

**ZAIBERT & ASOCIADOS
ABOGADOS**

Avenida San Juan Bosco con Av. Francisco de Miranda, Edificio Seguros Adriática, PH-3,
Urbanización Altamira, 1060-A, Caracas, Venezuela.

Teléfonos: (58-212) 2633227/2631337

escritorio@zaibertlegal.com

www.zaibertlegal.com

BOLETÍN INFORMATIVO*

**Reforma de la LEY ORGANICA DEL TRABAJO
ahora LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS
TRABAJADORAS**

PRIMER BOLETIN

En Gaceta Oficial Extraordinaria número 6.076, de fecha 7 de mayo de 2012, fue publicada la reforma que fuere inicialmente dictada en fecha 30 de Abril de 2012 fue por el Ejecutivo Nacional sobre la modificación integral de. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, (LOTTT).

Se trata de un texto extenso y del que se desconocen sus discusiones previas, lo que dificulta su interpretación, amén de la reiteración del lenguaje imperante que destaca las distinciones de género masculino y femenino, la reducción de las referencias al término empresa y su sustitución por entidad de trabajo, la exaltación de los valores socialistas, entre otros.

Hemos preferido en esta ocasión presentar algunos cambios, los más significativos de esta nueva legislación agrupándolos por temas, lo que hacemos a continuación:

Tercerización

El artículo 47 de la LOTTT define a la tercerización como “la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”. Destacan dentro de los supuestos de tercerización: i) la contratación de “servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma”; ii) “La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante”; iii) las estructuras “creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras”; y, iv) “los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil”.

Bajo la denominación de “tercerización” se engloban dos situaciones distintas: i) el fraude destinado a burlar los derechos laborales de los trabajadores; y, ii) la subcontratación por parte del patrono de servicios o actividades permanentes esenciales a su actividad fundamental.

El primer aspecto, relativo al fraude, más allá de su nueva y, a nuestro modo de ver, equivocada denominación, no constituye novedad alguna en nuestro ordenamiento pues ya está regulado en la propia Constitución de 1999 y es abundante la jurisprudencia sobre la materia. El segundo aspecto sí constituye una modificación sustancial, pues obliga a los patronos a incorporar en su nómina a todo el personal subcontratado para sus actividades esenciales o fundamentales.

Es importante destacar que la nueva regulación no excluye la tradicional figura del contratista independiente, el cual mantiene su definición como “las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios, y con trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia”.

De la interpretación articulada de la prohibición de “tercerización” en su modalidad de subcontratación de personal esencial o fundamental para la actividad productiva de la empresa y la coexistencia de la figura del contratista en los términos definidos por la propia Ley, se puede concluir que se puede subcontratar servicios o actividades, siempre y cuando éstas no pertenezcan al núcleo central o sean parte de la esencia de la actividad de la empresa. Naturalmente siempre habrá espacio para las interpretaciones sobre qué personal es esencial a la actividad de la empresa y cuál no. En cualquier caso, dado el carácter abiertamente sancionatorio de esta nueva legislación, se sugiere la mayor prudencia por parte de los patronos al momento de hacer sus evaluaciones.

La Disposición Transitoria Primera, establece un lapso relativamente largo para la incorporación a la nómina de los trabajadores subcontratados, señalando que “En un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de ésta Ley, los patronos y patronas incursos en la norma que prohíbe la tercerización, se ajustarán a ella, y se incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal los trabajadores y trabajadoras tercerizados”. Esta primera parte de la norma sugiere que se dispone de tres (3) años para que se desarrolle esta incorporación, lo cual aparenta una entrada en vigencia progresiva de la regulación.

Sin embargo, luego de un punto y seguido, esta Disposición Transitoria establece que “Durante dicho lapso y hasta tanto sean incorporados efectivamente a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal, los trabajadores y trabajadoras objeto de tercerización gozarán de inamovilidad laboral, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores y trabajadoras contratados directamente por el patrono o patrona beneficiario de sus servicios”.

La segunda parte de la disposición transitoria reconoce inamovilidad al personal que se encuentre bajo esta categoría, sin que quede claro quién debe esa inamovilidad, esto es, si la empresa beneficiaria del servicio o su patrono inmediato. Pero lo que más llama la atención es que hay una homologación inmediata en los beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario de sus servicios. Esta segunda parte de la Disposición Transitoria es consecuente con el único aparte del artículo 48 que establece que “los patronos o patronas cumplirán con los

trabajadores y trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo”.

Esta regulación es de la mayor trascendencia pues el patrono debe inmediatamente homologar a los trabajadores “tercerizados” con los suyos propios, sin distinguirse si lo es respecto a todos los trabajadores o los de igual o semejante condición. Por otra parte, si tales trabajadores “tercerizados” deben ser tratados como los trabajadores propios, la existencia de una empresa subcontratada para que administre dicho personal, luce como un gasto adicional e injustificado que lo que hace es encarecer el servicio y recomienda su pronta eliminación.

