

El pago del salario en divisas y otras opciones económicas de retención en Venezuela

Juan Carlos PRÓ-RÍSQUEZ *

«Cerciórate de que tus juicios objetivos no sean
en gran parte juicios subjetivos encubiertos»

Arthur SCHOPENHAUER¹

Sumario

Introducción 1. La reforma de la Ley Orgánica del Trabajo 1.1. *El salario y la irretroactividad de las prestaciones sociales y su evolución*
2. El pago del salario en divisas a los trabajadores 2.1. *Comentarios adicionales al sistema de control cambiario en Venezuela en el siglo XXI*
2.2. *Sobre los aspectos contables del pago de salario en divisas* 2.3. *La discriminación y el pago en divisas* **3. Otras alternativas de incremento remunerativo sin impacto salarial** 3.1. *Prestación social convencional*
3.2. *Pago anticipado del recálculo de prestaciones* 3.3. *Bonos*
3.4. *Préstamos.* **Conclusiones**

Introducción

Tuve el inmenso gusto de conocer a la Dra. María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN a mediados del año 1995, cuando ambos impartíamos la Cátedra de Derecho Civil I (Personas) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Aunque todavía

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Magna Cum Laude*; Doctor en Ciencias, mención Derecho con mención honorífica; Profesor Titular y Jefe de Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. **Southern Methodist University**, Maestría en Derecho. jc.pro@nortonrosefulbright y jcpr2502@gmail.com.

¹ Tomado de YALOM, Irving D.: *La cura Schopenhauer*. Ediciones Destino, Editorial Planeta S. A. Barcelona, 2017, p. 219.

era muy joven, ya la Dra. DOMÍNGUEZ GUILLÉN destacaba en la Cátedra por sus conocimientos avanzados de la materia, por sus técnicas de enseñanza, así como por las investigaciones y múltiples publicaciones científicas subsiguientes que sobre la materia ha escrito, de forma profunda y didáctica a la vez, ocupando un lugar destacado y protagónico dentro del área de Derecho Civil en nuestro país. Posteriormente, compartí con María Candelaria los estudios doctorales en la misma Universidad, donde tuve la oportunidad de conocerla mejor, personal y académicamente, al punto de sentirme muy honrado por la amistad que nos profesamos. Así, me han solicitado que escriba un artículo para la *Revista* que, como justo homenaje, le rinden en su honor, y seguidamente mi breve contribución a tan merecida publicación.

El bajo poder de intercambio comercial de nuestro cono monetario, el control de cambios imperante desde hace quince años y la inflación –e hiperinflación del año 2018²– golpean tenazmente el poder adquisitivo de todos en Venezuela, particularmente el de los trabajadores asalariados. Ello nos ha llevado a reflexionar sobre las ventajas e incrementos económicos que se le pueden otorgar a los referidos prestadores de servicios subordinados, sin que impacte necesariamente en el resto de los beneficios laborales a que tienen derecho con ocasión de la relación laboral local. El paquete de beneficios laborales que reciben los trabajadores venezolanos gira en relación con el concepto de salario, que al aumentarlo incide directamente en resto de los derechos económicos que la propia legislación laboral establece. Cualquier provecho, ventaja o remuneración, evaluable en dinero efectivo, que reciben los trabajadores por los servicios prestados, es considerado salario, y será este el centro de gravitación del resto de los beneficios y derechos laborales a que se hace acreedor como consecuencia de su prestación de servicios, cerrándose de esta manera el contrato sinalagmático perfecto que conlleva su prestación laboral.

² De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, la inflación de Venezuela será de 13 000 % en el año 2018, y tendrá una caída del PIB del 15 % en este año. Ver: http://www.el-nacional.com/noticias/economia/fmi-preve-inflacion-13000-caida-del-pib-para-venezuela_220292.

Somos de la opinión que el modelo de reparto de los beneficios económicos previstos en la legislación laboral, mediante la distribución del costo económico de la mano de obra entre diversos derechos laborales de carácter patrimonial –siendo los principales: 12 salarios anuales, vacaciones y bono vacacional, aguinaldo o utilidades y prestaciones sociales, entre otros– no se corresponde ni beneficia efectivamente a los trabajadores que se desea proteger, ya que se crea un sistema de costos de difícil manejo y que, al final, no consigue alcanzar el sistema de protección que pretende establecer. A diferencia de otros países de nuestra región, donde el costo económico se distribuye entre doce, más una parte adicional por concepto de aguinaldo o utilidades, el legislador venezolano obliga a distribuir ese costo entre un número factorial mayor, disminuyéndose así el valor presente del dinero y su capacidad de ahorro y de gasto.

En efecto, los trabajadores subordinados suelen pedir adelantos de sus utilidades o aguinaldos y bono vacacional con una alta frecuencia, diferente a lo previsto en su marco regulatorio. Con una inflación tan alta como la que tenemos en el país en la presente década, no es económicamente atractivo para los trabajadores ahorrar en moneda local sus beneficios laborales, y particularmente sus prestaciones sociales. Estas fueron establecidas como un ahorro forzoso que debía servir como garantía contra la desocupación y que auxilie del trabajador cuando quedare cesante en su empleo, figura más propia de la seguridad social que del Derecho del Trabajo. En nuestra experiencia, y pese a las limitaciones legales, en la práctica los trabajadores piden, mediante préstamos o adelantos –y utilizando en exceso las causales que la Ley establece–, los fondos depositados por concepto de prestaciones sociales en la contabilidad de la empresa o en el fideicomiso creado a tal efecto. La disposición de la mencionada prestación obedece no solo a la necesidad económica que puedan tener los trabajadores, sino porque financieramente no tiene sentido alguno ahorrar en una moneda víctima de una alta inflación y con muy frecuentes devaluaciones, casi diarias, donde el valor real de sus haberes se deprecia aceleradamente.

En este orden de ideas, aunado al problema económico, muchos otros factores han incidido en un fenómeno desconocido en nuestro país en su pasado:

la emigración de personal venezolano a otras naciones³, y la correlativa necesidad de búsqueda de mecanismos de retención laboral que permitan a los patronos remunerar más eficientemente a sus trabajadores, de manera de tratar mantenerlos vinculados en el proceso económico de producción en el país, o que por lo menos no sea la parte económica el factor determinante de esa salida.

Por ello, ofrecemos el presente ensayo para revisar y discutir sobre la conveniencia del pago del salario y de otros beneficios laborales a los trabajadores en divisas, de manera de protegerlo de forma adecuada con una moneda de pago que le otorgue de mayor estabilidad y fortaleza que el cono monetario local, y así protegerlo adecuadamente en contra del mal manejo o infortuna de algo que está fuera de su alcance e influencia, como lo es la economía de un país y el valor del poder adquisitivo de su cono monetario.

Adicionalmente, comentamos sobre varias prácticas del mercado local otorgado por los patronos en Venezuela a sus trabajadores, mediante alternativas remunerativas de carácter no salarial, que tratan de recompensar al trabajador por la prestación de sus servicios, sin la carga económica que representaría la incidencia de los referidos beneficios en el resto de los derechos laborales. Al trabajador actual le preocupa el sustento diario y el elevar el nivel económico de su grupo familiar, por lo que se sugiere también reformar el modelo laboral imperante, de manera de adecuarlo a la época y las necesidades contemporáneas.

1. La reforma de la Ley Orgánica del Trabajo

Con base en lo anterior, es menester revisar someramente el marco regulatorio presente, y el cómo se llegó al estado actual de las cosas, particularmente desde la perspectiva regulatoria que nos enmarca el cuadro laboral en Venezuela.

³ *Vid.* <http://www.americatv.com.pe/noticias/internacionales/exodo-venezolanos-yamas-4-millones-han-dejado-su-pais-n30940>, el éxodo de los venezolanos: ya más de 4 millones han dejado su país (...) Y otro 40 % de la población quisiera abandonar Venezuela por la crisis, estima una encuestadora.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴ –Disposición Transitoria Cuarta, Numeral Tercero– ordenó a la Asamblea Nacional la obligación de reformar, durante el primer año contado a partir de su instalación, la Ley Orgánica del Trabajo⁵, imponiéndole la consagración de cambios sustanciales, particularmente en lo relacionado con el régimen de las prestaciones sociales, su prescripción decenal, amén de otras modificaciones vinculadas con la reglamentación de la jornada y su progresiva reducción.

Transcurrido el lapso referido sin haberse materializado en el seno de la Asamblea Nacional la normativa correspondiente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró con lugar la solicitud de inconstitucionalidad por omisión sometida a su consideración. En consecuencia, le otorgó un plazo de seis meses, contado a partir de la publicación del fallo, para preparar, consultar, discutir y sancionarla, señalando expresamente en su decisión que «la Asamblea Nacional era el único órgano competente (...) para dictar la legislación laboral»⁶.

La primera discusión del Proyecto de reforma fue aprobada el 17 de junio de 2003, modificándose asuntos meramente de estilo y mayoritariamente adaptando la Ley Orgánica del Trabajo a la nomenclatura de las instituciones de su momento. Las principales modificaciones con impacto económico aprobadas

⁴ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36860, del 30-12-99, reimpressa en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5543 extraordinario, del 24-03-00 y publicada su Enmienda N° 1 en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39124, del 19-02-09 y en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5908 extraordinario, de esa misma fecha.

⁵ Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4240 extraordinario, del 20-12-90, reformada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5152 extraordinario, del 19-06-97 y finalmente reformada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6024 extraordinario, del 06-05-11.

