o por donación de la totalidad del precio), aun cuando éstos no satisfagan una necesidad esencial del trabajador y su familia (basta con que mejoren su calidad de vida). Igual ocurriría respecto de préstamos concedidos a tasas preferenciales para la adquisición de vehículo, vivienda,

etc., que dejaran de ser esenciales por tratarse de bienes que el trabajador y su familia ya poseen pero que pretenden cambiar para mejorar (allí perdería el carácter de necesidad esencial –que se requería anteriormente bajo una literal interpretación de la Ley de 1990- pero no por ello perdería la naturaleza de subsidio –ya no es, sin duda, un requisito limitante de su carácter salarial-)⁵⁶.

Basándonos en lo antes expuesto, podemos concluir que subsidio es **toda ayuda o colaboración del empleador a favor de sus trabajadores, para que éstos obtengan bienes o servicios a menor precio del mercado o incluso en forma gratuita, con el único fin de satisfacer necesidades de él y su familia y así mejorar su calidad de vida.**

En consecuencia, la verdadera esencia del significado y alcance del subsidio radica en su finalidad de ayuda social y no de contraprestación por los servicios prestados.

56 En Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 8 de junio de 2006 (Caso: Gonzalo Fernández Tinoco contra la sociedad mercantil TELCEL, C.A.), la Sala ratifica el carácter no salarial de subsidios o facilidades destinados a la obtención de bienes y servicios que le permitan al trabajador mejorar su calidad de vida y la de su familia, sin que se tratare de cubrir necesidades básicas pues, a pesar de que se trataba de préstamos preferenciales otorgados para la adquisición de vehículos y viviendas, no pretendían la adquisición de la primera vivienda o vehículo del trabajador sino que, más bien, lo que buscaba era mejorar su calidad de vida y la de su familia con la adquisición de una mejor vivienda, un mejor carro. La razón o justificación que conlleva a la Sala a desvirtuar la naturaleza salarial pretendida por el trabajador en este caso es, precisamente, que carece de intención retributiva y que, por tanto, no fue concedido por los servicios prestados sino como una ayuda para mejorar la calidad de vida del trabajador y su familia. Veamos un extracto de la decisión:

“Observa la Sala que el concepto reclamado por el actor, no posee naturaleza salarial, pues, adolece de la intención retributiva del trabajo, es decir, como bienes cuya propiedad o goce le fueron cedidos por el empleador en contraprestación de sus servicios.

En el caso que nos ocupa, se observa (...) que el vehículo era propiedad exclusiva del trabajador, el cual fue adquirido a través de una política de préstamos otorgados por la compañía a sus trabajadores, es decir, no fue un bien cedido al trabajador por el hecho de prestar el servicio, sino un subsidio o ventaja solicitado por el trabajador y concedido a éste por la empresa a efectos de mejorar su calidad de vida y la de su familia, por lo que en ningún momento puede tener carácter salarial.

(...) bajo los mismos lineamientos de la delación anterior, compartimos el criterio acogido por la recurrida para desestimar este pedimento, pues los tres (3) préstamos para vivienda otorgados por la empresa al trabajador, constituían un subsidio o facilidad no salarial que permitía mejorar la calidad de vida del trabajador y de su familia”.

Finalmente, en relación con el carácter salarial o no del subsidio, es importante precisar desde ya lo siguiente: (i) Bajo la vigencia de la LOT de 1990, el subsidio destinado a satisfacer necesidades esenciales estaba claramente excluido del concepto de salario; (ii) Bajo la vigencia de la LOT de 1997, el subsidio se “salarizó” pero posteriormente se retomó su carácter no salarial por vía jurisprudencial, ampliándose el destino o finalidad de la ayuda a la obtención de bienes y servicios que mejoren la calidad de vida del trabajador y su familia (no sólo para cubrir necesidades “esenciales”). Más adelante profundizaremos en las razones de estos cambios.

2.2.- Clases o tipos de subsidios

En la doctrina nacional y bajo la vigencia de la Reforma de la LOT de 1997, autores como Arria Salas clasifican a los subsidios como:

- (i) Subsidios incorporados al salario, para todos los efectos legales, como es el caso de los subsidios destinados a mejorar el nivel de vida del trabajador y de su familia⁵⁷;
- (ii) Subsidios que no forman parte del salario, como es el caso de los beneficios sociales de carácter no remunerativo consagrados en el párrafo tercero de la LOT y otros conceptos excluidos por

⁵⁷ El autor en su obra hace mención al salario de eficacia atípica, entendiéndolo que ese 20% que se permite excluir del salario base de cálculo de todos los beneficios, indemnizaciones y prestaciones sólo es respecto del subsidio y no del salario completo, ello en virtud de que tal posibilidad de exclusión se encuentra consagrada en el párrafo primero del artículo 133 de la LOT, vale decir, en el párrafo que hace referencia a los subsidios y a su carácter salarial.

Esta discusión ha sido, por demás, superada e incluso aclarada en el Reglamento de la LOT de 1999 en el cual sí resulta absolutamente seguro que el 20% que se permite excluir es del salario y no del subsidio. Así, en su artículo 74 –ahora 51 del Reglamento de la LOT de 2006– se ratifica que podrá excluirse de la base de cálculo, **una cuota del salario**, no superior al referido 20%. No obstante, y aunque escapa del objeto del presente trabajo, es preciso advertir que se deberá estar atento a las nuevas decisiones que en materia de salario de eficacia atípica dicte el Tribunal Supremo de Justicia pues, recientemente, la Sala de Casación Social ha sostenido que el 20%, en los casos en que se pactare al momento de un aumento salarial, es sobre el total del aumento y no del salario (Ver Sentencia de la Sala de Casación Social de 6 de noviembre de 2007; Caso: María Teresa Rangel contra Puerto del Litoral Central P.L.C., S.A.), lo cual contraría lo dispuesto en el propio texto reglamentario.

convención colectiva, según lo dispuesto en el artículo 671 de la LOT;

- (iii) Subsidios no mencionados que no tienen naturaleza salarial, dentro de los cuales se encuentran conceptos similares a los previstos en el literal anterior pero no consagrados expresamente en la LOT, como, por ejemplo, pagos por nacimiento de hijos, matrimonio, entre otros;
- (iv) Subsidios que si bien no forman parte del salario conforme al párrafo tercero del artículo 133 de la LOT y el artículo 671 eiusdem, formarán parte del mismo si a través de convenciones colectivas o acuerdos individuales se les da tal carácter;
- (v) Subsidios no previstos por la LOT, que se consideran de naturaleza no salarial por no estar previstos en ninguna disposición de la LOT, siempre y cuando no cumplan con los caracteres típicos del salario o no se establezca su carácter salarial por medio de convención colectiva, acuerdo colectivo de trabajo o contrato individual de trabajo⁵⁸.

Por otra parte, Rafael Alfonzo-Guzmán considera que existen dos tipos de subsidios, a saber:

- (i) Los de carácter salarial (establecidos así por la propia norma legal –artículo 133 LOT-), los cuales se refieren a aquellas facilidades, provechos o ventajas otorgados por el patrono con el propósito de mejorar el nivel de vida del trabajador y su familia y;

58 A. Arria S. Alberto: Análisis de la Ley de Reforma Parcial. Ley Orgánica del Trabajo. Ceta Editora, C.A. Caracas, 1997, pp. 157-173.

- (ii) Los establecidos en el párrafo tercero del artículo 133 LOT, denominados “beneficios sociales de carácter no remunerativo”⁵⁹.

Tal y como señalamos supra, Arria Salas –a diferencia de la postura de Alfonso-Guzmán⁶⁰, considera que dentro de este último grupo de subsidios no salariales se deben incluir otros beneficios sociales que si bien no están expresamente consagrados en dicha norma, por su naturaleza similar deben tener el mismo tratamiento legal⁶¹. Así, beneficios como pagos por nacimiento de hijos, subsidios por hijos menores, ayudas para trabajadores con hijos excepcionales, valor del suministro de útiles escolares para los hijos de los trabajadores, valor del uso de parques infantiles, valor de los productos que fabrique la empresa dados gratuitamente, entre otros⁶².

Como conclusión, podemos clasificar a *grosso modo* a los subsidios, de la siguiente forma:

- (i) Los subsidios en sentido amplio, destinados a mejorar el nivel de vida del trabajador y de su familia (sin mayores especificaciones ni limitaciones más allá de las propias de su significado);

59 Rafael Alfonso-Guzmán: “Los subsidios o facilidades otorgados al trabajador según la Ley Laboral Venezolana”. Revista Fundación Procuraduría General de la República. Caracas. 1998.