Finalmente, el artículo 535 de la LOTTT establece dentro de sus sanciones que “El patrono incurso o patrona incurso en hechos o actos de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral, se le impondrá una multa no menor del equivalente de ciento veinte unidades tributarias, ni mayor del equivalente a trescientas sesenta unidades tributarias”. En caso de omitirse el pago de la multa, el artículo 546 establece que “En caso de no poder hacerse efectivas las penas de multas establecidas en este Título, los infractores o infractoras sufrirán la de arresto, entre diez y noventa días. El Inspector o Inspectora del Trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente”.

El procedimiento sancionatorio se seguirá tramitando ante las Inspectorías del Trabajo, comenzando con un acta levantada por el funcionario en la que se establecen las supuestas infracciones en las que hubiere incurrido el patrono, al que se lo trata a partir de ese momento como “presunto infractor”. Concluido el proceso se dicta un acto en el que el mismo funcionario ratifica o revoca su propuesta de sanción y, en el segundo caso, fija lapso para el pago de la multa. La Ley sólo reconoce recursos administrativos de apelación, en caso de emanar de un funcionario delegado de la Inspectoría, ante el propio Inspector del Trabajo; y, en caso de emanar de este último, ante el Ministerio del Trabajo.

Destaca que no se oirá el recurso hasta que no se pague la multa o se afiance su pago así como la falta de previsión sobre recursos en sede judicial. Ambas situaciones se encuentran claramente de espaldas a la evolución jurisprudencial de la propia Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia, que ha establecido que no se puede sujetar la recurribilidad de un acto administrativo a su pago y que ha establecido la posibilidad de revisar en sede judicial de los actos de la administración.

Prestaciones Sociales

La nueva normativa establece un sistema mixto y retroactivo para el cálculo de las prestaciones sociales. El régimen vigente en Venezuela hasta 1997, establecía que las prestaciones sociales se calculaban con base en el último salario multiplicado por los años de servicio. El sistema a partir de 1997, estableció el pago de cinco (5) días de salario integral por cada mes de servicio a partir del cuarto mes de relación laboral, bien en la contabilidad de la empresa o en un fideicomiso abierto al efecto. En ambos casos esos depósitos devengaban altas tasas de interés.

La nueva regulación establece que las prestaciones se generen desde el inicio de la relación laboral. Se calcularán a razón de un (1) mes de salario “integral” (art. 122 encabezado) o el

promedio de los últimos seis (6) meses en caso de ser “variable” (art. 122 único aparte) por cada año o porción mayor a seis (6) meses de relación. Sin embargo, trimestralmente, el patrono depositará en “garantía” de pago de las prestaciones sociales, el equivalente a quince (15) días de salario. Ese depósito podrá hacerlo mediante apartado en su contabilidad, en el fideicomiso ya existente del trabajador o en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales a constituirse, todo ello a elección del trabajador. Adicionalmente, a partir del primer año de relación, se depositarán dos (2) días adicionales de salario por cada año hasta un máximo de treinta (30) (art. 142.b). Al finalizar la relación se sacará la cuenta de lo depositado en “garantía” y de lo que le correspondería al trabajador según la fórmula de pago retroactiva establecida y se le pagará al trabajador la mayor de ambas sumas, esto es, la que más lo beneficie. En caso de relaciones menores a seis (6) meses, la prestación será cinco (5) días de salario por cada mes o fracción trabajada (art. 142.e).

De acuerdo al quinto aparte del artículo 143, el patrono deberá informar semestralmente al trabajador, en forma detallada, el monto que fue depositado o acreditado por concepto de garantía de las prestaciones sociales.

El cálculo de las prestaciones sociales debe remontarse retroactivamente al 19 de junio de 1997, por mandato de la Disposición Transitoria Segunda 2, entendiéndose que lo que se le hubiere pagado al trabajador en aquella oportunidad se compute como abono o anticipo a cuenta de las prestaciones.

En lo inmediato se sugiere hacer una auditoría laboral para determinar: i) la madurez de nómina, esto es, cuántos trabajadores permanecen prestando servicios desde antes del 19 de junio de 1997. A estos trabajadores hay que calcularles cuánto se les pagó por la transición del cambio de Ley, cuánto se les ha pagado hasta la presente fecha, y cuánto les correspondería el día de hoy por efecto de la retroactividad de esta nueva normativa; ii) Respecto a los trabajadores que ingresaron después de 1997, calcular cuánto se les ha pagado hasta la presente fecha por prestación de antigüedad, y cuánto les correspondería el día de hoy por efecto de la retroactividad de esta nueva normativa; y, iii) Respecto a los trabajadores que tienen menos de tres (3) meses en la empresa, calcularles las prestaciones acumuladas desde el primer mes de relación laboral conforme al punto 4 de la Disposición Transitoria en referencia.