⁶ TSJ/SC, sent. N° 1168, del 15-06-04. Vencido este segundo término, el 13-12-04, solicitud ratificada el 11-01-05, el Poder Legislativo gestionó una prórroga del mismo, con base en que la Comisión respectiva «venía trabajando en los borradores de la reforma», «la complejidad de los cambios» y su importancia social. El pedimento fue acordado, sin tomar en consideración la perentoriedad del procedimiento, sent. N° 0625, del 20-03-06.

fueron las siguientes: i. Se eliminó el tope de 150 días para el pago de la indemnización por despido injustificado establecida en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo; ii. Se incrementaron las multas y se expresan en unidades tributarias y cuando exceda de 350 UT, se ordenaba publicar avisos en diarios de amplia circulación identificando al infractor y la sanción, cuyo costo estará a cargo del patrono, y iii. Se faculta al único sindicato de una empresa para negociar convenios colectivos, no obstante que éste no represente a la mayoría absoluta de los trabajadores. Es decir, que en la Primera Discusión aprobada, ni siquiera se abordó alguno de los temas ordenados por la referida Disposición Transitoria de la Constitución vigente.

Posteriormente, y con base en los amplísimos poderes que le otorgó la Asamblea Nacional al Ejecutivo Nacional para dictar leyes mediante una Ley Habilitante, el presidente de la República promulgó el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de reforma parcial de la Ley Orgánica del Trabajo⁷. Esta reforma se limitó a: i. Eliminar el Título v, Capítulo III «Del trabajo de los conserjes», artículos 282 al 290, ya que fue sustituido por un régimen especial para los trabajadores residenciales que se dictó el día anterior; ii. incorporó una disposición final, mediante la cual se dispone que el referido trabajo quedaría reglado por la Ley Orgánica del Trabajo, en lo posible, «en razón de la compatibilidad de sus normas con la índole de los servicios que prestan», y iii. ordenó imprimir a continuación en un solo texto la Ley Orgánica del Trabajo publicada en la *Gaceta Oficial* del 19 de junio de 1997, y a corregir «donde sea necesario la nomenclatura del articulado correspondiente, corrija e incorpórese el lenguaje de género y sustitúyanse las firmas, fechas y demás datos de sanción y promulgación». En otras palabras, no fue a través de esta reforma parcial que se cumplió el mandato constitucional.

No obstante lo anteriormente expuesto, posteriormente se derogó la Ley Orgánica del Trabajo mediante la promulgación por parte del Ejecutivo Nacional del Decreto N° 8938, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. A los pocos días, el 4 de mayo

⁷ Decreto N° 8202, del 06-05-11, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* de esa misma fecha.

del mismo año, la Sala Constitucional declaró la constitucionalidad de su carácter orgánico, mediante sentencia N° 562/2012, y finalmente, de acuerdo con el texto de la *Gaceta Oficial* N° 6076 extraordinario, del 7 de mayo de 2012, entró en vigencia la mayoría de sus disposiciones a partir de su publicación, de conformidad con su Disposición Final Única. Este cuerpo normativo se pretendió fundamentar en la Ley que autorizó al presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan, del 17 de diciembre de 2010, por un lapso de 18 meses, artículo 1.9⁸.

A partir de noviembre de 2011, una declaración presidencial causó revuelo e incertidumbre, al anunciarse que la tan esperada reforma de la Ley Orgánica del Trabajo sería hecha por esta vía. El anuncio vino acompañada de un recordatorio casi instantáneo a la sentencia N° 1168, del 15 de junio de 2004, de la Sala Constitucional, que declaró a la «Asamblea Nacional como único órgano competente» para dictar la tan esperada legislación del trabajo. La declaración de la Sala Constitucional era de esperarse, ya que era lógico pensar que una ley de tanta importancia como la laboral solo podía dictarla el órgano legislativo nacional representativo de la diversidad electoral nacional, mediante su proceso ordinario de discusión y participación ciudadana normalmente utilizado. Tal asunción proviene de la concepción primigenia de la actividad parlamentaria; las leyes son el instrumento del pueblo para regularse a sí mismo, deben ser promulgadas por el órgano electo por el soberano para así asegurarse que sean la expresión de su verdadera voluntad. La reserva legal, ciertamente, se imponía en la materia por su singular naturaleza y por el mandato claro e inequívoco de la Constitución. Al mismo tiempo, con este origen sería posible resguardar el aspecto público del debate de la nueva preceptiva, además de la participación

⁸ «El ámbito socioeconómico de la Nación: Dictar o reformar normas que desarrollen los derechos consagrados en el título VI de la (... Constitución vigente) para erradicar las desigualdades entre los ciudadanos (...) que se derivan de la especulación, la usura, la acumulación del capital, los monopolios, oligopolios y latifundios y para crear las condiciones de igualdad en el acceso a la riqueza nacional y la construcción del buen vivir de los pueblos urbanos, rurales y de las comunidades indígenas, a través de políticas culturales, ambientales, industriales, mineras, turísticas, alimentarias, agrícolas, de salud, educativas y laborales en aras de alcanzar los ideales de justicia social e independencia económica y la mayor suma de felicidad social posible».

de la totalidad de sectores productivos interesados: trabajadores de las distintas organizaciones, empleadores y organizaciones sindicales reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y Gobierno, con miras a obtener una legislación consensual apta para garantizar la estabilidad económica y social del país y su más sano desarrollo.

Las expectativas colectivas no se actualizaron en la realidad: aun cuando se designó una «Comisión Presidencial para la creación y redacción de una nueva Ley Orgánica del Trabajo»⁹, su elaboración resultó de la labor unilateral del Ejecutivo Nacional, sin la participación de los actores claves del escenario laboral venezolano¹⁰.

Las nuevas reglas y fundamento del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras fueron concebidas como el inicio de la transformación del Derecho del Trabajo, tal como era entendido en la tradición cultural legal venezolana, para convertirse, según su texto, «en elemento liberador para lograr fines del Estado y satisfacción de las necesidades del trabajador y eliminar las formas de explotación capitalistas»¹¹.

Se señalan como sus fuentes, el «ideario Bolivariano» de mayor suma de felicidad posible, seguridad social y estabilidad política; «Robinsoniano» del trabajo

⁹ Decreto N° 8661, del 06-12-11, difundido en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39918, del 12-12-11.

¹⁰ Vid. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar y RICHTER DUPRAT, Jacqueline: «Democracia y Derecho del Trabajo. Referencia al caso venezolano». En: *Gaceta Laboral*. Vol. 16, N° 2. LUZ. Maracaibo, 2010, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972010000200002&lng=es&nrm=iso, «Las debilidades del modelo político democrático venezolano coinciden con las debilidades de representatividad de sus organizaciones profesionales. En el momento histórico actual, en el cual se propone la creación de un nuevo sistema político («la refundación de la República») parece preoocupante que tan importante proceso se realice sin el concurso de organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. La lección de la historia política de la América Latina parece indicar que sin tal concurso es más fácil el establecimiento de un sistema autocrático que el de uno participativo».

¹¹ Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, artículo 25.

y la educación como herramientas de liberación; y «Zamorano» de lucha de clases y triunfo de los explotados sobre explotadores. De acuerdo con su Exposición de motivos, divulgada en la *Gaceta Oficial* contenido del Decreto-Ley, pretende ser la verdadera transición al socialismo del Proyecto Nacional Simón Bolívar elaborado por el Ejecutivo Nacional para el establecimiento de la formación socialista de los trabajadores y cambiar el «hecho social» trabajo por el «proceso social» trabajo. Todo ello a pesar de un esquema constitucional diametralmente distinto, que consagra en su texto una tendencia liberal.

1.1. El salario y la irretroactividad de las prestaciones sociales y su evolución

Uno de los temas más importantes que estableció el Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras fue la modificación de las prestaciones sociales y el retorno del régimen retroactivo de su método de cálculo, cuando ello es más beneficioso para el trabajador, pretendiendo seguir el mandato constitucional antes mencionado.

Sobre la historia de las prestaciones sociales podemos afirmar que la Ley del Trabajo de 1936 consagró un pago indemnizatorio a favor del trabajador equivalente a una quincena por año de servicios, con un monto máximo de seis meses –límite eliminado en 1945–, cuando la relación de trabajo por tiempo indeterminado concluyera por despido injustificado, por retiro justificado o por causas ajenas a la voluntad del trabajador, luego de un determinado lapso de servicios, concepto ratificado en la reforma de 1945. La legislación de 1947 creó, además, otra indemnización, el «auxilio de cesantía», procedente en los supuestos consagrados en su artículo 39, y tan solo su párrafo f, fue suprimido en la reforma de 1966, con una limitación en su cuantía –ocho meses–. La reforma de 1974 eliminó el carácter de expectativa de derecho de estos pagos indemnizatorios, al reconocerlos como derechos consolidables por el decurso del tiempo de servicios, independientemente del tipo de contrato y de su causa de terminación. La primera reforma de 1975, Decreto N° 859, ordenó abonarlas en una cuenta a favor del trabajador en la contabilidad del patrono, con pago de los respectivos intereses, la cual ordenó entregarla al concluir la relación de trabajo, pues, de acuerdo con ella, solo podía anticiparse para la constitución

de fideicomisos. La segunda modificación del mismo año eliminó el límite máximo de ocho meses establecido en la mencionada normativa, a partir del 1° de mayo. La reforma de 1983 ordenó pagar ambas prestaciones –ya no indemnizaciones– con base en el último salario devengado por el trabajador. La Ley Orgánica del Trabajo de 1990 funde en una sola «indemnización» a la «prestación de antigüedad» y el «auxilio de cesantía», y continúa el pago de las prestaciones sociales con base en el salario devengado al momento de la terminación de la relación de trabajo. Posteriormente, su reforma de 1997 las modificó nuevamente, las denominó más apropiadamente como una «prestación», y cambió su régimen a depósitos mensuales, aumentando el número de días de salario a ser percibido, calculados de conformidad con el salario correspondiente a cada mes, y eliminado la retroactividad en su método de cálculo.