60 Conforme a lo dicho por Rafael Alfonso-Guzmán en su monografía “Los subsidios o facilidades otorgados al trabajador según la Ley Laboral Venezolana” (*op. cit.*), los beneficios sociales de carácter no remunerativo establecidos en el párrafo primero del artículo 133 de la LOT, parecen ser taxativos y, por tanto, sólo los beneficios allí enumerados quedan excluidos del salario.

61 Compartimos la postura de Arria Salas pues existen numerosos beneficios de naturaleza similar que no deberían ser considerados salario, ello sin vulnerar el Principio de Salariedad pues nos referimos a aquellos conceptos que mantienen las mismas características de los beneficios sociales no remunerativos tipificados en la norma y que, por tanto, no cumplen con los elementos típicos del salario (p.e. pago de pólizas de seguro HCM, vida, entre otros).

62 A. Arria S.: Análisis de la Ley ... *op. cit.*, pp. 169-170.

- (ii) Los subsidios específicamente tipificados como tal, establecidos en el párrafo tercero del artículo 133 de la LOT (beneficios sociales de carácter no remunerativo), en el artículo 671 de la LOT y cualquier otro beneficio de naturaleza similar previsto en otros artículos aislados de la LOT u otro texto legal o reglamentario, como es el caso de la obligación de mantener establecimientos de educación básica para los hijos de los trabajadores, cuando no hubieren en sitios cercanos al lugar de trabajo (artículo 243 LOT), mantener centros de salud y dotarlos (artículo 244 LOT), otorgamiento de becas de estudio (artículo 245 LOT), entre otros.

En ambos casos tendrán carácter salarial cuando sean convencionalmente reputados como parte del salario de los trabajadores por convención colectiva, acuerdo colectivo de trabajo o contrato individual.

Sin embargo, respecto al primer grupo o clasificación, su carácter salarial resulta ambiguo pues existe una contradicción entre lo establecido literalmente en la LOT de 1997 y el criterio asumido en forma reiterada por la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, desde el pasado 30 de julio de 2003 (Caso Febe Briceño de Haddad contra Banco Mercantil, C.A. S.A.C.A.).

De otro lado, también podemos clasificar a los subsidios como **voluntarios**, refiriéndose a aquellos otorgados por el empleador en forma unilateral o previo acuerdo con sus trabajadores y; **obligatorios**⁶³, que incluyen a todos los previstos en nuestra normativa laboral y que se deben otorgar al trabajador de manera imperativa, como sería el caso, por ejemplo, del beneficio de alimentación establecido en la Ley de alimentación para los

63 Los subsidios obligatorios no tienen carácter salarial, pues su finalidad es de ayuda social y no retributiva. Así, si dicha finalidad se mantiene en los otorgados en forma voluntaria, también debería forzosamente mantenerse su naturaleza no salarial.

trabajadores, guardaría (artículos 391 y siguientes de la LOT) y otros expresamente señalados en nuestra legislación⁶⁴.

En cualquiera de los casos, seguidamente ahondaremos en la naturaleza jurídica de estos subsidios, para constatar si, en esencia, tienen o no carácter salarial, ello a pesar, repetimos, de la contradicción existente entre la norma legal y la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal del trabajo.

2.3.- Naturaleza jurídica

2.3.1.- Los subsidios en el Derecho Comparado

- **Colombia:**

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (Ley 50 de 1990) establece dentro de las percepciones que no constituyen salario, los beneficios o auxilios otorgados por el empleador como, por ejemplo, alimentación, vestuario, primas extralegales, entre otros.

De igual forma, en la Ley 21 de 1982 se establece lo que se entiende por subsidio familiar y su artículo 1º señala que: *“el subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad”*. Seguidamente, en el artículo 2 de esa misma Ley, se consagra su carácter no salarial: *“El subsidio familiar no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso”*.

64 Otros ejemplos de subsidios obligatorios: Artículos 243, 244, 245 de la LOT.

- **Argentina:**

La Ley 24700 de 1996 señala lo que se entiende por beneficios sociales, hace una lista de los mismos y señala expresamente que no tienen carácter salarial⁶⁵.

- **Chile:**

El artículo 41 del Código del Trabajo establece que no constituyen remuneración, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, entre otros.

65 "Se denominan *beneficios sociales* a las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros que tiene como objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo.

Son beneficios sociales las siguientes prestaciones:

- a) *Servicios de comedor de la empresa.*
- b) *Los vales de almuerzo, hasta un tope máximo por día de trabajo.*
- c) *Los vales alimentarios y las canastas de alimentos hasta un tope máximo de un 20% de la remuneración del trabajador.*
- d) *Los reintegros de gastos de medicamentos, gastos médicos y odontológicos del trabajador y su familia.*
- e) *La provisión de ropa de trabajo.*
- f) *Los reintegros documentados de gastos de guardería.*
- g) *La provisión de útiles escolares.*
- h) *El otorgamiento o pago documentado de cursos o seminarios de capacitación o especialización.*
- i) *El pago de gastos de sepelio documentados".*

Nótese que estos beneficios son bastante similares a los consagrados en nuestra legislación laboral como "beneficios sociales no remunerativos", marcándose en Argentina su naturaleza de seguridad social, la cual también se mantendría en nuestro país, pues la seguridad social no es sino la protección que ofrece la sociedad (en estos casos el empleador) a favor de los ciudadanos (trabajadores) en materia de salud y bienestar.

De igual forma, si nos referimos al Sistema de Seguridad Social definido por Ley como el "conjunto integrado de sistemas y regímenes prestacionales, complementarios entre sí e interdependientes, destinado a atender las contingencias objeto de la protección de dicho sistema", también concluimos que los aportes patronales al Sistema de Seguridad Social no son salario, toda vez que no son una retribución por el trabajo realizado y más bien "son sumas pagadas para estimular el ahorro y mejorar las condiciones de vida del trabajador" (Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores (Primer Circuito) del Estado Bolívar, de fecha 14 de agosto de 1997). Adicionalmente, esta sentencia dispone que: "además de la colaboración prestada por el patrono en estos aspectos de carácter social, no se le puede pechar integrando esta suma al salario devengado" (Ver extractos de la Sentencia en: Juan F. Porras R. y Juan D. Porras S.: *Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. Manual Práctico ampliado. Jurisprudencia 1992-2002. Tomo III. Ediciones Jurisprudencia del Trabajo. Caracas, 2002. pp. 682-683*).

- **Portugal:**

En Portugal, se consagra en el Código de Trabajo Rural de 1962, que el subsidio familiar se considerará parte integrante de la remuneración del trabajador. Sin embargo, en el Código de Trabajo (2003), se define al salario como: *“aquellos a que, en los términos del contrato, de las normas que lo rigen o de los usos, el trabajador tiene derecho como contrapartida de su trabajo, donde se incluye la retribución base y todas las prestaciones regulares y periódicas hechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie”* (tesis prestacional).

Conforme a lo antes expuesto, podemos concluir que en los países antes referidos (salvo el caso de Portugal, en el ámbito del trabajo rural), se trata al subsidio como un concepto no salarial pues su otorgamiento no está vinculado a la prestación de un servicio sino a una finalidad social, de ayuda. Y es que en estos países, al igual que en Venezuela, la naturaleza del subsidio está ligada a la función social, a la seguridad social (siendo asignaciones de carácter previsional) y no al hecho de remunerar los servicios prestados, que es el elemento cardinal del salario.

2.3.2.- Análisis sobre la naturaleza real de los subsidios

Sabiendo hasta ahora lo que se entiende por salario y subsidio, basta determinar si realmente los subsidios destinados a mejorar el nivel de vida del trabajador y su familia tienen naturaleza salarial o no.

La duda surge porque si bien la LOT establece explícitamente su carácter salarial, nuestra jurisprudencia patria ha sostenido una tesis contraria, desaplicando, de hecho, el propio texto legal.

Siendo entonces ésa, la situación actual, nos permitiremos revisar la naturaleza de estos subsidios y luego, ahondaremos en los efectos que se derivan del pretendido carácter salarial que le otorga la LOT de 1997 (en contraposición a lo que disponía la LOT de 1990), en forma expresa y categórica.

Los subsidios y su naturaleza

De acuerdo con lo antes expuesto, los subsidios destinados a mejorar el nivel de vida del trabajador y su familia (para cubrir necesidades esenciales), se encontraban excluidos del salario bajo la vigencia de la LOT de 1990 e incluso con anterioridad a dicha fecha pues, a pesar de que no existía texto legal que anteriormente consagrara su naturaleza no salarial, por vía jurisprudencial se había sostenido esa postura, siempre y cuando dicho subsidio o facilidad no cumpliera con los elementos típicos y característicos del salario.

La regulación expresa de su carácter no salarial devenía entonces, precisamente, del hecho que este tipo de beneficios no cumplía con los caracteres del salario y que, por tanto, no podían ser considerados como tal. Sin embargo, esta posición no es absoluta e irrefutable.