Las prestaciones sociales se deberán pagar dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación de la relación laboral, conforme al artículo 142.f. De no pagarse en esa oportunidad, comienzan a generar intereses a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país (art. 128). Se establece en diez (10) años el lapso de prescripción para reclamar las prestaciones sociales, según el artículo 51. Obsérvese que durante todo este tiempo estarán generando intereses. Por ello, se recomienda que siempre que termine una relación laboral, si el trabajador se negare a recibir el pago por concepto de prestaciones, se proceda a la consignación de dicho monto ante un Juez laboral.

Conforme al artículo 92, si la relación concluye por causas ajenas al trabajador o por despido injustificado o cuando el trabajador renuncie a iniciar el procedimiento de reenganche, se le deberá una compensación equivalente al doble del monto que le correspondiere por prestaciones sociales. Este es el “doblete” que ha trascendido en los medios de comunicación. Si ya se hubiere iniciado el procedimiento de reenganche, éste

terminará si además de dicho pago doble, se pagaren los salarios caídos hasta la fecha, según el único aparte del artículo 93.

Se mantienen similares los anticipos de prestaciones sociales, tanto por causas como en montos máximos de un setenta y cinco por ciento (75%). Dependiendo de la ubicación de las mismas (contabilidad de la empresa, fideicomiso bancario o Fondo Nacional de Prestaciones Sociales), las cantidades acumuladas funcionarán como aval para préstamos hasta del cien por ciento (100%). (art. 144).

Según el artículo 145, en caso de fallecimiento del trabajador, se establece un derecho concurrente para recibir las prestaciones por efecto hereditario entre los hijos, el cónyuge o concubino sobreviviente, los padres y los nietos huérfanos. Constituye esta redacción una derogación parcial del Código civil en lo que respecta al orden de suceder, pues no hay preferencias prelativas ni pareciera que se reconoce comunidad de gananciales sobre tales prestaciones sociales. Particular atención merece el último aparte de la disposición según la cual, el patrono quedará exento de toda responsabilidad mediante el pago de las prestaciones sociales del trabajador fallecido a los parientes que la hubieren reclamado dentro de los tres meses siguientes a su fallecimiento.

Por ello, se recomienda que en caso de fallecimiento de trabajadores, se aguarde al vencimiento de los tres (3) meses y que, vencido dicho plazo, se distribuyan las prestaciones entre quienes hubieren aparecido a solicitarlas y tuvieren derecho concurrentes a ellas.

Salario

La definición, contenido, tipos, cálculo de salario ha sido materia de amplia discusión, confusión y debate en la doctrina y jurisprudencia venezolana. Esta nueva normativa trae regulaciones que, a primera vista, van contra ciertas tendencias jurisprudenciales actuales. En apariencia siguen manteniéndose los conceptos de salario “integral”, “normal” y “variable”.

Aparece como norma rectora en la definición del salario el artículo 104, según el cual:

Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en moneda de curso legal, que corresponda al trabajador o trabajadora 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 extraordinarias o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.

Los subsidios o facilidades que el patrono o patrona otorgue al trabajador o trabajadora, con el propósito de que éste o ésta obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial.

Como aparece claro de la redacción, prácticamente todo beneficio económico que perciba el trabajador del patrono será considerado salario. La norma no lo indica pero pareciera que a esta categoría deberá amoldarse la calificación de integral y a éste se ha de acudir para el cálculo de las prestaciones sociales. Como se vio antes, conforme al artículo 122, a los efectos de las prestaciones sociales, el salario se calculará “de manera que integre todos los conceptos salariales percibidos por el trabajador”. Los conceptos salariales, en apariencia, son los que aparecen en el encabezado y primer aparte del artículo 104 ya citado.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Social le había negado carácter salarial a los subsidios y entendía como salario integral el salario o remuneración normal más las incidencias mensuales que la prestación de utilidades y de vacaciones tenían sobre el mismo. Ahora la definición de salario “integral”, en apariencia, se ha ampliado enormemente y obliga a revisar los beneficios económicos que se le han reconocido a los trabajadores a los efectos de su cálculo de prestaciones sociales, muy especialmente a los efectos del cálculo retroactivo que ha de hacerse, tal como se advirtió previamente. La anterior apreciación se confirma con la lectura del segundo aparte del artículo 122, según el cual, el salario a que se refiere el presente artículo, además de los beneficios devengados, incluye la alícuota de lo que le corresponde percibir por bono vacacional y por utilidades.