La supresión del régimen retroactivo de cálculo para las prestaciones sociales ordenada por la Reforma de 1997, entre otros aspectos, fue objeto de dos recursos de nulidad por inconstitucionalidad, los cuales fueron desestimados y declarados «improcedente» por la Sala Constitucional: el primero de ellos, mediante sentencia N° 2884, del 4 de noviembre de 2003, e «improcedente por existir cosa juzgada» el segundo recurso, mediante sentencia N° 2949, del 14 de diciembre de 2004. Con anterioridad a estas decisiones, existía el mandato constitucional a la Asamblea Nacional, de cambiar la normativa laboral en los términos antes señalados. Su conclusión: la nueva Ley, promulgada por el Ejecutivo Nacional, que establece de nuevo el «viejo régimen» de prestaciones sociales.

Sobre el nuevo método de cálculo de las prestaciones sociales, el artículo 142 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en concordancia con su Disposición Transitoria Segunda, señalan que la «garantía y cálculo» de las prestaciones sociales se protegerán, calcularán y pagarán de la siguiente manera: a. El patrono depositará a cada trabajador por concepto de «garantía» de las prestaciones sociales el equivalente a 15 días de salario integral cada trimestre, calculado con base en el último salario devengado para los trabajadores con salario fijo, y el promedio de los últimos seis meses para los de salario variable; y b. adicionalmente, y después del primer año de servicio,

el patrono depositará a cada trabajador dos días de salario, por cada año, acumulativos hasta 30 días de salario. Dentro de la «garantía» también se incluye: c. los depósitos ordenados bajo la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 para los trabajadores que prestaban servicios con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley. Ahora bien, cuando la relación de trabajo termine por cualquier causa, se «calcularán» las prestaciones sociales: d. con base en 30 días por cada año de servicio o fracción superior a los seis meses calculada al último salario. Finalmente, el trabajador recibirá por concepto de prestaciones sociales el monto que resulte mayor entre el total de la «garantía» depositada de acuerdo con lo establecido en a, b y c; y el «cálculo» efectuado al final de la relación laboral de acuerdo con d. Del propio texto legal se infiere palmariamente que el sistema derogado, cuya base es similar al vigente, puede ser más beneficioso para el trabajador; y en otros casos, el actual, que no es más que un resurgimiento del sistema modificado por la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, puede ser mejor para los trabajadores, principalmente para aquellos con muchos años de servicio y con incrementos salariales recurrentes.

No deja de ser curioso señalar las siguientes reflexiones: i. ¿Se estableció un «nuevo» sistema de prestaciones, o es simplemente el resurgimiento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, utilizando como parámetro de comparación al régimen derogado? ii. ¿Se hicieron los estudios financieros de los gastos adicionales que conlleva el Decreto-Ley, a fin de hacer el apartado presupuestario correspondiente para cada año? iii. ¿Conviene ahorrar forzosamente parte de la compensación de los trabajadores, en un sistema que solo permite utilizar ese dinero a la terminación de la relación laboral en un país con alta inflación? iv. ¿No hubiese sido mejor darle una mayor cantidad de salarios, pagaderos mensualmente a los trabajadores, y establecer un sistema mucho más eficiente de seguridad social que auxilie al trabajador en caso que quede cesante en el empleo, mediante un programa más efectivo de seguro de desocupación y una jubilación decorosa a la terminación de su vida útil laboral? ¿No es esa la verdadera naturaleza de las prestaciones sociales? Progresar hacia el pasado parece ciertamente un oxímoron irremediable en estos días.

Lo señalado anteriormente recobra su importancia por la reticencia a aumentar el salario a los trabajadores por la incidencia directa que tiene en el cálculo

de las prestaciones sociales y demás beneficios laborales y ello, también retoma su prestancia cuando se le paga al trabajador su salario y beneficios laborales en divisas, que también afectan directamente el resto de los beneficios laborales, al fluctuar rápidamente el monto de la tasa de cambio aplicable a su equivalente en moneda nacional¹².

2. El pago del salario en divisas a los trabajadores

El artículo 104 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras define el salario en forma amplia, entendiéndose por este la remuneración que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios, independientemente de la forma como estos hayan sido convenidos. Con carácter simplemente enunciativo y no limitativo se consideran salario: las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, recargos legales o contractuales por días feriados, horas extras y bono nocturno. También se le da el carácter de salario a la alimentación, vivienda y cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que el trabajador perciba por causa de su labor.

La legislación venezolana consagra entonces el salario como una prestación que se entrega a cambio de los servicios del trabajador. En este sentido, no toda remuneración que se pague puede considerarse como formando parte de su salario. Se hace necesario indagar en cada caso si los pagos que se hagan a los trabajadores son entregados como contraprestación directa de sus servicios personales subordinados. Los demás caracteres que se citan como elementos fundamentales de la noción del salario —ejemplo, su periodicidad, fijeza, certeza, proporcionalidad, etc.— no son, en definitiva, más que derivaciones naturales de

¹² Para ejemplificar lo señalado, en un lapso menor a un mes la tasa de cambio del Bolívar en comparación con el dólar de los Estados Unidos de América (USD\$) sufrió una devaluación importante. En fecha 04-02-18, la tasa de cambio oficial (DICOM) de USD\$ 1,00, equivalía a Bs. 3,345; en fecha 05-02-18, su paridad era de Bs. 25 000,00 por USD\$ 1; y en fecha 22-02-18, la tasa de conversión era de Bs. 29 934 por USD\$ 1,00. Ello sin mencionar el resto de paridades no oficiales que sufrió una aceleración importante y acelerada en el último trimestre de 2017 y primeros meses de 2018.

los caracteres de conmutatividad, onerosidad y tracto sucesivo del contrato de trabajo del cual el salario se origina, así como del carácter alimentario o de fundamento del sustento diario del trabajador y de su familia de que goza el salario¹³.

El artículo 91 de la Constitución vigente, estipula –en su parte relevante– que el salario se paga en moneda de curso legal. A primera vista, este artículo pareciera sugerir que el salario en Venezuela solo puede ser pagado en bolívares, por cuanto esa es la moneda de curso legal de Venezuela a la fecha. Si esta interpretación literal fuese la interpretación correcta del artículo 91 de la Constitución, se seguiría que los pagos del salario y beneficios laborales en divisas, tales como euros, dólares americanos, dólares canadienses y otras monedas extranjeras –divisas– por parte del patrono a cualquiera de sus trabajadores, tanto locales como internacionales, sería inconstitucional.

No obstante lo anterior, en nuestro criterio la intención del artículo 91 de la Constitución no es la de obligar que el salario deba ser pagado única y exclusivamente en bolívares –por contraposición a divisas–, sino la de establecer que el salario debe ser pagado en dinero efectivo –por contraposición a en especie– salvo en ciertas circunstancias admitidas por la legislación laboral venezolana. Esta posición está reforzada por el artículo 123 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el cual señala que el salario debe ser pagado en dinero efectivo o, basados en un acuerdo entre el patrono y el trabajador respectivo, mediante cheque bancario o por órgano de una institución bancaria o una entidad de ahorro y préstamo, y adicionalmente señala que el pago del salario en mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que quiera sustituirse la moneda, no está permitido¹⁴.

¹³ Así sucede con la disponibilidad, la seguridad, la proporcionalidad y la regularidad o periodicidad de que debe gozar el salario, *vid.* ALFONZO-GUZMÁN, Rafael: *Estudio analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*. Tomo II. Contemporánea de Ediciones. Caracas, 1987, pp. 464 y 465.

¹⁴ Reconocemos que el artículo 523 del Decreto-Ley sanciona con multa al patrono que no pague a sus trabajadores en moneda de curso legal. Sin embargo, nuevamente nuestra interpretación de esta norma es que la misma busca sancionar al patrono que no paga el salario de sus trabajadores en dinero efectivo, sino que lo paga en especie –en casos o por conceptos en que la legislación laboral venezolana no lo permite–.

Creemos además que al establecerse que el pago del salario debe realizarse en moneda de curso legal, su intención no es la de establecer el Bolívar como «moneda de curso forzoso», por el contrario, la intención de la referida normativa es la de proteger el salario del trabajador de las prácticas de los de su pago a través de las mercancías normalmente producidas por la empresa, o por los bienes del propietario de las tierras en la Venezuela agrícola de otros tiempos. Además, si la normativa vigente hubiere querido prohibir el pago del salario y demás beneficios laborales en divisas, lo ha debido de señalar expresamente, lo cual no luce conducente de la interpretación sistemática y contemporánea de la normativa antes referida.