Si se revisan las distintas tesis a considerar para la determinación del salario, tenemos que existen algunas que mantienen que toda remuneración provecho o ventaja que sea otorgado al trabajador con ocasión de la relación laboral, es salario. Otras, en cambio, exigen que tales remuneraciones guarden íntima relación con la prestación de los servicios.

Y es que, en realidad, toda remuneración, provecho o ventaja que otorgue el patrono a su trabajador, guardará, sin duda alguna, íntima vinculación con la

relación laboral que los une, ello a pesar de que en algunos casos efectivamente no la mantenga con el servicio prestado.

Así, si el empleador otorga un mismo beneficio a todos sus trabajadores, sin distinción del puesto o labor ejecutada, ese devengo está más vinculado con el hecho de ser trabajador que con la prestación específica de sus servicios. Si por el contrario el trabajador recibe algún devengo con ocasión de su esfuerzo, se tratará entonces de una contraprestación directa y absolutamente vinculada a los servicios prestados.

Pero, en todo caso, e independientemente de la postura que se pretenda asumir, con la entrada en vigencia de la Reforma de la LOT en 1997, los subsidios o facilidades otorgadas al trabajador para obtener bienes y servicios a un precio inferior al del mercado, tienen, por Ley, carácter salarial.

En este sentido, Arria Salas critica esta salarización legal en los términos siguientes: *“En el párrafo único de 133 LOT, que se eliminó, para formar parte del texto del propio artículo nuevo y del artículo 671, se excluían todos los subsidios que otorgara el patrono, con objeto de ayudar al trabajador a enfrentar el costo de la vida, y de los cuales, ahora, se incorporaron al salario, no obstante, que ellos no guarden relación de causalidad con la prestación de servicios a la que está obligado a ejecutar el trabajador, que es la que caracteriza al salario, como viene definido por 133 LOT”*⁶⁶.

A nuestro juicio, si bien compartimos la posición de Arria Salas, no debemos dejar de lado el proceso de elaboración de la reforma de la LOT de 1997 y su historia.

66 A. Arria S.: Análisis de la Ley ... *op. cit.*, pp. 157-158.

En sentido estricto, no hubo un análisis de la naturaleza de los subsidios sino simplemente una negociación en la cual se aceptaba la eliminación de la retroactividad de las prestaciones sociales por la “salarización” del total de las remuneraciones devengadas por los trabajadores para aquel entonces. Sin embargo, al analizarse la naturaleza de los subsidios, éstos no tienen en esencia carácter salarial⁶⁷ (no finalidad retributiva), salvo por el hecho de que así se encuentra establecido en el propio texto legal vigente.

En consecuencia, si obviáramos el contexto histórico de la Reforma de la LOT de 1997, tendríamos que concluir que el legislador se excedió al incluir en el salario aquellas percepciones que por su naturaleza no revestían efectivamente carácter salarial y que en efecto su otorgamiento cumplía más bien una finalidad social, de ayuda o socorro al trabajador (lo cual en la práctica sólo trajo consigo desmotivar al empleador a prestar auxilio o ayuda financiera en casos que pudiéndolo dar, no quería incrementar sus costos laborales, ello a pesar de que esas facilidades no guardaren íntima relación con los servicios prestados por sus trabajadores). No obstante, como su salarización deviene, como dijimos, de una negociación requerida en ese momento por todas las partes involucradas, históricamente tuvo un sentido que no se puede desconocer ahora⁶⁸ y que muy probablemente el Tribunal Supremo de Justicia quiso luego ajustar a la verdadera naturaleza, retomando el criterio sostenido antes de la Reforma de 1997.

67 Tanto en la jurisprudencia como en nuestra legislación y doctrina nacional impera la tesis prestacional (principalmente en su primera acepción) y sobre esta circunstancia partimos para el presente análisis.

68 El Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial (ATSSI) del 17 de marzo de 1997 señala, por una parte, que “se modifica el modo de cálculo de las prestaciones sociales, en virtud de que las transformaciones ocurridas en la economía del país han hecho inconveniente para los trabajadores, para los empleadores y para la sociedad en general, la permanencia del vigente método de cálculo, lo cual ha dado lugar a variados mecanismos de remuneración que han contribuido a la distorsión del concepto de salario, al empobrecimiento de las contribuciones que soportan la seguridad social y, en alguna medida, al crecimiento de la llamada economía informal” y por la otra, que a partir de la Reforma, “se dará un plazo de doce meses para convertir en salario los ingresos distintos a éste”, reformando las normas que han dado lugar a la “desalarización de la remuneración”, con el “propósito de consolidar el carácter salarial de todas las remuneraciones del trabajador”.

Y es que durante la vigencia de la Reforma de 1997, la jurisprudencia nacional dictaminó nuevamente el carácter no salarial de los subsidios, bajo el argumento que se trataban de **asignaciones que poseen un esencial carácter de ayuda, las cuales son otorgadas por el patrono como complemento al salario, por lo que sería ilógico y jurídicamente imposible que los mismos sean, al mismo tiempo, salario y complemento del salario.**

A pesar de que compartimos plenamente la postura del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto al carácter no salarial de estos subsidios (obviando por un instante lo dispuesto en el artículo 133 de la LOT), las razones para mantener su carácter no salarial, en nuestro criterio, serían las siguientes:

- 1) El artículo 72 del Reglamento de la LOT de 1999, preveía las denominadas percepciones no salariales, vale decir, percepciones o suministros que no debían formar parte del salario y que si bien eran evaluables económicamente, los mismos no se otorgaban como contraprestación de la labor realizada por el trabajador.

Esta norma recogió el criterio utilizado por el Tribunal Supremo de Justicia en cuanto al carácter salarial de las prestaciones otorgadas “por” el trabajo y no “para” el trabajo, aceptando que existen percepciones que como no remuneran el servicio prestado directamente, no son consideradas salario⁶⁹ (lo cual no estaba acorde con la tesis negociada en el Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial –ATSSI- del 17 de marzo de 1997, pero que igualmente mantuvo el Reglamentista de 1999).

69 También se retoma el principio de que el trabajo no es una mercancía y que, en consecuencia, el empleador tiene a su cargo obligaciones sociales frente al trabajador, por la sola existencia de la relación de trabajo y más allá de la simple remuneración del servicio prestado.

Ahora bien, no obstante que esta norma reglamentaria fue derogada con la Reforma del Reglamento de 2006, ese criterio sigue reinando en nuestro máximo Tribunal, razón por la cual somos de la opinión que a pesar de la derogatoria de esta disposición reglamentaria, todos y cada uno de los conceptos allí establecidos mantienen su carácter no salarial: no porque lo señale expresamente alguna norma sino porque por su naturaleza es esencialmente no salarial⁷⁰. En todo caso, su derogatoria lo que haría más riguroso es el estudio de la naturaleza real de tales percepciones. Por tanto, habrá que analizar aun más cada percepción para constatar si revisten o no carácter salarial bajo el criterio reinante en la Sala de Casación Social y no sólo bajo la literalidad del texto legal (artículo 133 de la LOT).

- 2) Como ya hemos comentado precedentemente, la más autorizada doctrina nacional, incluso apoyada por ilustres criterios de la doctrina extranjera, ha venido indicando que existen percepciones evaluables económicamente que no deben considerarse salario, porque ellas –se reitera-, no se otorgan a cambio de la labor prestada. Seguidamente nos permitiremos citar lo que en este sentido señala Rafael Alfonso Guzmán⁷¹:

“Dentro de nuestra tradición legislativa, el salario aparece como la prestación con la cual el patrono paga o cancela voluntaria, intencional y proporcionalmente, el servicio del trabajador. En las voces: provecho o ventaja empleadas en el vigente ordenamiento, la idea de pago aparece difusa por la imperfecta sinonimia que ellas guardan con remuneración, dado que en el decurso de la relación laboral es posible identificar provechos o ventajas económicamente evaluables, percibidas en forma regular y permanente por el trabajador, desprovistas de intención

70 M. Cardozo y L. Hernández: “Reflexiones sobre algunos temas de Derecho... op. cit., p.p. 139-144.

71 Rafael Alfonso-Guzmán: “Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo”. Décima Edición. Caracas, Venezuela, 1999, p. 69.

remuneratoria. De esta índole son, por ejemplo, el disfrute de intereses hipotecarios inferiores a la tasa de mercado; el derecho a ser llamado con preferencia para los ascensos en el escalafón; los gastos de representación; los viáticos; el derecho al goce de los planes vacacionales, etc.”