El propio artículo 104, en su segundo aparte, se encarga de regular el salario “normal” y, al efecto, establece:

A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador o trabajadora 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 prestaciones sociales y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo conforman producirá efectos sobre si mismo.

Esta definición en realidad no aporta ninguna novedad, se remite a la remuneración ordinaria que percibe el trabajador. Al igual que en el sistema que se deroga, el salario normal es el que sirve de base para el cálculo de los conceptos asociados a las vacaciones (art. 121 encabezado).

En el sistema derogado, cuando el trabajador percibía una parte fija y una variable, se entendía que su salario era variable. Ello comportaba enormes dificultades pues era preciso que se le adicionaran a su salario la incidencia de la remuneración variable sobre los sábados, domingos y feriados no trabajados, así como el modo de cálculo del salario promedio a los efectos de las distintas prestaciones derivadas de la relación de trabajo.

En la nueva Ley, la única referencia que aparece al salario variable se encuentra en el único aparte del artículo 122, que tangencialmente lo nombra al referirse al modo de cálculo de las prestaciones sociales en caso de “salario por unidad de obra, por pieza, a destajo, a comisión o de cualquier otra modalidad de salario variable”. En este supuesto, “la base para el cálculo será el promedio del salario devengado durante los seis meses inmediatamente anteriores, calculado de manera que integre todos los conceptos salariales percibidos por el trabajador o trabajadora”.

Por tanto, aunque sin regulación expresa, se mantiene la modalidad de salario variable y, muy probablemente, su definición, alcance y aplicación se mantendrá conforme a su actual desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

Según el artículo 105 de la Ley, los siguientes beneficios no tienen carácter remunerativo y, en consecuencia, no tendrán carácter salarial: 1. Los servicios de los centros de educación inicial; 2. El cumplimiento del beneficio de alimentación para los trabajadores y las trabajadoras a través de servicios de comedores, cupones, dinero, tarjetas electrónicas de alimentación y demás modalidades previstas por la ley que regula la material; 3. Los

reintegros de gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos; 4. Las provisiones de ropa de trabajo; 5. Las provisiones de útiles escolares y de juguetes; 6. El otorgamiento de becas o pago de cursos de capacitación, formación o de especialización; 7. 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.

Muy importante es que, conforme al artículo 106, el patrono otorgará un “recibo de pago” a los trabajadores, cada vez que pague las remuneraciones y beneficios indicando el monto del salario y, detalladamente, lo correspondiente a comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, bonificación de fin de año, sobresueldos, bono vacacional, recargos por días feriados, horas extraordinarias, trabajo nocturno y demás conceptos salariales, así como las deducciones correspondientes.

El incumplimiento de esta obligación hará presumir, salvo prueba en contrario el salario alegado por el trabajador o trabajadora sin menoscabo de las sanciones establecidas en esta Ley.

En realidad, quien debe dar un “recibo de pago” es el trabajador al patrono en prueba de habersele entregado las sumas de dinero por los conceptos a los que éstas corresponden. La Ley en este sentido le impone al patrono que le especifique al trabajador lo que le paga y, aunque no lo expresa claramente, el patrono tiene derecho y es de su mayor interés que el trabajador le firme ese recibo de pago pues, de lo contrario, se expone a que en juicio no tenga como probar el salario efectivamente pagado y se tenga como tal el alegado por el trabajador.

Se mantienen iguales la clasificación de salario por unidad de tiempo, por obra determinada, por tarea, a destajo, a comisión, con propinas, así como las incidencias sobre el bono nocturno.

En su artículo 152, se establece una vez más que el salario, las prestaciones sociales y demás beneficios son inembargables, salvo para cubrir obligaciones alimentarias. Sin embargo, ya la Sala Constitucional ha establecido reiteradamente que ese no es un principio absoluto y que debe atenuarse en cada caso, ponderando el derecho a la dignidad del trabajador con la posibilidad de satisfacer su crédito por parte del acreedor.

Jornada de trabajo

Según dispone el artículo 167 de LOTTT, se entiende por jornada de trabajo, “el tiempo durante el cual el trabajador o la trabajadora está a disposición para cumplir con las responsabilidades y tareas a su cargo, en el proceso social de trabajo”.

Durante la jornada se establecen las horas de descanso y alimentación a tenor del artículo 168, en la que los trabajados suspenden sus labores y pueden salir del lugar donde prestan sus servicios. Se establece que el tiempo de descanso y alimentación será por lo menos una hora diaria, sin que puedan trabajarse más de cinco horas continuas.

Contempla igualmente la ley el tiempo de descanso y alimentación imputable a la jornada en su artículo 169, lo que ocurre cuando el trabajador no pueda ausentarse del lugar donde efectúa servicios durante las horas de descanso y alimentación, por requerirse su presencia en el sitio de trabajo para atender órdenes del patrono o patrona, por emergencias, o porque labora en jornadas rotativas, la duración del tiempo de descanso y alimentación será

imputado como tiempo de trabajo efectivo a su jornada normal de trabajo, y no podrá ser inferior a treinta minutos.