Por otro lado, nuestra posición la confirma: i. Un análisis histórico de la interpretación que se le ha dado a una disposición prácticamente idéntica que se encontraba en el artículo 76 de la Ley del Trabajo ya derogada del 16 de julio de 1936 –posteriormente reformada en varias ocasiones, siendo la última de dichas reformas la de fecha 12 de julio de 1983–; ii. el hecho de que, aun cuando a nuestro mejor saber y entender el artículo 91 de la Constitución no ha sido expresamente citado en las decisiones de los tribunales venezolanos para concluir si necesariamente debe pagarse el salario única y exclusivamente en bolívares o no, existen casos en que los tribunales venezolanos, incluyendo la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia han aceptado de manera implícita que el pago del salario y las prestaciones sociales como consecuencia de la terminación de la relación laboral puede ser efectuado en divisas¹⁵ o no han objetado el pago de salario en divisas establecido en contratos de trabajo analizados por ellos¹⁶, y iii. el artículo 3(1) del Convenio 95 relativo al pago de salarios de 1949, de la Organización Internacional del

¹⁵ A título de ejemplo: TSJ/SCS, sent. del 26-04-04, revisando un recurso de casación intentado por General Motors Venezolana, C. A., expediente N° 04-047. Ver también TSJ/SCS, sent. del 30-10-08, caso Pride International, C. A., que a su vez citó otra sentencia de la misma Sala del 15-03-07, que señaló: «... Incluyeron estos conceptos en los pagos periódicos en dólares que recibía el actor (...) Ha de establecerse que al actor le cancelaban su salario en dólares americanos, con un sueldo formado por un paquete anual, es decir, englobando el salario básico, más el bono vacacional».

¹⁶ A título de ejemplo: TSJ/SCS, sents. N°s 765, del 17-04-07; 464, del 02-04-09, y 376, del 23-04-10.

Trabajo, ratificado por Venezuela, el cual establece que «los salarios que deban pagarse en efectivo se pagarán exclusivamente en moneda de curso legal, y deberá prohibirse el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal», siendo el caso que dicha norma ha sido interpretada por un panel experto de la OIT incluyendo la moneda de curso legal del país donde se prestan los servicios y la moneda de curso legal de cualquier país extranjero que sea generalmente aceptada a nivel internacional¹⁷.

Con base en lo anterior pensamos que es viable el pago total o parcial en divisas del salario o de los beneficios laborales a los trabajadores, y pensamos, como explicamos más adelante, que no existen restricciones desde el punto de vista legal bajo las normas de control de cambios y la legislación laboral, pues no está sancionado bajo las normas relevantes de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos¹⁸.

Además, en nuestra experiencia, es una práctica común en el mercado pagar salarios total o parcialmente en divisas, así como beneficios laborales de los trabajadores y ello constituye una de las mejores alternativas de retención de personal. Entre los beneficios laborales que suelen pagarse en divisas, además del salario, está el bono vacacional, las utilidades, las prestaciones sociales, como más adelante se detalla, y las bonificaciones.

El respectivo pago se suele hacer: i. mediante la conversión directa del salario en moneda local a divisas, conservándose enteramente la denominación del salario en moneda local, o ii. la re-denominación del salario a divisas directamente.

En este sentido, es conveniente revisar la normativa legal sobre las obligaciones en divisas. El artículo 128 de la Ley del Banco Central de

¹⁷ Bajo el artículo 23 de la Constitución, los convenios internacionales relativos a derechos humanos prevalecen sobre normas de Derecho interno venezolano en la medida en que dichos convenios incluyan regulaciones más favorables para el disfrute y ejercicio de dichos derechos.

¹⁸ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6210 extraordinario, del 30-12-15.

Venezuela¹⁹ establece «Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago». Este artículo reconoce que las obligaciones en moneda extranjera son válidas en Venezuela, siempre y cuando sean consideradas las estipulaciones lícitas indicadas en la referida Ley al contrato. Adicionalmente, toda obligación es, en principio y salvo pacto contrario expreso, una obligación alternativa, es decir, la obligación se paga entregando lo adeudado en divisas o en su equivalente en moneda de curso legal al tipo de cambio del lugar en la fecha de pago²⁰. Serán las partes de la relación laboral, patrono y trabajador, quienes escogerán el método que mejor prefieran para el pago de las obligaciones en divisas, siempre y cuando lo acordado²¹.

¹⁹ Decreto con rango y fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6211 extraordinario, del 30-12-15.

²⁰ Esta disposición ha sido interpretada por la doctrina nacional y los tribunales venezolanos en el sentido de que, si las partes así lo acuerdan en forma inequívoca a través de una «convención especial» –la cual podría ser un contrato aparte o una cláusula incluida en el contrato respectivo–, los pagos deben realizarse en moneda extranjera, con exclusión de la moneda local. En este sentido: RODNER, James Otis: *El dinero, obligaciones de dinero y de valor, la inflación y la deuda en moneda extranjera*. 2ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 306-310; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo I. 11ª, UCAB. Caracas, 1999, pp. 291 y 292; MÉLICH-ORSINI, José: *El pago*. UCAB. Caracas, 2000, p. 63 (nota 62); MUCI FACCHIN, Gustavo: «La contratación en moneda extranjera a la luz de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios». En: *Ley contra los Ilícitos Cambiarios*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, pp. 74-77; ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo y LEPERVANCHE ACEDO, Luisa: «Incidencia de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios en materia de seguros y reaseguros». En: *Ley contra los Ilícitos Cambiarios*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2006, pp. 79 y 80; PLANCHART POCATERRA, Pedro Luis: «Control de Cambio y Obligaciones en moneda extranjera». En: *Ley contra los Ilícitos Cambiarios*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2006, pp. 160, 161, 170 y 171; GIRAL PIMENTEL, José Alfredo: *Ley Contra los Ilícitos Cambiarios de 2007 y contratos en moneda extranjera*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, pp. 19-21, 26-28.

²¹ El artículo 104 de la Ley del Banco Central de Venezuela reza como sigue: «Las monedas y billetes emitidos por el Banco Central de Venezuela tendrán poder liberatorio sin limitación alguna en el pago de cualquier obligación pública o privada, sin perjuicio de disposiciones especiales, de las leyes que prescriban pago de impuestos, contribu-

Las normas de control de cambios actualmente vigentes en Venezuela, salvo por ciertos casos excepcionales que no son aplicables al supuesto específico a que se refiere el pago del salario en divisas, tampoco prohíbe el pago en divisas en materia laboral. Tema diferente es si el patrono, o su grupo económico nacional o internacional, dispone de esas divisas para pagárselas a sus prestadores subordinados de servicios, pero asumimos en este artículo que dispone de ellas mediante una fuente lícita.

Como un tema distinto pero relacionado, de conformidad con el régimen de control de cambios aplicable a los entes del sector privado –tal como es el caso de los patronos en general y de los trabajadores– y a las personas naturales –tal como es el caso de los trabajadores locales–, dichos entes y personas naturales pueden abrir y mantener cuentas bancarias denominadas en divisas fuera de Venezuela, recibir pagos en divisas en esas cuentas bancarias, mantener sus fondos en divisas en esas cuentas bancarias fuera de Venezuela sin tener que repatriar a Venezuela y vender al Banco Central de Venezuela parte alguna de los mismos, salvo por los casos excepcionales en que dichos entes o personas naturales estén sujetos a una obligación de repatriación involuntaria –de entre los cuales, el más notable es el caso de las divisas obtenidas por un ente del sector privado o por una persona natural como consecuencia de sus exportaciones de bienes, servicios o tecnología–, y sin tener que registrar o notificar –para efectos del régimen de control de cambios– la existencia de tales fondos en divisas ante algún ente gubernamental de Venezuela.

ciones u obligaciones en determinada forma y del derecho de estipular modos especiales de pago». Esta disposición ha sido interpretada por la doctrina nacional en el sentido de que aun cuando el Bolívar es la moneda de curso legal de Venezuela, no es la única moneda que puede ser legalmente aceptada en Venezuela por cuanto las partes pueden acordar «modos especiales de pago», dentro de los cuales se encuentra el pago en divisas. En este sentido: RODNER: ob. cit., pp. 139 y 310; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 3ª, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1997, p. 618 (nota 35); MUCI FACCHIN: ob. cit., pp. 74-77. Una conclusión similar, a pesar de que no hace referencia a esta disposición, es asumida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y estado Miranda, sent. del 15-05-61, en el caso *Adriática Venezolana de Seguros, C. A. vs. The First National City Bank of New York*.

Reconocemos que hasta el 18 de febrero de 2014 estuvo en vigencia la hoy en día derogada Ley contra los Ilícitos Cambiarios²², la cual hasta esa fecha incluyó una disposición –a saber, el artículo 19 de la misma– que afectaba parcialmente la validez y legalidad de los pagos en divisas en general y, por ende, generaba cierta preocupación sobre si tales pagos en divisas eran válidos y exigibles. En este sentido, el artículo 19 de esa derogada Ley contra los Ilícitos Cambiarios sancionaba la oferta pública o privada en Venezuela de compra, venta o arrendamiento de bienes y servicios en divisas, con una multa del doble del equivalente en bolívares del monto de la oferta. En virtud de esta disposición, existía cierta preocupación de que la parte que realizaba dicha oferta en divisas –por contraposición a la parte que recibía dicha oferta– podría estar sujeta –o no– a la referida multa, dependiendo de cuándo, cómo y dónde se realizaba esa oferta. En todo caso, el incumplimiento de esa disposición no resultaba en una sanción privativa de libertad –prisión–, por cuanto no era una norma de naturaleza penal –sino una norma de Derecho Administrativo sancionatorio–.

Sin embargo, ya la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos²³, anterior a la normativa vigente, eliminó totalmente ese artículo 19 y no lo reemplazó por una disposición con un alcance legal similar. De igual forma, la actual Ley cambiaria no contiene una disposición con un alcance legal similar al de ese antiguo artículo 19²⁴.