Por su parte, Oscar Hernández⁷² señala lo siguiente:

*“Vásquez Vialard propone un criterio de distinción ‘a fin de precisar cuándo lo que recibe el trabajador con motivo y en contraprestación de las tareas que realiza, constituye o no salario, con prescindencia de que en todos los casos obtenga un beneficio que puede tener una traducción de carácter económico. De acuerdo con ello, podríamos afirmar que el salario es la retribución específicamente determinada en dinero (en sus diversas formas, cualquiera sea la denominación utilizada a tal efecto: sueldo, prima, plus, participación en las ganancias, comisiones, y aunque la determinación del monto de éstas dependa de un resultado de carácter aleatorio) de libre disponibilidad o en especie (que percibe el trabajador por el hecho de poner su capacidad laboral a disposición del empleador que expresamente las partes han fijado al celebrar el negocio jurídico en su concertación o de su modificación objetiva). Fuera de esas situaciones, la relación laboral da oportunidad a acceder a otros beneficios, en algunos casos con un claro contenido económico, en otros, en forma indirecta, que no tienen carácter salarial. En ciertas circunstancias, ello se debe a que el beneficio no es otorgado en forma directa al trabajador, sino como una mera posibilidad para que, si lo desea, acceda a recibir un servicio mediante el desembolso de un importe, por lo común inferior al que rige en el mercado y que aun podría serlo al de su costo. Tal es el caso de la ventaja que recibe el trabajador que tiene la posibilidad de concurrir al llamado ‘comedor de fábrica’, que subsidia el empleador o que le ofrece un servicio en condiciones favorables. **En otros casos, el carácter no salarial del beneficio depende de la finalidad perseguida al otorgar la ‘prestación’ que no tiene como finalidad retribuir la puesta de la capacidad laboral a disposición del empleador para colaborar en el proceso productivo, sino concederle al trabajador una ayuda especial para hacer frente en forma total o parcial a una necesidad que está a su cargo.** Por supuesto,*

72 Oscar Hernández Álvarez: “De la Remuneración”. Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo. Primera Edición Barquisimeto, Estado Lara, 1999, pp. 170-171.

en cada caso deberá analizarse debidamente si a través de esas formas de 'beneficios' no se intenta disimular un pago que, por sus características, tiene claro contenido salarial'. (El resaltado y subrayado son nuestros).

... (omissis) ...

La necesidad de poner límite a la tendencia según la cual absolutamente todos los conceptos pagados por el empleador a su trabajador forman parte del salario y, por ende, de la base de cálculo de diversos beneficios laborales, se fundamenta en la conveniencia de evitar que, en razón de tal hiperprotección, el empleador se abstenga de hacer a algunos de sus trabajadores cierto tipo de contribuciones o colaboraciones que, de no mediar tal circunstancia, hubiera podido estar dispuesto a llevar a cabo. Tal sería el caso de que un empleador no obligado legal o convencionalmente a contribuir con el costo de una ciertas eventualidades familiares y como enfermedades, vacaciones, celebraciones de determinadas festividades, asistencias a actividades educativas o deportivas, etc., convencionalmente estuviese, sin embargo, en disposición de hacerlo. Tal disposición difícilmente se llevaría a cabo si el empleador, como consecuencia de la misma, se viese sujeto a las cargas que supondría someter la erogación del caso al régimen jurídico salarial.”

Visto lo anterior, no todo provecho o ventaja, evaluables económicamente, que recibe el trabajador durante el vínculo laboral, debe necesariamente considerarse salario. La explicación aportada por la doctrina, como ya antes lo hemos asomado, tiene su origen en que no todo provecho de índole económica se encuentra dado por el patrono con ocasión de la labor prestada; de ahí que en muchas ocasiones nos encontremos con percepciones económicas que no pretenden retribuir la puesta de la capacidad laboral a disposición del empleador para colaborar en un proceso productivo, sino concederle al trabajador una ayuda especial para hacer frente a una necesidad que está a su cargo, y que por lo tanto no constituyen salario.

Basta simplemente señalar que para la doctrina nacional e internacional resultaría inconcebible -por ejemplo- que se consideraren salario las diferencias pecuniarias existentes entre las comidas adquiridas por un trabajador de su patrono a precios inferiores que los de mercado.

En conclusión, existen percepciones como los subsidios o facilidades otorgadas por el empleador a sus trabajadores para mejorar su calidad de vida y la de su familia, que parecieran no tener naturaleza salarial porque no pretenden remunerar los servicios prestados, sino simplemente cumplir una función social de ayuda, socorro o auxilio que sería injusto coartar por significar un incremento en los costos laborales del patrono. Sin embargo, la visión y determinación de la naturaleza de los subsidios podría variar dependiendo de la tesis bajo la cual se analice.

Partiendo de la tesis prestacional en su acepción más restringida, podríamos concluir perfectamente lo anterior, sin embargo, bajo otras acepciones tendríamos que concluir que esas facilidades tienen naturaleza salarial.

A nuestro juicio, el *quid* del asunto radica en el efecto que se deriva de su concepción como salario o no y en ese sentido, lo más equitativo y justo sería que si el salario es considerado íntegramente para el cálculo de todas las prestaciones y beneficios de los trabajadores, no debería ostentar tal naturaleza pues su justificación, su finalidad, no debería representar un costo o un castigo para el empleador que lo otorgare como muestra de ayuda o colaboración. Si el salario es un concepto que pretende abarcar toda percepción derivada del contrato, más allá de remunerar su prestación y de servir de base de cálculo de un sin fin de beneficios, pues aún siendo una

facilidad con fines sociales podría entrar allí, por ser otorgada por su condición de trabajador⁷³.

En la actualidad, a pesar de que pareciera manejarse un concepto amplio del salario, éste tiene sus excepciones y se mantiene, por tanto, en un concepto híbrido que no termina de concretarse ni definirse bajo una única postura o tesis absoluta: se ha superado la tesis que entendía como salario a aquello que recibiera el trabajador por la prestación de sus servicios porque ello dejaría sin explicación los pagos de vacaciones remuneradas, entre otros; sin embargo, también se ha ido coartando la tesis que incluye en el salario todas las percepciones otorgadas al trabajador por la simple existencia del contrato de trabajo, por su condición de trabajador, pues existen beneficios sociales no remunerativos que están excluidos a tales efectos por la propia Ley.

De acuerdo con lo antes expuesto podemos concluir que efectivamente la naturaleza salarial o no de los subsidios dependerá de la tesis acogida respecto de la amplitud del salario; sin embargo, lo que a nuestro juicio resulta un hecho cierto es que los subsidios, por naturaleza, no tienen un fin retributivo sino de ayuda social y, en consecuencia, bajo un esquema como el nuestro, en que el monto de beneficios, prestaciones e indemnizaciones tiene al salario como base de cálculo, lo más justo sería partir de la tesis prestacional (en su sentido restringido) y aceptar su carácter no salarial porque no son otorgados como contraprestación de los servicios realizados por el trabajador. Otra postura sólo desalentaría cualquier intención de ayuda de parte del empleador y afectaría negativamente a la masa trabajadora.

73 De considerarse salario toda prestación concedida al trabajador en virtud de su condición de empleado, se tendría que modificar el actual sistema de cálculo de beneficios y prestaciones, a efectos de manejar un elemento distinto al salario como base de cálculo. Así, por ejemplo, se podría utilizar el importe del salario mínimo como parámetro (1, 5, 10 salarios mínimos) o por lo menos se podrían establecer en todos los casos topes salariales, como ya está hecho en lo que se refiere a la indemnización sustitutiva del preaviso.

No obstante, bajo la literalidad de la norma legal vigente, su naturaleza sería expresamente salarial. Únicamente cabría reflexionar sobre el verdadero sentido de la “salarización” de todas las remuneraciones del trabajador a que se refirió el ATSSI.

Si nos regresamos a 1997, la descomposición salarial llegó a alcanzar márgenes excesivos en donde un trabajador que percibía salario mínimo, podía efectivamente devengar varias veces el equivalente a su sueldo en percepciones no salariales.

Hoy ningún subsidio podría considerarse como tal en esas condiciones, pues sería incuestionable que su finalidad no buscaría ayudar al trabajador sino remunerar la labor prestada. La necesidad de “salarizar” falsos subsidios es lo que dió lugar a la inclusión de éstos en el concepto de salario. Por ello, se podría interpretar que cuando el artículo 133 de la LOT de 1997 incluye a los subsidios como parte del salario, lo hace porque realmente no cumplían un fin social y la solución acogida en ese entonces, bajo ese escenario, no tendría que trasladarse a los supuestos en los que sí se tratara de una ayuda, sin matices retributivos⁷⁴.

2.3.3.- Análisis jurisprudencial sobre los subsidios

A pesar del carácter salarial atribuido expresamente a los subsidios o facilidades otorgados al trabajador con el fin de mejorar la calidad de vida de él y su familia por el actual artículo 133 de la LOT, la doctrina asentada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia sostiene lo contrario.