Otro de los aspectos más importantes es el límite de la jornada de trabajo contemplado en el artículo 173 que refiere que no excederá de cinco días a la semana y el trabajador tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor.

La jornada de trabajo se realizará dentro de los siguientes límites:

1. La jornada **diurna**, comprendida entre las 5:00 a.m. y las 7:00 p.m., no podrá exceder de ocho (8) horas diarias ni de cuarenta (40) horas semanales.
2. La jornada **nocturna**, comprendida entre las 7:00 p.m. y las 5:00 a.m. no podrá exceder de siete (7) horas diarias ni de treinta y cinco (35) horas semanales. Toda prolongación de la jornada nocturna en horario diurno se considerará como hora nocturna.
3. Cuando la jornada comprenda períodos de trabajos diurnos y nocturnos se considera jornada **mixta** y no podrá exceder de las siete (7 ½) horas y media diarias ni de treinta y siete (37 ½) horas y media semanales. Cuando la jornada mixta tenga un período nocturno mayor de cuatro (4) horas se considerará jornada nocturna en su totalidad.

Las jornadas no podrán exceder de cinco (5) horas continuas sin descanso.

Se contempla la progresiva disminución de la jornada de trabajo en el artículo 174.

Se fijan horarios especiales o convenidos según el artículo 175 donde se establece que no estarán sometidos a los límites establecidos para la jornada diaria o semanal de trabajo:

1. Los trabajadores o trabajadoras de dirección.
2. Los trabajadores o trabajadoras de inspección o de vigilancia cuando su labor no requiera de un esfuerzo continuo.
3. Los trabajadores o trabajadoras que desempeñan labores que requieran la sola presencia, o con labores discontinuas o intermitentes que implican largos períodos de inacción durante el cual el trabajador o trabajadora no despliega actividad material, ni atención sostenida pero debe permanecer en su puesto de trabajo para responder a llamadas eventuales.
4. Los horarios establecidos por convención colectiva entre patronos o patronas y los trabajadores o trabajadoras.

En estos casos los horarios podrán excederse de los límites establecidos para la jornada diaria ó semanal, con la condición de que la jornada diaria no exceda de once (11) horas diarias de trabajo y que el total de horas trabajadas en un período de ocho (8) semanas no exceda en promedio de cuarenta (40) horas por semana y que el trabajador disfrute de dos (2) días de descanso continuos y remunerados cada semana.

Cuando se trata de empresas que tengan horarios en trabajos continuos el artículo 176 establece que cuando el trabajo sea continuo y se efectúe por turnos, su duración podrá exceder de los límites diarios y semanales siempre que el total de horas trabajadas por cada trabajador en un período de ocho (8) semanas, no exceda en promedio el límite de cuarenta y dos (42) horas semanales.

Las semanas que contemplen seis (6) días de trabajo deberán ser compensadas con un día (1) adicional de disfrute en el período vacacional correspondiente a ese año, con pago de salario y sin incidencia en el bono vacacional.

Se establece que el Ejecutivo Nacional podrá, fijar una jornada menor para aquellos trabajos que requieran un esfuerzo excesivo o se realicen en condiciones de riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores y trabajadoras.

La Disposición Transitoria Tercera prevé una *vacatio legis* en relación a este punto contemplando que “1. La jornada de trabajo establecida en la Ley entrará en vigencia al año de su promulgación. Durante este lapso las entidades de trabajo organizarán sus horarios con participación de los trabajadores y las trabajadoras, y consignarán los horarios de trabajo en las Inspectorías del Trabajo de su jurisdicción, a los efectos legales correspondientes. 2. El salario de los trabajadores y las trabajadoras no podrá ser reducido en forma alguna como consecuencia de la reducción de la jornada de trabajo establecida en esta Ley”.

Feriatos

Se crean cuatro (4) días feriados adicionales en el artículo 184: el lunes y martes de carnaval y el 24 y 31 de diciembre.

Horas Extraordinarias

Otro punto importante sobre las horas extraordinarias trabajadas es el contemplado en el artículo 182 contenido del supuesto en que se deban laborar horas extraordinarias: En este sentido el patrono debe seguir los siguientes pasos:

- 1) Requerir previamente permiso de la Inspectoría del Trabajo a través de una solicitud para trabajar horas extraordinarias;
- 2) El Inspector o Inspectora del Trabajo podrá hacer cualquier investigación para conceder o negar el permiso;
- 3) El Inspector o Inspectora del Trabajo comunicará su decisión al patrono dentro del lapso de cuarenta y ocho horas siguientes al recibo de la solicitud.
- 4) En caso imperativo o de urgencia debidamente comprobado, se podrá trabajar horas extraordinarias, sin previo permiso del Inspector o Inspectora del Trabajo, a condición de que se lo notifique al día hábil siguiente y de que se comprueben las causas que lo motivaron.
- 5) En caso de laborarse las horas extraordinarias sin la autorización del Inspector del Trabajo, deberán pagarse con el doble del recargo previsto en la presente Ley, sin perjuicio de las sanciones que resulten aplicables.