Un riesgo laboral que puede generarse es la posibilidad de que los trabajadores que reciban el pago de su salario en divisas aleguen que tienen un derecho adquirido de continuar recibiendo el pago de su salario en divisas en el futuro, incluso cuando el régimen de control de cambios sea terminado o relajado por

²² Cuya última versión fue publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6117 extraordinario, del 04-12-13.

²³ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6126 extraordinario, del 19-02-14.

²⁴ Les hacemos notar que existen ciertos casos excepcionales en los cuales los pagos en divisas están aún sujetos a restricciones o prohibiciones previstas en la ley, pero dichas restricciones o prohibiciones están limitadas a los casos específicos regulados en las leyes especiales que regulan esos supuestos, diferentes al tema que nos ocupa.

parte de las autoridades venezolanas. A los fines de reducir este riesgo laboral, es recomendable tomar las siguientes precauciones: i. que el trabajador ha solicitado que la totalidad o parte de su salario –según corresponda– sea pagadero en divisas, en virtud de la economía inflacionaria venezolana; ii. que el trabajador es el único responsable del cumplimiento de la normativa cambiaria y fiscal vigente con ocasión de los divisas que recibe a cambio de los servicios prestados; iii. el hecho de que el patrono se reserva el derecho de cambiar la moneda de pago del salario de divisas a bolívares, en cualquier momento, sin que dicho cambio pueda ser entendido como una desmejora de las condiciones de trabajo del trabajador; iv. que el salario ha sido convenida en moneda local y que solo temporal y excepcionalmente se pagará en divisas, y v. que este acuerdo sustituiría cualquier otro contrato celebrado en el pasado por el trabajador, en la medida en que surja cualquier contradicción entre ambos contratos.

Las prestaciones sociales que se encuentren depositadas en fideicomiso en un banco en Venezuela no pueden pagarse en divisas porque podría considerarse que el patrono estaría realizando una operación cambiaria en la cual el Banco Central de Venezuela no estaría involucrado. Este riesgo aplica si el patrono tiene las prestaciones sociales de sus trabajadores depositadas en un fideicomiso en un banco en Venezuela, en vez de acreditadas en su contabilidad. Sin embargo, un fideicomiso en un banco para el depósito de nuevos depósitos de prestaciones sociales, sí podría abrirse en el exterior, sin que ello implique una violación del régimen de control de cambios.

Así, las prestaciones sociales podría depositarse-acreditarse en divisas siempre que: i. Se deposite en un fideicomiso en un banco en el exterior, o ii. se acredite en la contabilidad del patrono; en ambos casos asumiendo que el trabajador ha solicitado por escrito el pago de dicho beneficio en divisas y el patrono convenga en ello.

Debe tenerse en cuenta que, a efectos de la contabilidad, el patrono debe registrar las prestaciones sociales en bolívares. En este sentido, el artículo 129 de la Ley del Banco Central de Venezuela establece que las compañías

deben mantener su contabilidad en bolívares. Incluso en los casos en los que una entidad ha asumido el pago de una obligación en divisas, el registro de contabilidad debe expresarse en bolívares equivalentes. Finalmente, aunque las entidades pueden utilizar libros auxiliares de contabilidad, expresados en divisas, los registros en los libros legales de contabilidad expresados en bolívares prevalecen sobre los registros de los libros auxiliares expresados en divisas. Como resultado de estas consideraciones, las prestaciones sociales pagaderas en divisas a ser registrada en la contabilidad del patrono, debe registrarse en bolívares, a la tasa DICOM en la actualidad.

2.1. Comentarios adicionales al sistema de control cambiario en Venezuela en el siglo XXI

En fecha 5 de febrero de 2003 entró en vigencia el control de cambios en Venezuela, con ocasión de la publicación del Convenio Cambiario N° 1 celebrado entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional²⁵. En el referido Convenio entró en vigencia un régimen de restricción a la libre convertibilidad de la moneda, de aplicación excepcional, pero que ha durado ya más de 15 años, con el cual se controla y limita el acceso al mercado de divisas. Por ello, las actividades económicas están sujetas a controles especiales a los fines de verificar el origen y destino de las divisas que pueden generarse en nuestro país. Sus regulaciones han dado lugar a diversos mecanismos de cambio legales aplicables a distintos sectores económicos del país. Han existido tasas de cambio múltiple con anterioridad al Convenio Cambiario N° 35 y al N° 39 actualmente vigente. Las normas de control de cambios, que son las normas que regulan actualmente la conversión de moneda extranjera –divisas– en bolívares y viceversa, no establecen en forma expresa y directa: i. El tipo de cambio al cual las compañías constituidas y existentes de conformidad con la ley venezolana deben convertir, para fines de su contabilidad interna, el valor de sus activos o pasivos denominados o pagaderos en divisas, o ii. el momento en que dicha conversión debe ser realizada; salvo, de manera excepcional, por lo que respecta a ciertos tipos limitados de pasivos o por lo que respecta a un

²⁵ Publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37625, del 05-02-03.

tipo limitado de personas jurídicas –típica e históricamente los bancos y demás instituciones del sector bancario, las empresas de seguro y de reaseguro, y las compañías cuyos valores son objeto de oferta pública–, siendo que esas excepciones no son aplicables al caso específico de los patronos.

En este sentido, hacemos mención a los mecanismos cambiarios legales que existieron hasta la promulgación del Convenio Cambiario N° 35²⁶ del 9 de marzo de 2016, y del vigente Convenio Cambiario N° 39 de enero de 2018.

Antes de la entrada en vigencia del Convenio Cambiario N° 35 concurrían en el país los siguientes mecanismos cambiarios: i. CENCOEX, cuya tasa de operación se encontraba a Bs. 6,30 por dólar; ii. SICAD I, cuya tasa de operaciones estaba alrededor de Bs. 13 por dólar. Dicha tasa se encontraba designada para la compra de divisas de los rubros distintos al tema que nos ocupa –*verbi gratia* importación de bienes de los sectores convocados a subasta, efectivo con ocasión de viajes al exterior, remesas a familiares; contratos de aeronáutica civil, servicios, uso y explotación de patentes, marcas, licencias y franquicias, importación de bienes inmateriales, pagos de equipos de *software* importados al sector de telecomunicaciones, entre otros: inversiones internacionales y pagos de regalías; operaciones propias de la actividad aseguradoras; iii. Sistema de Administración de Divisas (SICAD II)²⁷ cuya tasa de cambio estaba alrededor de Bs. 52 por dólar, era aplicable a cualquier operación por concepto de importación, viajes, remesas y pago de deuda interna y externa; iv. Sistema Marginal de Divisas (SIMADI)²⁸ cuya tasa de operaciones alcanzó los Bs. 198,6986²⁹ por dólar y que entró en vigencia a partir del 10 de febrero de 2015 creando los siguientes mecanismos de adquisición de divisas: a. Las operaciones de negociación de divisas en moneda nacional: mecanismo que

²⁶ Publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40842, del 09-03-16.

²⁷ Convenio Cambiario N° 27, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40368, del 10-03-14.

²⁸ Convenio Cambiario N° 33, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6171 extraordinario, del 10-02-15.

²⁹ Publicado por el Banco Central de Venezuela el 30-12-15.

permitía adquirir saldos en moneda extranjera derivados de la intermediación cambiaria realizada por los bancos universales, quienes estaban facultados para ofrecer dichos saldos que son suministrados por sus clientes; b. operaciones cambiarias al menudeo: Este mecanismo permitía a los bancos universales y casas de bolsa, negociar la compraventa de divisas con personas naturales cuyo objeto sean billetes extranjeros, divisas por transferencia, cheques de viajeros, cheques cifrados y encomienda electrónica, y c. operaciones de negociaciones de títulos en moneda extranjera a moneda nacional: que permitía a las personas que deseen adquirir divisas, obtenerlas mediante la negociación de títulos valores por medio de los operadores autorizados, a través de la Bolsa de Valores Bicentenario.

Luego, el Convenio Cambiario N° 35 modificó el sistema de cambiario vigente para la fecha, creando las bases para dos mecanismos para la adquisición de divisas, y determinado a su vez, dos tipos de cambio oficiales para Venezuela: El tipo de cambio legal actualmente vigente y de aplicación general es DICOM³⁰. En efecto, el Convenio Cambiario N° 35 establece dos tipos de cambio: i. DIPRO que es una tasa fija, y ii. DICOM, que es una tasa de cambio variable. El tipo de cambio DIPRO era aplicable a casos muy limitados³¹

³⁰ Desde que inició el régimen de control de cambio en Venezuela, el Convenio Cambiario N° 1 expresamente indicó en su artículo 6 que el Banco Central de Venezuela en conjunto con el Ejecutivo Nacional fijarían el tipo de cambio a través de Convenios Cambiarios. La última tasa fija de aplicación general fue fijada en el Convenio Cambiario N° 14 (Bs. 6.30 por dólar para la venta por el BCV y Bs. 6.2842, para la compra de divisas por el BCV, la cual fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 40108, del 08-02-13).