⁷⁴ Quizá por esto el Tribunal Supremo de Justicia asume actualmente una interpretación que contraría lo expuesto en términos literales en la LOT (ello a pesar de que la justificación esgrimida en sus decisiones no asoma este análisis).

Concretamente, de seguida nos permitimos transcribir varias decisiones dictadas por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que han considerado que los subsidios o facilidades otorgadas por el patrono a los trabajadores, ***no revisten carácter salarial***.

La primera de ellas es la decisión número 489 dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del 30 de julio de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. Juan Rafael Perdomo (caso Febe Briceño de Haddad contra Banco Mercantil, C.A. S.A.C.A.), en la cual se expresó lo siguiente:

“Por otra parte el artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente dispone que los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial.

Sin embargo, los subsidios son asignaciones que otorga el patrono, dentro del ámbito del contrato de trabajo, y que poseen un esencial carácter de ayuda, otorgados no por la prestación del servicio sino por la existencia del contrato de trabajo.

Sobre el particular estima la Sala de particular relevancia, a los fines de esclarecer el sentido y alcance del artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente del cual no sólo depende el carácter salarial o no de los tickets sino de todas las asignaciones no salariales, analizarla cuidadosamente tomando en consideración la definición de salario contenida en la primera parte del artículo 133 eiusdem, según la cual ‘... se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio...’.

Al confrontar ambos preceptos se evidencia que entre ellos hay una antinomia, toda vez que si los subsidios son una ayuda de carácter familiar que complementa el salario, no pueden, a la vez ser salario, de donde se infiere que el Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe ser

*interpretado en el sentido de que **los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia no son salario, pues sería ilógico y jurídicamente imposible que los subsidios y facilidades referidos sean, al mismo tiempo, salario y complemento del salario.*** (El resaltado y subrayado son nuestros)⁷⁵.

El criterio anteriormente anotado fue ratificado en la sentencia número 631 dictada por la propia Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 2 de octubre de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. Juan Rafael Perdomo (caso Gustavo Toro Hardy contra Banco Hipotecario Consolidado, C.A. o Corp Banca), de la siguiente manera:

“Por último, no puede dejar pasar por alto esta Sala debido a su importancia que durante la vigencia del literal b), del Parágrafo Único del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, los créditos o avales para adquisición de vivienda, para su ampliación o reparación, o para cancelación de hipotecas, con intereses u otras condiciones preferenciales constituían una modalidad de subsidio de iniciativa patronal excluido del salario cuando su costo total o parcial era asumido por el patrono y tenía como finalidad asegurar a los trabajadores la adquisición de bienes o servicios esenciales a menor precio del corriente.

Por otra parte el artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente dispone que los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial.

Sin embargo, los subsidios son asignaciones que otorga el patrono, dentro del ámbito del contrato de trabajo, y que poseen un esencial carácter de ayuda, otorgados no por la prestación del servicio sino por la existencia del contrato de trabajo.

Sobre el particular estima la Sala de particular relevancia, a los fines de esclarecer el sentido y alcance del artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente del cual no sólo

75 Se debe indicar que los tickets alimentación se apartan del tratamiento del resto de los subsidios porque su carácter no salarial está expresamente consagrado en una Ley especial.

depende el carácter salarial o no de los créditos o avales sino de todas las asignaciones no salariales, analizarla cuidadosamente tomando en consideración la definición de salario contenida en la primera parte del artículo 133 eiusdem, según la cual ‘... se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio...’.

*Al confrontar ambos preceptos se evidencia conforme a la jurisprudencia de la Sala (Vid. Sentencia de la Sala de 30 de julio de 2003, N° 489) que entre ellos hay una antinomia, toda vez que si los subsidios son una ayuda de carácter familiar que complementa el salario y constituyen una liberalidad del patrono, pues su otorgamiento no está consagrado como obligatorio en la legislación, no pueden, a la vez ser salario, de donde se infiere que **el Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe ser interpretado en el sentido de que los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia no son salario, pues sería ilógico y jurídicamente imposible que los subsidios y facilidades sean, al mismo tiempo, salario y complemento del salario.**” (El resaltado y subrayado son de la propia Sala).*

Finalmente y en igual sentido, la Sala de Casación Social en sentencia de 6 de marzo de 2008 (Caso: Norca Cecilia Arellano de Angélico contra Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico “Cadafe”), dictaminó que el subsidio por luz eléctrica otorgado por el patrono a sus trabajadores no debía considerarse salario sino un beneficio de carácter social:

“Establecido lo anterior, y admitida como fue por parte de la demandada, la relación laboral alegada por la actora, sólo resta por establecer cuáles de los pedimentos realizados por el accionante son procedentes conforme a la aplicación de la Convención Colectiva del Trabajo que rigió las relaciones laborales entre las partes.

(...)

En sintonía con lo anterior, esta Sala señala que el beneficio de subsidio por luz eléctrica estipulado en la Cláusula 30 de la

Convención Colectiva de Trabajo tiene un carácter eminentemente social y que no se encuentra revestido del carácter salarial que pretende la accionante, puesto que el beneficiario, en modo alguno puede disponer por voluntad propia de tal beneficio, característica esencial del salario, por lo que a los efectos de la presente acción, tal beneficio debe considerarse como de carácter social, sin carácter remunerativo y por lo tanto no debe ser admitido como tal, pues adolece de la intención retributiva del salario y así expresamente lo señala la Cláusula en comento cuando hace remisión al literal b) del Parágrafo Único del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo abrogada. Así se decide.”

Del análisis de las decisiones precedentemente transcritas, puede demostrarse lo siguiente⁷⁶:

- ✓ Que existen beneficios que el patrono otorga a sus trabajadores como simples liberalidades, es decir, que si bien son conferidas en razón de la existencia del contrato de trabajo (como ayuda social), no son retributivas de la labor prestada. Tales beneficios, provechos o ventajas evaluables económicamente no se otorgan a los trabajadores como contraprestación de la labor prestada para el patrono, por la mera existencia de la relación laboral y, desde luego, cuando se den los requisitos de procedencia exigidos, según el caso;
- ✓ Que cuando se trate de ayudas o liberalidades del patrono que aprovechan al trabajador y su familia, deben considerarse subsidios o facilidades;
- ✓ Que bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 era indiscutible que los subsidios o facilidades otorgados por el patrono a sus trabajadores no revestían carácter salarial;

76 Antes de la Reforma de 1997, los subsidios eran considerados de naturaleza no salarial, siempre que no revistieran los caracteres definitorios del salario. Así, por ejemplo, en el caso de los aportes al fondo de ahorro, se exigía que no quedaran a disposición del trabajador desde el mismo momento de su depósito, sino únicamente para cubrir costos o gastos eventuales (Ver sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 9 de marzo de 2000, en: J. F. Porras y J. D. Porras: Ley Orgánica del Trabajo y (...) Tomo III...*op. cit.*, pp. 716-717).

- ✓ Que el Parágrafo Primero del artículo 133 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo contiene una antinomia con el propio encabezado de ese mismo artículo 133 *eiusdem* y que, en tal sentido, ha de interpretarse que los subsidios o facilidades que otorga un patrono a sus trabajadores no deben considerarse salario.

Fundamentándonos en tales premisas, es fácil concluir que bajo el criterio reinante en la Sala de Casación Social, estos subsidios o facilidades no deben ser considerados salario, a pesar de su expresa categorización salarial de la Ley.

Ahora, quedaría por revisar cuáles serían los efectos de mantener tras una reforma legal que nada señala al respecto, el carácter salarial de los subsidios otorgados para mejorar la calidad de vida de los trabajadores y su entorno familiar, a pesar del criterio reiterado y vigente de nuestro Tribunal Supremo de Justicia.

CAPÍTULO III. DEL TRATAMIENTO ACTUAL DE LOS SUBSIDIOS

3.1.- Nuestro criterio.

Como señaláramos precedentemente, la naturaleza de los subsidios variará dependiendo del criterio acogido en torno al concepto de salario. Sin embargo, lo que sí podríamos determinar de manera independiente a tal concepto, es su carácter retributivo o no, su razón de ser, su finalidad.

Así, los subsidios por esencia no buscan retribuir al trabajador la labor prestada y en ningún caso deberían guardar relación directa con la

prestación de sus servicios. Normalmente le son otorgados por su condición de trabajador pero no como contraprestación de los servicios (por ello en la mayoría de los casos su otorgamiento no está atado al servicio prestado)⁷⁷. Su finalidad es siempre de ayuda o socorro y nunca remunerar los servicios prestados o recompensar el desempeño de un trabajador.