Esta penalización sobre el pago del doble del recargo encarece este aspecto, lo que resulta novedoso en este ordenamiento legal.

Sobre el registro o libro de registro de horas extraordinarias se contempla en el artículo 183 que todo patrono llevará un registro donde anotará las horas extraordinarias utilizadas en la entidad de trabajo; los trabajos efectuados en esas horas; los trabajadores que las realizaron; y la remuneración especial que haya pagado a cada trabajador

En caso de no existir dicho registro o de no llevarse de conformidad con lo establecido en esta Ley, sus reglamentos y resoluciones, se presumen ciertos, hasta prueba en contrario, los alegatos de los trabajadores sobre la prestación de sus servicios en horas extraordinarias, así como sobre la remuneración y beneficios sociales percibidos por ello.

Esta presunción se adiciona en el articulado.

Vacaciones

Se contempla un capítulo de las vacaciones, bono vacacional y disfrute de las mismas.

En el artículo 189 se expresa que los patronos facilitarán en lo posible, que dentro del tiempo de vacaciones el trabajador pueda utilizar el tiempo libre. Se pueden igualmente realizar acuerdos con las organizaciones sindicales, los consejos de trabajadores, consejos comunales y cualquier otra institución, que tenga como finalidad facilitar una mejor calidad de vida a los trabajadores.

Se establece que cuando el trabajador cumpla un (1) año de trabajo ininterrumpido para un patrono, disfrutará de un período de vacaciones remuneradas de quince (15) días hábiles. Los años sucesivos tendrá derecho además a un día adicional remunerado por cada año de servicio, hasta un máximo de quince días hábiles. Es decir hasta llegar a 30 días hábiles.

Las vacaciones que se interrumpan por hechos no imputables al trabajador, se reactivarán al cesar esas circunstancias.

Durante el periodo de vacaciones el trabajador tendrá derecho a percibir el beneficio de alimentación.

Durante el periodo de vacaciones no podrá intentarse ni iniciarse algún procedimiento para despido, traslado o desmejora contra el trabajador o la trabajadora.

El servicio de un trabajador no se considerará interrumpido por sus vacaciones anuales, a los fines del pago de cotizaciones, contribuciones a la Seguridad Social o cualquiera otra análoga pagadera en su interés mientras preste sus servicios.

En caso de vacaciones colectivas, si el patrono otorgare las mismas a su personal mediante la suspensión de actividades durante cierto número de días al año, a cada trabajador se imputarán esos días a lo que le corresponda por concepto de sus vacaciones anuales.

Si el trabajador o la trabajadora para el momento de las vacaciones colectivas no hubiere cumplido el tiempo suficiente para tener derecho a vacaciones anuales, los días correspondientes a las vacaciones colectivas serán para él de descanso remunerado y en cuanto excedieren el lapso vacacional que le correspondería se le imputarán a sus vacaciones futuras.

Cuando se trate de entidades de trabajo que, por las características del servicio que prestan o la naturaleza de sus actividades, deban permanecer abiertas y en funcionamiento durante todo el año, los trabajadores y los patronos podrán convenir un régimen de vacaciones colectivas escalonadas.

Bono Vacacional y Disfrute de vacaciones

Sobre el bono vacacional observamos algunos cambios importantes:

Establece el artículo 192 que los patronos pagarán al trabajador en la oportunidad de sus vacaciones, además del salario correspondiente, una bonificación especial para su disfrute equivalente a un mínimo de quince (15) días de salario normal más un día (1) por cada año de servicios hasta un total de treinta (30) días de salario normal. Este bono vacacional tiene carácter salarial.

Adicionalmente se prevé que si el trabajador recibe de su patrono comida o alojamiento o ambas cosas a la vez como parte de su remuneración ordinaria, tendrá derecho durante su vacación anual a continuar recibéndolas o su valor en lugar de éstas, el cual será fijado por acuerdo entre las partes y, en caso de desacuerdo, será fijado por el Inspector del Trabajo, tomando en cuenta el costo de vida, el monto del salario y demás factores concurrentes.

En cuanto a la oportunidad del pago establece que el mismo deberá efectuarse al inicio de las vacaciones y que cuando haya de pagarse además la alimentación o alojamiento, o ambas cosas, su pago se hará también al comienzo de las mismas.