³¹ Pago de la deuda pública externa; pago de las importaciones de los bienes determinados en el listado de rubros de los sectores alimento y salud y de las materias primas e insumos asociados a la producción de esta. El listado de los correspondientes códigos arancelarios será publicado en la página web del Centro de Comercio Exterior (CENCOEX); liquidación de operaciones de importación de los bienes correspondientes a la lista de códigos arancelarios mencionada, canalizados a través de los Convenios de Pagos y Créditos Recíprocos celebrados con los Banco Centrales de los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), con el Banco Central de la República Dominicana, así como los Bancos Operativos Autorizados a tramitar operaciones a través del Sistema Unitario de Compensación Regional de Pagos (SUCRE); liquidación de las operaciones de venta de divisas destinadas a la conversión

y por el contrario, el tipo de cambio DICOM es el aplicable a todas las operaciones cambiarias indicadas expresamente en el Convenio Cambiario N° 35 y con base en el artículo 13 de dicho Convenio, a todos aquellos casos no especificados en el mismo, lo que resulta en el tipo de cambio de aplicación general. Adicionalmente, aquellas operaciones de liquidación de divisas que no se encuentran expresamente establecidas en el Convenio Cambiario N° 35 se tramitarán a través de los mercados alternativos de divisas regulados a través de SIMADI.

A partir del Convenio Cambiario N° 39 y las subastas realizadas, el tipo de cambio se depreció, a la fecha de la entrega de este artículo, a Bs. 29.394 por dólar aproximadamente, como la tasa DICOM vigente.

Consideramos que la determinación del tipo de cambio que debe utilizarse para registrar los activos y pasivos denominados en divisas –particularmente dólares americanos– de los patronos debe tomar en consideración los siguientes factores: i. La aplicabilidad o no, y en qué medida, de los tipos de cambio

de las pensiones de vejez, incapacidad parcial, invalidez y sobrevivientes, pagadas por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) a residentes en el exterior; liquidación de las operaciones de venta de divisas destinadas a la conversión de las pensiones de jubilados residentes en el exterior; liquidación de las operaciones de venta de divisas destinadas a sufragar gastos para la recuperación de la salud, deportes, cultura, investigaciones científicas y otros casos de especial urgencia; adquisición de divisas que requieran los órganos y entes del sector público, así como las operaciones de venta de divisas al BCV por parte de estos sujetos; liquidación de operaciones de venta de divisas destinadas a gastos por concepto de manutención, matrícula y seguro médico estudiantil, con ocasión de actividades académicas presenciales en el exterior, correspondientes a solicitudes que cuenten al día inmediatamente anterior al 10 de marzo de 2016 con solicitudes principales, sucesivas o complementarios de adquisición de divisas con estatus aprobada, así como aquellas que se emitan con posterioridad a los fines de la continuidad de la actividad académica respectiva ya iniciada y dicha fecha y solo hasta el lapso previsto en la oferta académica correspondiente a los estudios en curso; operaciones de venta a las cuales les correspondía el tipo de cambio de Bs. 6,30 por dólar que hasta el día inmediatamente anterior al 10-03-16 no cuenten con la Autorización de Liquidación de Divisas (ALD), pero cuyo expediente de cierre de la importación haya sido consignado por el operador cambiario al CENCOEX a esa fecha.

antes identificados al tipo específico de persona o de operación de que se trate, y ii. el tipo de cambio que refleje lo más cercanamente posible el tipo de cambio al cual la persona de que se trate puede realizar una operación cambiaria legal en Venezuela a través de un mecanismo organizado, regulado, supervisado, transparente, de libre acceso público y aceptado por el régimen de control de cambios, para la finalidad buscada por esa persona. En la actualidad, la referida tasa es la DICOM.

2.2. Sobre los aspectos contables del pago de salario en divisas

Somos de la opinión que en la actualidad, a los efectos de las autoridades laborales venezolanas, el patrono debe indicar en el recibo de pago del trabajador el salario, si es pagado en divisas, entonces reflejarlo en bolívares calculado al tipo de cambio legal aplicable: DICOM.

Consideramos que la determinación del tipo de cambio que debe utilizarse para registrar los activos y pasivos denominados en divisas del patrono es un tema más contable que legal que debe tomar en consideración los siguientes factores: i. La aplicabilidad o no, y en qué medida, de los tipos de cambio antes identificados al tipo específico de persona o de operación de que se trate, y ii. el tipo de cambio que refleje lo más cercanamente posible el tipo de cambio al cual la persona de que se trate puede realizar una operación cambiaria legal en Venezuela a través de un mecanismo organizado, regulado, supervisado, transparente, de libre acceso público y aceptado por el régimen de control de cambios, para la finalidad buscada por esa persona.

En todo caso, el Convenio Cambiario N° 35 establece que todas aquellas operaciones de liquidación de divisas no previstas expresamente en dicho Convenio, se harán al tipo de cambio DICOM. El tipo de cambio aplicable para registrar los activos y pasivos denominados en divisas del patrono determinado de acuerdo con los parámetros anteriores servirá como el tipo de cambio de aplicación general para los fines de su contabilidad interna, salvo que excepcionalmente exista alguna justificación objetiva y razonable o norma legal que justifique la utilización de otro tipo de cambio en su contabilidad interna para ciertos casos o tipos de operaciones puntuales. Sobre el monto resultante

en bolívares luego de aplicar el tipo de cambio correspondiente, es que el patrono deberá realizar las retenciones del impuesto sobre la renta, contribuciones parafiscales y aportes al ahorro correspondientes, así como emitir los recibos de pago en bolívares.

Los trabajadores, por su parte, deben utilizar el tipo de cambio DICOM para traducir su compensación recibida de divisas a bolívares en sus «planillas AR-I» a los efectos de determinar el porcentaje de retención aplicable al impuesto sobre la renta, así como su declaración final de impuesto sobre la renta. Incluso, desde el punto de vista estrictamente laboral, consideramos que el trabajador tendría el derecho de argumentar que el monto recibido en divisas debe ser traducido a bolívares utilizando para ello el tipo de cambio DICOM para el impacto de dicho salario en sus beneficios laborales, prestaciones sociales e indemnizaciones, salvo que los mencionados beneficios también estén denominados y pagados en divisas, como quiera que este tipo de cambio sería el de aplicación general, de lo contrario podría generarse pasivos laborales para el patrono.

La devaluación del Bolívar no genera consecuencias negativas para los trabajadores, pues al estar el salario establecido, denominado y pagado en divisas, su remuneración no se ve desmejorada, pues reciben su salario en moneda dura, con expectativas de mantenerse relativamente estable en tiempos de economías inflacionarias en Venezuela.

2.3. La discriminación y el pago en divisas

Un primer riesgo laboral que consideran los patronos es la posibilidad de que dicho esquema de pago en divisas sea percibido como discriminatorio por parte de los trabajadores que no sean incluidos dentro del esquema y que trabajen para el mismo patrono.

En Venezuela, el derecho a la no discriminación está reconocido como un derecho constitucional y desarrollado en algunas normas que han delimitado su contenido, alcance y limitaciones. El Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958, define la discriminación

como: «a. Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, o b. Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados».

El artículo 89.5 de la Constitución vigente prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición. De manera similar, el artículo 21 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras prohíbe toda discriminación en las condiciones de trabajo basada en edad, sexo, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social. Por otra parte, el artículo 14 del Reglamento de la derogada Ley Orgánica del Trabajo³² establece que no se considera violatorio del principio de no discriminación arbitraria, el reconocimiento a los trabajadores de preferencias o privilegios fundamentados en criterios de relevancia cónsonos con el ordenamiento jurídico y de carácter general en el ámbito de la compañía de que se trate —ejemplo: cargas familiares, antigüedad, capacitación profesional, productividad, asiduidad, economía de materias primas, afiliación sindical y otros de naturaleza análoga—.

El riesgo de discriminación surge si a personas iguales o comparables se les otorga un tratamiento desigual y si el argumento para diferenciarlos no es objetivo y razonable. En ese sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional³³, y antes de ella, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia³⁴.

³² Publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5292 extraordinario, del 25-01-99; reformado según *Gaceta Oficial* N° 38426, del 28-04-06.

³³ TSJ/SC, sents. N°s 1197, del 17-10-00; 513, del 05-03-02; 266, del 17-02-06, y 1457, del 27-07-06.

³⁴ CSJ/SPA, sents. del 21-07-94 y 13-04-99, recaídas en los casos Vidal Blanco y Eliseo Sarmiento.

En dichas sentencias, quedó establecido que la discriminación existe cuando situaciones similares o análogas son decididas sin aparente justificación de manera diferente o contradictoria.

Con base en lo antes mencionado, el elemento principal a tomar en cuenta para establecer la violación al derecho constitucional de no discriminación es la existencia de un trato desigual para situaciones legales idénticas. Por ello, el derecho constitucional a la no discriminación no se verá violado si el pago de salario en divisas es acordado para todos los trabajadores de un nivel y condiciones análogas y similares. Por ello, el patrono no violaría el derecho a la no discriminación de sus trabajadores, en la medida en que no diferencie arbitrariamente trabajadores cuyos cargos y condiciones de trabajo sean análogas o similares. En tal sentido, los criterios relevantes de comparación podrían ser: cargas familiares, antigüedad, capacitación profesional, productividad, asiduidad, y otros de naturaleza análoga.

En este sentido, es importante tener en cuenta lo previsto en el artículo 109 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, según el cual «a trabajo igual, salario igual» en la medida que la prestación del servicio es realizada al mismo nivel, en el mismo horario, y con las mismas condiciones de eficiencia. Por ello, en la medida en que los trabajadores a ser comparados puedan ser objetivamente diferenciados, no tengan el mismo cargo, el mismo horario o no presten el servicio en las mismas condiciones de eficiencia; la moneda de pago de su salario puede ser diferente.