Siendo esto así, bajo la tesis que sostiene que el salario es la contraprestación de los servicios prestados o la retribución de la disponibilidad del empleado, los subsidios no tendrían tal naturaleza pues, en principio, su otorgamiento o no, si bien está ligado al carácter de trabajador, no así, como hemos repetido, a las condiciones en las que éste presta sus servicios.

No obstante, bajo la tesis que vincula el pago del salario con el contrato de trabajo o con el salario social (tesis no prestacional), tendríamos necesariamente que concluir que como se otorga por su condición de trabajador, sí deberían ser considerados salario.

Ahora bien, en nuestro criterio, las tesis no prestacionales se han mantenido dentro de un sistema que apoya más la tesis prestacional, como un mecanismo para evitar excesos y para poder aplicar en ciertos casos una suerte de justicia “social” que de tiempo en tiempo permita ampliar el ámbito del salario, cuando en virtud de las circunstancias pareciera necesario hacerlo. Esto podría explicar la “mixtura” que a lo largo del desarrollo legislativo y jurisprudencial del salario se ha mantenido en cuanto a las tesis que lo rigen.

77 Dependiendo de la finalidad del subsidio variarán los requisitos de su otorgamiento; sin embargo, salvo que dicha finalidad esté vinculada a la prestación del servicio, nunca debería estar condicionado a ello. Así, por ejemplo, el beneficio de guardería se mantiene incluso en casos de suspensión de la relación de trabajo. No así respecto al otorgamiento de alimentación o tickets de alimentación pues su propósito es precisamente proveer de alimentación al trabajador durante su jornada de trabajo (si no se trabaja la jornada, no hay subsidio). En consecuencia, los subsidios no están condicionados a la ejecución de los servicios por parte del trabajador (no se trata de una retribución por la labor prestada), con excepción de los casos en los que su objetivo (social) se encuentre ligado directamente a la prestación del servicio.

Sin embargo, es claro que en la mayoría de los casos los efectos prácticos siguen favoreciendo la tesis prestacional tanto para alentar la aparición de subsidios sociales (por ejemplo), como para no impactar excesivamente beneficios, prestaciones e indemnizaciones cuya base de cálculo es el salario.

Y es que las discusiones y variedad de tesis a lo largo de los conceptos con carácter salarial y no salarial en su mayoría tienen su razón de ser en los efectos que se derivarían de considerarlo de una u otra forma.

Puede ser que el subsidio sea de naturaleza salarial si partimos de la tesis amplia del salario (que prácticamente, como dijimos, no tiene casi cabida en la actualidad, por los efectos que de ella se derivan). Sin embargo, cuando revisamos que en nuestra legislación todo lo que sea considerado salario, afecta la forma de cálculo de un sin fin de beneficios del trabajador; parecería injusto que se incluyera en este concepto otras percepciones adicionales a aquello que efectivamente le corresponde al trabajador por su desempeño, sobre todo considerando la definición de salario del encabezado del artículo 133 de la LOT. Una posición contraria resultaría tan gravosa para el empleador que sería mejor para él no otorgar subsidios y de esa manera no asumir mayores costos laborales, lo cual atentaría contra su finalidad social pues el patrono aunque pudiera otorgarlo para “ayudar” al trabajador, preferirá no hacerlo a fin de no incrementar sus pasivos⁷⁸.

Por tanto, si bien se podría acoger una u otra postura, dependiendo de la tesis salarial sobre la que se realice el análisis de su naturaleza, no podemos

⁷⁸ Nótese que los subsidios obligatorios como, por ejemplo, el de alimentación prevista en la Ley de alimentación para los trabajadores, guardería (LOT), entre otros, no tienen carácter salarial, ello en virtud de que su naturaleza es esencialmente social. Ese mismo tratamiento debería mantenerse con los subsidios convencionalmente otorgados, salvo que las partes acordaran su salarización.

dejar de lado sus efectos pues, muchas de las veces es allí donde logramos visualizar la verdadera intención del otorgamiento de un beneficio, derecho, prestación y así ha sido considerado en mucho de los casos por nuestros jueces del Trabajo.

En nuestra jurisprudencia se tiende a salarizar toda remuneración, provecho o ventaja otorgada por la prestación del servicio y, aun cuando esta postura no alcanza explicar algunas situaciones como el pago de los días de descanso, feriados, entre otros, se mantiene como regla general al momento de incluir a una percepción como parte del salario.

Aplicando esta misma postura, los subsidios no deberían entenderse como parte del salario del trabajador y su pretendida naturaleza salarial luego de la reforma de la LOT de 1997 (parágrafo primero), deberá concebirse dentro del contexto que motivó al legislador a conferir tal carácter salarial: *salarizar los supuestos subsidios que existían para ese momento y que sí tenían una intención retributiva de la labor prestada* (no se trataba, en su mayoría, de verdaderos subsidios).

En resumen, los subsidios no deberán ser considerados salario si efectivamente cumplen una función social, pues adolecen de los elementos típicos del salario (tesis prestacional).

Su pretendida naturaleza salarial, conforme a lo establecido en la Reforma de la LOT de 1997, deberá interpretarse, como dijimos, de manera restrictiva y acorde al contexto de ese momento: la reforma pretendió “salarizar” aquellas percepciones que bajo el título de “subsidios” no se estaban incluyendo en el salario del trabajador para todos los efectos legales, a pesar de cumplir con todos los elementos definitorios del salario.

3.2.- Efectos del carácter salarial o no de los subsidios y, específicamente, de la discrepancia existente entre el texto del artículo 133 LOT y la posición asumida por el TSJ.

Tal y como se señaló precedentemente, el tema del carácter salarial o no de los subsidios pasa, entre otros, por el análisis de los efectos que de esa premisa se deriven.

De esta manera, a pesar de que pareciera innegable que los subsidios no buscan remunerar el servicio prestado sino ayudar o socorrer al trabajador (función social), la Reforma de la LOT de 1997 le concedió expresamente carácter salarial y ello fue interpretado en sentido opuesto por la Sala de Casación Social, basándose en la existencia de una contradicción en el propio texto legal (artículo 133 LOT).

El argumento esgrimido por la Sala para concluir esa supuesta contradicción radica en que los subsidios son una ayuda de carácter familiar que ***complementan el salario*** y constituyen una liberalidad del patrono (no es obligatorio otorgarlo), y por tanto, no pueden ser a la vez salario y complemento de salario.

¿Es realmente esto una contradicción? ¿Dónde se dice que los subsidios son un complemento del salario? ¿Acaso no es la propia Sala la que lo define así y luego utiliza esa explicación para señalar posteriormente que existe una contradicción en la Ley?

La LOT efectivamente define al salario como *“la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de sus servicios”*. Posteriormente, señala que este concepto comprende,

entre otros, una serie de beneficios que incluyen el pago del bono vacacional, la alimentación, vivienda y en párrafo separado, los subsidios.

Conforme a lo anterior, el salario comprende todo aquello que corresponda al trabajador por la prestación de sus servicios y aquellos conceptos expresamente contemplados en la Ley.

Por tanto, poco importa que el bono vacacional no sea otorgado por la prestación de los servicios del trabajador sino por su condición de empleado o por el hecho de que se le debe garantizar el disfrute efectivo de sus vacaciones anuales: *la Ley señala expresamente su carácter salarial*. Igual ocurre con los subsidios. A partir de la reforma legal de 1997 era salario porque la Ley expresamente así lo establecía.

En todo caso, el argumento de que el subsidio no puede ser salario y complemento de salario a la vez no es del todo acertado si revisamos lo que se entiende por complemento.

El diccionario de la Real Academia Española⁷⁹ define al término complemento como aquella “*cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta*”. Por su parte, se entiende que algo es íntegro, cuando “*no carece de ninguna de sus partes*”.

Por otra parte, se define a los complementos salariales como parte integrante de la estructura salarial, fijados en función de las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa⁸⁰.

79 Real Academia, Diccionario de la... *ob. cit.*

80 <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/complementos-salariales/complementos-salariales.htm>

En tal virtud, si el subsidio fuese un “complemento del salario”, se trataría más bien de un concepto que se añade al salario para hacerlo perfecto, completo, lo cual no parece significar que son contrapuestos o que se deben excluir entre sí.

Basándonos en los razonamientos expuestos, pareciera que la Sala, en un intento de mantener el sentido social de los subsidios y conociendo el verdadero fin de su inclusión como parte del salario bajo los términos de la negociación tripartita que concluyó en la Reforma de la LOT de 1997, buscara en sus decisiones más que un argumento válido, una excusa que le permitiera rescatar la esencia no salarial de los subsidios.