En el supuesto de vacaciones no disfrutadas, se contempla que si se termina la relación de trabajo sin que el trabajador haya disfrutado de las vacaciones a que tiene derecho, el patrono deberá pagarle la remuneración correspondiente calculada al salario normal devengado a la fecha de la terminación de la relación laboral.

En cuanto al pago de las vacaciones fraccionadas, si la relación laboral termina antes de cumplirse el año de servicio, ya sea que la terminación ocurra durante el primer año o en los siguientes, el trabajador tendrá derecho a que se le pague el equivalente a la remuneración que se hubiera causado en relación a las vacaciones anuales y el bono vacacional, en proporción a los meses completos de servicio durante ese año, como pago fraccionado de las vacaciones que le hubieran correspondido.

Se establece la obligatoriedad del disfrute efectivo de vacaciones en el artículo 197, que contempla que el trabajador deberá disfrutar las vacaciones de manera efectiva y obligatoria, esta misma obligación existe para el patrono de concederlas.

Se agrega que en caso de ser necesaria la suspensión de las vacaciones, la misma debe ser autorizada por el Inspector o Inspectora del Trabajo, previa verificación del cumplimiento de los hechos que la motivan.

Mientras exista la relación de trabajo, el convenio mediante el cual el patrono paga la remuneración de las mismas, sin conceder el tiempo necesario para que el trabajador o la trabajadora las disfrute, lo obliga a concederlas con su respectiva remuneración, sin que pueda alegar en su favor el hecho de haber cumplido anteriormente con el requisito del pago.

En este caso tendrá que volverlas a pagar cuando el trabajador las disfrute realmente.

El disfrute de las vacaciones anuales remuneradas del trabajador que preste servicios a dos o más patronos y patronas, deberá concederse al cumplir el año de servicio ininterrumpido con el de la relación más antigua. Los demás patronos deberán otorgarle el descanso y pagarlo con el salario equivalente y proporcional a los meses completos que tuviese al servicio de cada uno de ellos. En este caso no se computarán dichas fracciones para la concesión de las vacaciones siguientes.

En cuanto a la acumulación de períodos vacacionales, el goce de una vacación anual podrá posponerse a solicitud del trabajador para permitir la acumulación hasta de dos períodos, cuando la finalidad de dicha acumulación sea conveniente para el solicitante.

También podrá postergarse o adelantarse el período de disfrute de vacaciones a los fines de hacerlos coincidir con las vacaciones escolares. En caso que el trabajador no presente dicha solicitud, el patrono deberá garantizar el disfrute efectivo del período de vacaciones remuneradas.

Según dispone el artículo 200, la época en que el trabajador deba tomar sus vacaciones anuales será fijada por convenio entre el trabajador y el patrono o la patrona. Si no llegasen a un acuerdo, el Inspector o Inspectora del Trabajo hará la fijación. Las vacaciones anuales no podrán posponerse más allá de tres meses a partir de la fecha en que nació el derecho, salvo el caso de acumulación y postergación familiar prevista en el artículo anterior.

Se prevé que en las vacaciones no podrá comprenderse el término en que el trabajador o la trabajadora estén incapacitados o incapacitadas para el trabajo o cualquier otra causa no imputable al trabajador.

En cuanto a la inasistencia en el disfrute de vacaciones contempla el artículo 202 que no se considerará como interrupción de la continuidad del servicio del trabajador para el disfrute del derecho a las vacaciones remuneradas, su inasistencia al trabajo por causa justificada.

Los períodos de inasistencia al trabajo sin causa justificada, en cuanto totalicen siete o más días al año, podrán imputarse al período de vacaciones anual a que tiene derecho el trabajador, siempre que el patrono o la patrona le hubiere pagado el salario correspondiente a los días de inasistencia.

Se considerará como causa justificada de inasistencia al trabajo, para los efectos de este artículo, la ausencia autorizada por el patrono, la ausencia debido a enfermedad o accidente o a otras causas debidamente comprobadas.

Se mantiene la obligación del registro de de vacaciones por el patrono.

Utilidades

El sistema de participación de los trabajadores en los beneficios económicos de la empresa presenta algunas modificaciones, en cuantía y en medios para hacerla efectiva. Se mantiene en un quince por ciento (15%) de los beneficios líquidos en el ejercicio anual la participación de los trabajadores, pero se establece en un mínimo de treinta (30) días esta prestación, duplicándose de esta forma el régimen actual (art. 131). Se entenderá por beneficios líquidos, la suma de los enriquecimientos netos gravables y de los exonerados conforme a la Ley de Impuesto Sobre la Renta.

Se establece que dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre se pagará a cada trabajador una suma de al menos treinta (30) días de salario como abono o anticipo de lo que al final le corresponda por su participación en las utilidades o beneficios de la empresa, en caso que sea una empresa con fines de lucro. Si lego resultare ser el monto mayor a distribuir, se pagará la diferencia, si resultare igual o menor, se considera extinguida la obligación (art. 132).