3. Otras alternativas de incremento remunerativo sin impacto salarial

Con base en nuestra experiencia en el mercado laboral venezolano, seguidamente señalamos algunas alternativas que, desde el punto de vista de retención del personal, se están utilizando actualmente en el mercado. Con ello se quiere incrementar el patrimonio del trabajador, mediante sistemas remunerativos de carácter no salarial, de forma tal de limitar el impacto de los referidos beneficios en el paquete laboral de los trabajadores, salvo el retroactivo debido por al cálculo final de las prestaciones sociales señalado anteriormente.

3.1. *Prestación social convencional*

Los patronos pueden implementar el otorgamiento del beneficio de prestaciones sociales convencionales en bolívares o en divisas, otorgando por ejemplo, el doble de días que se otorga por el beneficio legal de prestaciones sociales. Para ello, se sugiere que el beneficio se rija por los mismos términos y condiciones a las previstas para el régimen legal establecido en el Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

En efecto, creemos que es válido establecer un régimen de prestación de antigüedad convencional, superior al establecido en el artículo 142 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, toda vez que los beneficios y condiciones establecidos en el Decreto-Ley constituyen contenidos mínimos que perfectamente pueden ser mejorados por convenio entre las partes. La posibilidad de retención del personal se magnifica como quiera que el trabajador debe continuar prestando el servicio para recibir el depósito del beneficio en el fideicomiso en el tiempo, pues de retirarse, no obtendría el beneficio.

Desde un punto de vista fiscal, el pago de beneficios de prestaciones sociales adicionales a los trabajadores representa una ventaja, pues, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 14 de la Ley de Impuesto sobre la Renta³⁵, estos pagos estarían exentos del impuesto sobre la renta de los trabajadores, por lo que no tendrían incidencia alguna a efectos del impuesto. A su vez, desde la perspectiva del patrono, tales erogaciones corresponderían a un gasto normal, necesario y hecho en el país con el objeto de producir la renta, por lo que sería deducible de su renta bruta a efectos del impuesto sobre la renta.

En caso de que se implemente esta modalidad, y se envíen los respectivos fondos al fideicomiso individual de los trabajadores, se revise que estos solo puedan obtener los referidos montos mediante los préstamos y anticipos que establece el artículo de 144 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores

³⁵ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6210 extraordinario, del 30-12-15.

y las Trabajadoras. Con el fin de evitar que la prestación de antigüedad adicional pactada convencionalmente sea considerada como parte del salario de los trabajadores, sugerimos que este beneficio se rija por los mismos términos y condiciones a las previstas para el régimen legal establecido en el Decreto-Ley y en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

Desde una perspectiva conservadora, consideramos que es factible que el patrono convenga con los trabajadores en pagar por este concepto el doble de los días a los que se encuentra obligada conforme lo establecido en el artículo 142 del Decreto-Ley. Es decir, que mensual o trimestralmente y con base en el salario integral efectivamente devengado por los trabajadores en el período respectivo, el patrono acredite 30 días de salario trimestralmente, en el mismo fideicomiso en el que actualmente efectúa los depósitos por este concepto. Igual tratamiento debe proporcionarse a los días adicionales que se causan por cada año adicional de servicio.

Como quiera que la finalidad de la prestación de antigüedad legal es que el trabajador disponga de un capital al momento de la terminación de la relación de trabajo, independientemente de su causa, el legislador dispuso que la referida prestación solo es exigible al término de la vinculación laboral. De manera excepcional y en forma limitada, el legislador estableció que solo se pueden solicitar anticipos hasta de un 75 % de los haberes, en los siguientes casos previstos en el Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras: i. La construcción, adquisición, mejora o reparación de vivienda para el trabajador y su familia; ii. la liberación de hipoteca o de cualquier otro gravamen sobre vivienda de su propiedad; iii. la inversión en educación para el trabajador o su familia, y iv. los gastos por atención médica y hospitalaria para el trabajador y su familia.

Respecto de la frecuencia con la cual pueden ser solicitados los anticipos sobre dicho capital, el artículo 100 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo los limita a una vez al año y previa la presentación de los soportes correspondientes. En los casos de gastos médicos, no se establece un límite en la frecuencia de los anticipos, en virtud de la naturaleza del gasto.

Es importante destacar que se debe evitar que el régimen de prestación de antigüedad legal y convencional pactado, sea libremente disponible por parte de los trabajadores si los fondos se encuentran en la contabilidad del patrono, toda vez que existe el riesgo que los pagos efectuados por tal concepto sean considerados como parte del salario. En este sentido, la Sala de Casación Social³⁶, ratificó la sentencia emanada del Juzgado Superior que estableció: «Se observa de la inteligencia de la norma que no le está dado al patrono pagar y consecuentemente entregar al trabajador mensualmente la prestación de antigüedad que haya acumulado (...) El legislador rodeó de restricciones la entrega o anticipo de dinero a cuenta de la prestación de antigüedad, entendiéndose a esta, como el capital que logra almacenar el prestatario de servicios, a lo largo de la prestación de servicios y que una vez terminada la relación de trabajo, el trabajador gozará de un capital que le permita mejorar su calidad de vida o subsistir hasta que logre un nuevo empleo...».

3.2. *Pago anticipado del recálculo de prestaciones*

El patrono puede válidamente depositar en el fideicomiso de prestaciones sociales de los trabajadores, el retroactivo que se ha generado hasta los momentos como un beneficio contractual, en forma de anticipo del cálculo establecido en el literal c, del artículo 142 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Los beneficios previstos en la legislación laboral venezolana son beneficios mínimos que otorga la Ley, pero el patrono tiene la posibilidad de ampliar el esquema según el cual se otorgan dichos beneficios, en la medida en que no se desnaturalice el beneficio.

Sería recomendable documentar el otorgamiento del mencionado beneficio contractual mediante un acuerdo en el cual el trabajador solicita el anticipo con base en una de las causales previstas en el Decreto-Ley para anticipos de prestaciones sociales y este acepta que dicho anticipo será incluido en la comparación que debe hacerse al final de la relación de trabajo entre la garantía (literales a + b del artículo 142 del Decreto-Ley) y el cálculo (literal c del artículo 142 *eiusdem*).

³⁶ TSJ/SCS, sent. del 10-05-05, *Ciro Vera Rangel vs. Sistemas Multiplexor S. A.*

De la misma manera, tributariamente, el pago del recálculo a los trabajadores representa una ventaja, pues, de acuerdo con previsto en el numeral 4 del artículo 14 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, estos pagos estarían exentos del impuesto sobre la renta de los trabajadores, por lo que no tendrían incidencia alguna a efectos del impuesto. A su vez, tales erogaciones corresponderían a un gasto normal, necesario y hecho en el país por el patrono con el objeto de producir la renta, por lo que sería deducible de su renta bruta a efectos del impuesto sobre la renta.

3.3. *Bonos*

Otra opción utilizada es el otorgamiento de bonos en bolívares o moneda extranjera. Para reducir la incidencia salarial del bono que se otorgue en el pago de los demás beneficios laborales, el patrono podría, por medio de un procedimiento interno, y antes de pagar el bono al trabajador: i. Deducir internamente la incidencia salarial del monto del bono a pagarse en los demás beneficios laborales, y ii. pagar separadamente el monto del bono y su incidencia.

La mejor forma de retener al personal mediante este beneficio es celebrar un contrato con el trabajador en el que se acuerde otorgar un monto por concepto de «bono de retención», el cual se pagará en varias cuotas. Como quiera que el trabajador debe continuar prestando servicios para recibir el depósito del referido beneficio, es decir la cuota correspondiente, el trabajador se mantiene estimulado en la prestación de sus servicios, pues, de retirarse, no obtendría el beneficio.

Desde la perspectiva fiscal, si los bonos son pagados mensualmente serían gravables con el impuesto sobre la renta de conformidad con el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta que ha ampliado la base imponible de los trabajadores quedando ellos sujetos al impuesto sobre la renta sobre todo tipo de remuneración, contraprestación o pago que perciban con ocasión de la relación de trabajo, lo cual incluye todas las bonificaciones y demás pagos extraordinarios que perciban los trabajadores. En este sentido, el patrono podría asumir el pago del impuesto sobre la renta que se derive del otorgamiento del bono, lo que representaría un beneficio para el trabajador, que

podría ser considerado salario, pero cuyo impacto puede deducirse de dicho pago igualmente.

En caso de que el patrono decida otorgar un «bono único y excepcional», sin que el mismo tenga impacto salarial, a los fines de disminuir los riesgos de futuras reclamaciones laborales, sería recomendable documentar que el referido bono no tiene por causa la prestación de los servicios, sino la actual situación económica del país, y los altos índices inflacionarios, en virtud de lo cual el patrono de forma unilateral, discrecional, y excepcional, sin tener la obligación legal de hacerlo, ha decidido otorgar por esta única vez el referido bono.

3.4. Préstamos

El patrono podría otorgar préstamos en bolívares o moneda extranjera a sus trabajadores, pagaderos a determinado tiempo o al finalizar la relación de trabajo. Dichos préstamos podrían pagarse con tiempo de servicio ininterrumpido –*verbi gratia* condonación de un porcentaje de servicio luego de completados tres, seis y nueve meses de servicio ininterrumpido– o ser compensados mediante el otorgamiento de un bono que pague el préstamo, o ser condonados por el patrono bajo ciertas condiciones luego de un período de tiempo de servicio. Asimismo, el patrono podría otorgar préstamos hipotecarios para vivienda con tasas de interés subsidiada o préstamos para adquisición de vehículo.