Pese a lo positivo que en efecto ha sido este “rescate” jurisprudencial, lo recomendable sería modificar el texto del artículo 133 de la LOT y eliminar su expreso carácter salarial, no porque al tratarse de un complemento no puede ser salario y complemento, sino porque no corresponde por la prestación de los servicios prestados, porque su naturaleza es de ayuda y porque se pretende incentivar al patrono a que estas ayudas o facilidades sean otorgadas sin que afecten o agraven sus costos laborales.

Esta aclaratoria debería ser parte de las modificaciones que se aprueben de cara a una reforma de la legislación actual pues, a la fecha, existe una norma que está vigente y que fue interpretada por nuestro máximo tribunal del trabajo en forma opuesta a lo que expresamente en ella se plantea. *No es salario aquello que expresamente se establece de naturaleza salarial.*

¿Acaso no hay una antinomia al señalarse que cuando la Ley dice que los subsidios son salario se debe interpretar que no lo son?

En nuestra opinión, si bien estamos de acuerdo con que los subsidios no deberían afectar el cálculo de los beneficios laborales de los trabajadores, no compartimos las razones o argumentos de la Sala para concluir en su carácter no salarial.

No obstante, más allá de la discusión sobre qué elementos son o no salario, es imprescindible establecer un límite en cuanto a sus efectos: sería muy útil que las consecuencias patrimoniales que se podrían derivar de una discusión sobre la naturaleza salarial de cualquiera de los conceptos otorgados al trabajador durante su relación de trabajo, se minimizara a un plano en donde podamos armonizar cualquier diferencia conceptual sobre el salario. Así, por ejemplo, se podría limitar el salario base de cálculo de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones a ciertos elementos salariales. También podrían establecerse límites máximos respecto de la cuantía del salario base a utilizar o simplemente otorgarse una cantidad determinada de salarios mínimos, unidades tributarias, etc., por cada concepto laboral que se deba otorgar a los trabajadores.

Pero independientemente de la solución que se llegare a encontrar, para que esto ocurra es imperativo que se entienda que no estamos sólo frente a un problema de definición, naturaleza o caracteres del salario, sino frente a un problema de efectos y consecuencias. Mientras no se acepte esa realidad, seguirán la diversidad de tesis y las incongruencias entre el ámbito conceptual y el práctico, pues se trata de dos situaciones distintas que se pretenden enmendar bajo una única teoría.

Pero, ¿cuál es entonces el efecto de la discrepancia existente entre el texto de la LOT y la posición reiterada de la Sala de Casación Social del TSJ?

A nuestro juicio, dejarnos en una absoluta *inseguridad jurídica*, entendiendo por ésta, la no certeza de la aplicación de las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

Y es que a pesar de que la postura asumida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia puede ser una posición justa, conveniente e incluso deseada por algunos, en nuestra opinión traspasa los límites de la seguridad jurídica. Se puede derogar, anular la norma, pero no se puede “interpretar” en un sentido absolutamente contrario a lo que literalmente señala el texto legal, mucho menos si se llegara a mantener intacto el texto del artículo 133 en una próxima reforma de la LOT.

Por ello, esperemos que en la próxima reforma se aclare la situación de los subsidios y su naturaleza. Esperemos que no se mantenga su carácter salarial en la norma y su carácter no salarial en la jurisprudencia. Esperemos que las futuras interpretaciones se mantengan en el marco de la Ley, no porque estemos o no de acuerdo con su texto, sino porque así debe ser.

CONCLUSIONES

El salario es uno de los conceptos más estudiados en el Derecho del Trabajo. Se trata, en términos muy generales, de la remuneración, provecho o ventaja concedida al trabajador con ocasión de su carácter de trabajador o en un sentido más limitado e irrestricto, de la remuneración, provecho o ventaja concedida simplemente por la prestación de sus servicios.

Muchas son las definiciones que de este concepto se pueden encontrar en la doctrina, en la jurisprudencia y en las leyes de los distintos países del mundo. En general, las tesis que rigen el salario se pueden resumir en prestacional y no prestacional, entendiéndose que por los efectos prácticos que se derivan de una u otra posición, la tesis imperante, en la mayoría de los casos, es la de tipo prestacional. Sin embargo, la tesis no prestacional tampoco deja de tener vigencia y es por eso que, a nuestro juicio, lo que rige en definitiva es una especie de “mixtura” entre ambas posturas⁸¹.

Esta mixtura hace más difícil tener plena certeza en relación con el carácter salarial o no de un concepto. Sin embargo, si observamos los casos en los que se alega la tesis no prestacional, podríamos llegar a la conclusión que efectivamente se recurre a ella cuando pareciera más justa la inclusión del concepto en el salario, por razones sociales o de índole similar.

Ahora bien, en el presente trabajo, la verdadera relevancia del alcance de la definición de salario es sólo a efectos de corroborar la naturaleza jurídica de los subsidios laborales.

⁸¹ Nótese que si revisamos la LOT, la definición de salario establecida en el artículo 133 avala más la tesis prestacional; sin embargo, existen ciertos conceptos salariales en ese mismo texto normativo que no se explican basándose únicamente en esta tesis (p.e. inclusión del bono vacacional como salario, pago salario en días de descanso, feriados, entre otros).

¿Acaso los subsidios laborales son salario? ¿Qué dice la doctrina, la Ley, la jurisprudencia patria? ¿Cuál es su naturaleza jurídica? Éstas son, principalmente, las preguntas que se mantuvieron presentes a lo largo de la investigación y que arrojaron las siguientes conclusiones:

- ✓ Los subsidios se pueden definir como una “*ayuda o auxilio extraordinario de carácter económico*”, que es otorgado por el empleador a sus trabajadores con fines benéficos, para hacer frente a una necesidad que está a cargo del trabajador y que carece de la intención retributiva propia del salario.

- ✓ En la LOT de 1990 se establecía que los subsidios pretendían la obtención de bienes y servicios **esenciales**; requisito éste eliminado en la reforma de 1997. Dicha eliminación, en nuestro criterio, no cambia sustancialmente el objeto de los subsidios; pero sí pareciera ampliar su ámbito en cuanto a la obtención de bienes y servicios no esenciales, siempre que no estén presentes los caracteres principales del salario.

- ✓ Su naturaleza esencialmente social, de ayuda, pareciera no encajar en varios de los caracteres definitorios del salario, a saber:
 - Proporcionalidad: El monto del salario es proporcional al esfuerzo, clase de trabajo y duración; el subsidio va a depender de la necesidad (total o parcial) que pretende cubrir.
 - Continuidad: El otorgamiento del salario no se interrumpe sobre la base del principio de permanencia del contrato de trabajo; el subsidio se mantendrá mientras exista la necesidad que se pretende cubrir o minimizar, dentro de los límites establecidos desde el inicio.
 - Conmutatividad: El salario se paga como retribución de la labor prestada; el subsidio no guarda estrecha relación con la

- ejecución de la labor sino más bien con la condición de trabajador.
- Disponibilidad: El salario es libremente disponible; el subsidio es concedido para hacer frente a una necesidad concreta a cargo del trabajador (no libre disponibilidad).
- ✓ Dentro de la doctrina nacional, se clasifica a los subsidios de distintas formas:
- Los subsidios incorporados al salario; los subsidios que no forman parte del salario (beneficios sociales no remunerativos, por ejemplo); otros de naturaleza no salarial; subsidios de naturaleza no salarial pero incluidos como salario convencionalmente.
 - Los subsidios en sentido amplio, destinados a mejorar la calidad de vida de los trabajadores y su familia (de carácter salarial según la LOT 1997) y los subsidios tipificados como tal expresamente (beneficios sociales no remunerativos como, por ejemplo, los establecidos en el párrafo tercero del artículo 133 de la LOT y otros similares).
 - Los subsidios legales (de carácter obligatorio) y los subsidios convencionales (otorgados por acuerdo patrono-trabajador o unilateralmente por parte del patrono).
- ✓ La naturaleza salarial o no de los subsidios dependerá de la tesis de salario acogida y de lo consagrado en la legislación y jurisprudencia de cada país. No obstante, de la revisión realizada en Derecho Comparado pudimos observar que impera la tesis prestacional del salario (y por tanto, los subsidios no son salario); aún cuando debemos aceptar que en ciertos casos (como Venezuela), esa postura es matizada por la tesis no prestacional que, en definitiva, termina explicando el carácter

salarial de ciertos conceptos no vinculados a la prestación del servicio (p.e. bono vacacional, pago feriados, etc.).

- ✓ Los efectos patrimoniales que se derivan de su inclusión o no dentro del concepto de salario se reflejan en el cálculo de los beneficios, prestaciones e indemnizaciones. Igual ocurre con cualquier elemento que pueda o no formar parte del salario. En consecuencia, sería recomendable revisar la forma de cálculo de los conceptos laborales a fin de minimizar los problemas prácticos que se derivan de las diferencias interpretativas que de tiempo en tiempo sufren los distintos conceptos otorgados a los trabajadores.
- ✓ A partir de la Reforma de la LOT de 1997, los subsidios otorgados a los trabajadores para que éstos obtengan bienes y servicios a fin de mejorar su calidad de vida, son expresamente considerados parte del salario.