La ley incorpora una fórmula para la determinación de esta prestación. Al efecto señala que “Para la determinación del monto distribible por concepto de participación en los

beneficios o utilidades de los trabajadores y las trabajadoras se tomará como base la declaración que hubiere presentado la entidad de trabajo ante la Administración del Impuesto Sobre la Renta. Cuando el monto de los beneficios resulte mayor de lo declarado, la entidad de trabajo estará obligada a efectuar una distribución adicional dentro del mes siguiente a la fecha en que se determine”. En caso de existir grupo económico, el artículo 134 aclara que se determinará la utilidad del grupo

Por su parte, el artículo 136 señala el método de cálculo respecto a cada trabajador: “Para determinar la participación que corresponda a cada uno de los trabajadores y las trabajadoras, se dividirá el total de los beneficios repartibles entre el total de los salarios devengados por todos los trabajadores y todas las trabajadoras durante el respectivo ejercicio. La participación correspondiente a cada trabajador o trabajadora será la resultante de multiplicar el cociente obtenido por el monto de los salarios devengados por él o ella, durante el respectivo ejercicio anual”.

El artículo 135 señala que no se podrá imputar al ejercicio anual las pérdidas acumuladas del negocio, esto es, los trabajadores participan año por año en las ganancias y no se perjudican de las pérdidas de años anteriores.

Si resultare alguna diferencia a favor de los trabajadores conforme a lo cálculos de los beneficios líquidos de la empresa y lo ya pagado, conforme al artículo 137, deberá pagarse dentro de los dos (2) meses siguientes al cierre del ejercicio económico. En realidad debería computarse dentro de los dos meses siguientes al tiempo en que debe presentar su declaración de Impuesto Sobre la Renta, que es cuando en la empresa tiene conocimiento del resultado del ejercicio económico anterior y, a su vez, esa declaración es la que va a servir de base de cálculo. En su caso, la mayoría absoluta de trabajadores, o el sindicato, o la Inspectoría del Trabajo podrán solicitar a la Administración Tributaria que audite la declaración de impuesto sobre la renta a fin de verificar los balances e inventarios de uno o más ejercicios anuales. La administración deberá responder en un lapso de seis (6) meses con copia a todos los interesados (art. 138).

Todo esto, no obsta a que se pacten otras formas de participación de los trabajadores en los beneficios líquidos de la empresa, de manera que si lo acordado entre las partes superare los beneficios legales, se les dará preferencia a éstos.

Consejo de trabajadores

Se crea en el artículo 497 de LOTTT el Consejo de los Trabajadores, definido como expresiones del Poder Popular para la participación protagónica en el proceso social de trabajo.

Tiene por finalidad producir bienes y servicios que satisfagan las necesidades del pueblo.

Las formas de participación de los trabajadores en la gestión, así como la organización y funcionamiento de los consejos de trabajadores, se establecerán en leyes especiales.

Estos consejos de trabajadores y las organizaciones sindicales, desarrollarán iniciativas de apoyo, coordinación, complementación y solidaridad en el proceso social de trabajo, dirigidas a fortalecer su conciencia y unidad.

Los consejos de trabajadores tendrán atribuciones propias, distintas a las de las organizaciones sindicales contenidas en esta Ley.

Prescripción

Se regula la prescripción en el artículo 51, estableciendo que las acciones provenientes de los reclamos por prestaciones sociales, tal como fuera indicado previamente, prescribirán al cumplirse diez años contados desde la fecha de terminación de la prestación de los servicios de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El resto de las acciones provenientes de la relación de trabajo prescribirán al cumplirse cinco años, contados a partir de la fecha de terminación de la prestación de los servicios.

En los casos de accidente de trabajo o de enfermedad ocupacional, el lapso de prescripción de cinco años se aplicará conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Queda de esta manera aumentado el lapso de prescripción de las acciones de reclamación de pago de prestaciones sociales así como la reclamación de las acciones derivadas de cualquier concepto o beneficio laboral derivado de la terminación de la relación de trabajo, los primeros a 10 años y los segundos a 5 años.

Se reitera que el contenido de este documento no es completo, lo que se irá presentando progresivamente para su mejor comprensión y evaluación.

**El presente boletín fue preparado y divulgado por ZAIBERT & ASOCIADOS. Su objetivo es difundir información que pueda ser de interés general en materia jurídica. El contenido de este informe es una opinión y no puede ser interpretado como una recomendación o asesoría para algún caso específico. Se recomienda consultar especialistas en la materia para la aplicación de su contenido. Quedan expresamente reservados todos los derechos.*

Boletín redactado en fecha 2 de mayo de 2012

Zaibert & Asociados