Los préstamos otorgados a los trabajadores para adquirir bienes y servicios no revisten carácter salarial, toda vez que: i. Se trata de un subsidio para mejorar la calidad de vida del trabajador y su grupo familiar, mediante la adquisición de un bien, y ii. adolece del elemento retributivo propio del salario, por cuanto no es otorgado para remunerar los servicios prestados por el trabajador, sino por la existencia del contrato de trabajo. Lo anterior, no obstante que la forma de pago del préstamo se verifique a través de la prestación efectiva de servicios, tal como lo estableció expresamente la Sala de Casación Social³⁷.

En efecto, la referida Sala estableció en la mencionada sentencia N° 1005/2006, que no reviste carácter salarial el préstamo que fue otorgado al trabajador para

³⁷ TSJ/SCS, sent. N° 1005, del 08-06-06.

la adquisición de un vehículo, cuya forma de pago se haría a través de la prestación personal de servicios. De otra parte, en relación con los créditos para adquisición, ampliación o reparación de viviendas, o para cancelación de hipotecas, con intereses u otras condiciones preferenciales, la misma Sala de Casación Social reiteró el criterio sentado en la sentencia N° 489/2003³⁸, respecto a que los subsidios o facilidades que otorga el patrono a los trabajadores no revisten carácter salarial, criterio que ha sido ratificado en el tiempo.

Asimismo, no existe prohibición legal actualmente que impida al patrono a otorgar préstamos a los trabajadores en divisas. Sin embargo, a los efectos de la moneda de pago del préstamo por parte de los trabajadores a su patrono, es importante que se determine la moneda si le será o no exigible al trabajador el pago del préstamo en divisas o en bolívares y la tasa de cambio aplicable en este último caso. En efecto, si el patrono no establece un convenio expreso según el cual el préstamo otorgado al trabajador en divisas, únicamente puede ser pagado en divisas por el trabajador, este tendrá la posibilidad de liberarse de su obligación pagando el préstamo en bolívares a la tasa de cambio oficial vigente para el momento del pago³⁹.

Debe tenerse en cuenta que, como la deuda que se le genera al trabajador es solicitada y otorgada sin garantía en las prestaciones sociales acumulada, es decir, con base en una causa distinta de las previstas en el artículo 145 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el patrono, en caso de que el trabajador se retire antes del tiempo acordado, únicamente podría compensar hasta el 50 % del crédito que resulte a favor del trabajador con cualquier concepto derivado de la prestación del servicio al momento de su liquidación.

En el caso de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda con tasas de interés subsidiadas o préstamos para adquisición de vehículo creemos que dichos préstamos no constituirían un ingreso para los trabajadores, ya que están sujetos a restitución por parte de los trabajadores.

³⁸ TSJ/SCS, sent. N° 489, del 30-07-03.

³⁹ TSJ/SCS, sent. N° 469, del 28-07-14.

Una variante dentro de esta alternativa que se ha observado actualmente en el mercado es la implementación de una política de venta de vehículos propiedad del patrono a los trabajadores, mediante contratos de venta con pacto de retracto. El patrono adquiere una flota de vehículos y se celebra el contrato, bajo las formalidades de Ley, según el cual se cobra cuotas del valor del vehículo al trabajador por la venta del vehículo. Este repago por parte del trabajador puede formularse bajo varios escenarios: i. Pago mediante la prestación del servicio o cuotas subsidiadas por el patrono, en caso de que la idea sea no cobrar efectivamente el valor del vehículo al trabajador; ii. no cobrar intereses o cobrar intereses preferenciales; iii. reembolsar el costo de gasolina y repuestos mientras el vehículo continúe bajo la propiedad del patrono. Bajo esta alternativa, mientras el trabajador no pague la deuda, el valor del vehículo, este no será de su propiedad. La venta del vehículo se realizará a través de un contrato de venta con pacto de reserva de dominio, en virtud del cual el patrono da en propiedad al empleado un vehículo, cuyo valor debe este repagar al patrono. Cuando se exige el pago de cuotas, normalmente se hace firmar el trabajador tantas letras de cambio como cuotas de pago existan, con las fechas de vencimiento respectivas y por un monto igual cada una de dichas cuotas de pago estipuladas. Asimismo, el contrato estipula que la transferencia de la propiedad del vehículo se perfecciona una vez realizado el último pago, momento en el cual el patrono debe liberar la reserva de dominio que posee sobre el vehículo.

Dichos beneficios no tendrían carácter salarial por su naturaleza de subsidio o facilidad para el trabajador y su familia de adquirir bienes y servicios, por una parte y, por la otra, la posibilidad de retención del personal se materializa en virtud de que el trabajador debe continuar prestando el servicio para obtener al final la propiedad del vehículo.

Por su parte, los préstamos cuyo pago se realiza a través de la prestación de servicios o mediante el otorgamiento de un bono que compense la deuda vienen a constituir, en nuestra opinión, es una verdadera contraprestación derivada de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, por lo que dichas sumas resultan gravables a los efectos del impuesto sobre la renta de los empleados como un ingreso.

Conclusiones

i. El esquema de la legislación vigente dificulta la implementación de un sistema laboral eficiente que permita remunerar adecuadamente a los trabajadores, al mismo tiempo que controlar los costos laborales asociados al pago del salario y su impacto en el resto de los beneficios laborales en Venezuela. La última reforma de la Ley del Trabajo no siguió el procedimiento constitucionalmente establecido, y mantuvo el sistema central del salario como factor multiplicador determinante del resto de los derechos de carácter económico. Se retornó al esquema de la retroactividad de las prestaciones sociales derogada a finales del siglo pasado, por un sistema que dificulta el control de costos asociados a la antigüedad en la prestación del servicio. Sería conveniente que se cree un nuevo marco regulatorio óptimo que permita la digna subsistencia de los trabajadores y un soporte económico eficiente de los costos laborales para trabajadores y patronos, a través de un cuerpo normativo emanado de la Asamblea Nacional, mediante el sistema de participación protagónico del pueblo y de sus representantes, previo estudio de las condiciones económicas necesarias para su implementación y desarrollo.

ii. Mientras no se normalice la economía local y se venza la inflación e hiperinflación, el pago del salario mediante un cono monetario de poco poder adquisitivo, sujeto a una volatilidad constante y a una devaluación significativa, impide a los trabajadores y a sus patronos cumplir con el mandato constitucional de establecer una remuneración que permita una vida digna que cubra, para el trabajador y para su familia, las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales (artículo 91 de la Constitución vigente).

iii. Ante el panorama actual, las partes de la relación laboral deben procurar un esquema remunerativo que les permita cumplir satisfactoriamente con las obligaciones y causas que los vinculan jurídicamente. Buscar un sistema de pago en divisas, así como otros mecanismos de retención que no incrementen demasiado los pasivos laborales, pero sí el patrimonio presente de los trabajadores, sería deseable, y sobre ello desarrollamos el hilo conductor del presente ensayo.

iv. Es viable y legal el pago total o parcial en divisas del salario o de los beneficios laborales por parte del patrono a sus trabajadores, y no existen restricciones desde el punto de vista legal bajo las normas de control de cambio y la legislación laboral, ya que ello no está sancionado bajo las normas relevantes de la Ley Cambiaria. Además, el pago del salario o beneficios laborales de los patronos a sus trabajadores no constituye una actividad cambiaria, sino el simple pago por los servicios subordinados prestados.

v. En nuestra experiencia, es una práctica común en el mercado sofisticado empresarial, el pagar salarios total o parcialmente en divisas, en el porcentaje que las partes decidan, así como beneficios laborales de los trabajadores en divisas, y es una de las mejores alternativas de retención de personal. Entre los beneficios laborales que suelen pagarse en divisas, además del salario, está el bono vacacional, las utilidades, las prestaciones sociales y bonificaciones. Ello suele hacerse a. mediante la conversión del salario nominal mensual del trabajador en bolívares a divisas, y el tipo de cambio a utilizar por las partes para dicha conversión puede ser acordada por las partes, pues es un beneficio contractual –no legal– que puede ser limitado por ellas, o b. mediante la denominación del salario directamente en divisas. Desde el punto de vista cambiario e impositivo, los beneficios recibidos por los trabajadores deben ser traducidos a moneda local, utilizando actualmente la tasa DICOM.

vi. También pueden emplearse, de manera alternativa o complementaria, otros esquemas remunerativos de carácter general, señalados anteriormente, tales como prestaciones sociales convencionales, así como el pago anticipado de su recálculo y los esquemas de bonos y préstamos mencionados, de manera de tratar de retener al personal, lo más satisfactoriamente posible y sin el incremento desmesurado de los costos laborales.

* * *

Resumen: El autor ofrece un ensayo a través del cual analiza las implicaciones de la inflación e hiperinflación que afecta actualmente el mercado laboral. En tal sentido, después de pasarse

por algunos aspectos preliminares, como la evolución de la normativa del salario y la irretroactividad de las prestaciones sociales, plantea la legalidad del pago del salario en divisas a los trabajadores, así como cuál sería el tipo de cambio, los aspectos contables y las diversas alternativas que se ofrecen, conforme con la legislación laboral, para el incremento remunerativo sin impacto salarial. **Palabras clave:** Pago en divisas, salario en divisas, alternativas de incremento remunerativo. Recibido: 31-01-18. Aprobado: 08-03-18.