Esta “salarización” de los subsidios fue parte de la negociación tripartita que concluyó en dicha Reforma de la LOT y que logró eliminar el carácter retroactivo de las prestaciones, a cambio precisamente de la salarización de las percepciones del trabajador, sin mayores consideraciones sobre su naturaleza. Bajo un contexto en el que los complementos no salariales podían triplicar el salario del trabajador, era hasta entendible tal decisión (se buscó una solución a un problema coyuntural, no definitivo); sin embargo, la verdadera naturaleza de los subsidios apunta en otro sentido.

- ✓ Después de establecerse el carácter salarial de los subsidios en la Reforma de la LOT de 1997, nuestro máximo Tribunal ha dictaminado en reiteradas ocasiones su naturaleza no salarial, desaplicando lo

dispuesto en ese sentido en la Ley. Los argumentos dados por la Sala de Casación Social para sostener lo contrario a lo establecido en la Ley se resumen en que el párrafo primero del artículo 133 de la LOT vigente contiene una antinomia con el encabezado de ese mismo artículo y que, por tanto, debe interpretarse que los subsidios no deben considerarse salario.

En este sentido, reiteramos, lo más sensato hubiese sido aceptar que las modificaciones realizadas en cuanto al pretendido carácter salarial de los subsidios a partir de la Reforma de la LOT de 1997, obedecieron a un contexto histórico que ameritaba tal salarización pero que, superada esa problemática, era tiempo de regresar a la esencia, a la naturaleza de este concepto.

Así, compartimos el carácter no salarial de los subsidios pero no las razones o argumentos explanados por la Sala de manera reiterada. Estamos de acuerdo incluso con que el Juez haya contrariado la letra expresa de la norma, pero no la forma o justificación utilizada para hacerlo. El juez pudo haber justificado su decisión en el análisis profundo de la motivación que llevó al legislador de 1997 a salarizar los subsidios, pudiendo concluir luego que la problemática planteada en esa oportunidad, ubicaba a los subsidios de la actualidad en una situación muy distinta a la de esa época.

Como corolario de todo lo anterior, la naturaleza jurídica de los subsidios se halla en su interés social, de ayuda, socorro y no en la retribución de la labor prestada. Siendo ésta su esencia, su carácter salarial sólo se podría entender desde una óptica muy amplia del salario.

Entonces, ¿los subsidios son salario? En esencia, no deberían serlo. Sin embargo, para poder responder negativamente, en forma rotunda, requerimos que en la próxima reforma de la Ley Orgánica del Trabajo se modifique el texto del artículo 133, pues resulta difícil afirmar categóricamente que los subsidios no tienen naturaleza salarial, cuando la norma expresamente señala lo contrario.

BIBLIOGRAFÍA

Rafael Alfonzo-Guzmán: Estudio Analítico de la Ley del Trabajo de la Ley del Trabajo Venezolana. Caracas. Universidad Central del Venezuela, 1967.

_____ : “El salario: contribución para una nueva teoría legal. Observaciones al anteproyecto de la reforma de 1985”. Revista N° 69 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. Caracas, 1988.

_____ : “Los subsidios o facilidades otorgados al trabajador según la Ley Laboral Venezolana”. Revista Fundación Procuraduría General de la República. Caracas. 1998.

_____ : “Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo”. Décima Edición. Caracas, Venezuela, 1999.

Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Bahamonde: Derecho del Trabajo. 18ª Edición. Madrid. Civitas Ediciones, S.L., 2000.

Alberto Arria Salas: Análisis de la Ley de Reforma Parcial. Ley Orgánica del Trabajo. Caracas. Ceta Editora, 1997.

_____ : Ensayo sobre el Salario. Caracas. Ediciones Edime, 1950.

Víctor M. Álvarez: “El salario y los elementos que lo integran”. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Enero-Junio 1992, N° 124. Caracas, 1992.

Guillermo Cabanellas: Contrato de Trabajo. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina, 1962.

Rafael Caldera: Derecho del Trabajo. Primera Edición. Caracas, 1939.

César Augusto Carballo Mena: Aproximación crítica a la Doctrina Laboral del Tribunal Supremo de Justicia. Primera Edición. Caracas. Publicaciones UCAB, 2003.

María Alejandra Cardozo y Luis Alfredo Hernández: “Reflexiones sobre algunos temas de Derecho Individual del Trabajo y su regulación en la Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006”. Cuestiones actuales del Derecho de la Empresa en Venezuela. Colección de Estudios Jurídicos. Grau, Hernández & Mónaco Abogados. Caracas, 2007.

Alejandro Cáribas: Comentarios al Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Caracas. Paredes Editores, 1999.

Ricardo González Rincón: “Conceptuación y naturaleza del Salario”. La Reforma Laboral en América Latina. Primera Edición. Barquisimeto, Estado Lara. Tipografía y Litografía Horizonte, C.A., 1995.

Oscar Hernández Álvarez: “La regulación del salario en Venezuela”. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Análisis de sus proyectistas. Barquisimeto, Estado Lara. Tipografía y Litografía Horizonte, C.A., 1999.

_____ : “De la Remuneración”. Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo. Primera Edición Barquisimeto, Estado Lara, 1999.

Guillermo Hori Robaina: “Las prestaciones y el salario en el Derecho Mexicano del Trabajo”. Estudios sobre Derecho Laboral Homenaje a Rafael Caldera, Tomo 1. Caracas. Editorial Sucre, 1977.

Jorge Rogers Longa Sosa: Ley Orgánica del Trabajo Comentada, Volumen 1. San Cristóbal, Estado Táchira. Editorial Bermúdez, 1999.

Ministerio del Trabajo: Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial (ATSSI). Edic. del Ministerio del Trabajo. Caracas, 1997,

Rafael Mujica Rodríguez: Las Obligaciones en el Contrato de Trabajo. Tercera Edición. Caracas. Editorial La Torre, 1971.

Amauri Nascimento: “Lineamientos del concepto de Salario”. El Salario. Estudios en Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo. Ediciones Amalio F., Fernández, 1987.

Juan F. Porras Rengel y Juan D. Porras Santana: Subsidios y Planes de Ahorro. Su carácter no salarial. Su exclusión de los impuestos. Sistema Integral de cálculo. Organización Jurisprudencia del Trabajo. Caracas, 1996.

_____ : Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. Manual Práctico ampliado. Jurisprudencia 1992-2002. Tomo III. Ediciones Jurisprudencia del Trabajo. Caracas, 2002.

Claudio Ramón Rojas Wettel: Interpretación e integración de la Ley Orgánica del Trabajo. Caracas. Livrosca, C.A., 1997.

Real Academia, Diccionario de la Lengua Española. 21º Edición, España, 1992.

Carlos Sainz Muñoz: Valoración Crítica Reglamento General de la Ley Orgánica del Trabajo. Caracas. Impreso en Lito Jet, C.A., 1999.

Fernando Villasmil Briceño: Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo, Volumen 1. Segunda Edición. Caracas. Paredes Editores, 1993.

Humberto Villasmil Prieto: “La noción del Salario en la legislación laboral venezolana a propósito del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Trabajo de 1985”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 65. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1986.

Humberto Villasmil Prieto y César Carballo Mena: Tripartismo y Derecho del Trabajo. La Reforma Laboral de 1997. Caracas. Publicaciones UCAB, 1998.

Legislación Nacional

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Constitución de la República de Venezuela de 1961.

Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997.

Ley Orgánica del Trabajo de 1990.

Reformas Parciales de la Ley del Trabajo de 1945, 1947, 1966, 1974, 1975, 1983.

Ley del Trabajo de 1936.

Decreto N° 1.538 mediante el cual se crea el régimen del Bono Compensatorio (Gaceta Oficial de la República N° 33.707, de fecha 29 de abril de 1987).

Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la remuneración (1992-1993).

Reforma del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973.

Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría (1945).

Reglamento de la Ley del Trabajo de 1938.

Informe a presentar para segunda discusión del Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo (2003).

Legislación Extranjera

Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario (ratificado en Venezuela en 1981)

Ley 24700 de 1996 (Argentina)

Código del Trabajo (Chile)

Ley 21 de 1982 (Colombia)

Código Sustantivo del Trabajo. Ley 50 de 1990 (Colombia)

Ley del Estatuto de los Trabajadores (España)

Ley Federal de Trabajo (México).

Código de Trabajo Rural de 1962 (Portugal)

Código del Trabajo de 2003 (Portugal)

Páginas Web

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/complementos-salariales/complementos-salariales.htm>