



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

### **Ponencia de la Magistrada Doctora CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA**

En el juicio por calificación de despido que sigue el ciudadano **GIUSEPPE ROSCIANO POLITO**, representado judicialmente por los abogados Juan Carlos Lander Paruta y Neptali Martínez López; contra la sociedad mercantil **DAVINES DE VENEZUELA, C.A.**, representada judicialmente por los abogados Cristian Josefina Morales Díaz y Luis Enrique Montezuma Zambrano; el Juzgado Quinto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante decisión de fecha 14 de mayo de 2013, declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la decisión proferida en fecha 6 de noviembre de 2012, por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial y declaró sin lugar la demanda.

Contra la sentencia de alzada, la representación judicial de la parte demandante interpuso recurso de control de la legalidad; por lo que las actas procesales fueron remitidas a esta Sala de Casación Social.

En fecha 19 de febrero de 2014, esta Sala de Casación Social, mediante sentencia N° 0132, admitió el recurso de Control de la Legalidad. No hubo impugnación.

Por cuanto en fecha 29 de diciembre de 2014, tomaron posesión en sus cargos los Magistrados Dra. Mónica Misticchio Tortorella, Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Dra. Marjorie Calderón Guerrero; designados en fecha 28 de diciembre de 2014, por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela por un período constitucional de doce (12) años; se reconstituyó la Sala de Casación Social, y con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y en aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de justicia, la Sala quedó conformada de la manera siguiente: Presidenta, Magistrada Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Misticchio Tortorella; los Magistrados Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Dra. Marjorie Calderón Guerrero.

En fecha 11 de febrero de 2015, se realizó sesión de la Sala Plena de este máximo Tribunal con el objeto de designar las nuevas autoridades quedando constituida la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia el día 12 de febrero de 2015 de la siguiente manera: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Misticchio Tortorella; los Magistrados, Dra Carmen Elvigia Porras de Roa; Dr Edgar Gavidia Rodríguez y Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo, Secretario Dr. Marcos Paredes y Alguacil Sr. Rafael Arístides Rengifo.

Concluida la sustanciación del recurso, tuvo lugar la celebración de la audiencia oral, pública y contradictoria en fecha 2 de marzo de 2015, a las 9, 30 am., efectuada la misma esta Sala dictó el fallo oral a tenor de lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En esta oportunidad pasa a Sala pasa a publicar la sentencia de conformidad con lo establecido en la citada disposición legal, conforme a los siguientes términos:

-

-

### **RECURSO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD**

**-I-**

Arguye la representación judicial de la parte demandante que la sentencia recurrida vulneró normas de orden público contenidas en el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, e igualmente infringió el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, al incurrir en el vicio de inmotivación por silencio de pruebas de los instrumentos administrativos, que demostraban que la actora laboró hasta su despido para la empresa accionada, por cuanto aparecía inscrito en ella como trabajador y no como accionista tal como lo determinó la recurrida, al señalar que la actora ejerció un cargo sin subordinación por ser un “*accionista mayoritario*”.

Denuncia la recurrente, que la sentencia impugnada vulneró el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la reiterada doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala de Casación Social en las sentencias N° 602 de fecha 28 de abril de 2009 y N° 1197 de fecha 31 de octubre de 2012, y al efecto explicó, que el juzgador no aplicó el “*test de dependencia*” sentado por esta Sala, para determinar la calificación de una relación jurídica como supeditada al ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo, dando de esta manera por reconocido el carácter de gerente general al trabajador, sólo por las facultades conferidas al mismo para el manejo de la empresa, presumiendo este hecho sobre la base del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Señala que ante la falta de claridad de la postura asumida por la demandada en su contestación respecto a la prestación del servicio y la relación de trabajo, la recurrida debió entender que la carga de demostrar la presunción de laboralidad le correspondía a la accionada, sin embargo ese no fue el efecto en el establecimiento de los hechos, por cuanto sobre la base de un análisis “*desequilibrado y abusivo*” de la facultad de tomar testimonio a las partes, concluyó en “dejar sin efecto la presunción de laboralidad”.

Refiere que el *ad quem*, en la sentencia incurre en el vicio de suposición falsa y en la violación de los artículos 10 y 69 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al dar por demostrada la inexistencia de la relación laboral, sobre la presunción de las cantidades recibidas por el actor en su cuenta nómina aun cuando las mismas se trataban de gastos personales, convenidos entre la empresa y el trabajador.

### **Para decidir, la Sala observa:**

Del análisis que se hace a la sentencia recurrida se verifica que la Alzada, declaró con lugar el recurso de apelación ejercido por la parte demandada, al determinar que la naturaleza real de los servicios prestados por el actor, eran de carácter distinto al laboral, por la condición de accionista mayoritario de la empresa accionada, y que como consecuencia de ello el actor no gozaba de estabilidad laboral.

Por su parte el formalizante alegó, que la sentencia recurrida infringió el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, por errónea interpretación, al considerar desvirtuada la presunción de laboralidad que operó por la admisión de la prestación del servicio personal, por el hecho de que el demandante es accionista de la empresa demandada, por figurar como Gerente General de la misma y haber ejercido funciones de administración y dirección, hechos por sí solos que no son capaces de desvirtuar tal presunción, ya que están presentes los atributos de **ajenidad, dependencia y contraprestación salarial**, pues el actor siempre ejerció funciones de empleado de dirección y confianza, definidas en los artículos 42 y 45 de la citada Ley sustantiva laboral, los cuales fueron violados por la decisión de alzada, por falta de aplicación, pues, no calificó al actor como empleado de dirección, a pesar de que estaban dadas las condiciones para ello, pues, le fue encomendada la administración de la empresa por la Asamblea como órgano supremo de la compañía accionada.

Conforme al artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, se presume la existencia de una relación laboral entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba, presunción legal que admite prueba en contrario y que pone en cabeza del demandado la carga de desvirtuar la naturaleza laboral de la relación que se presume una a las partes, demostrando que no se cumplen las condiciones de ajenidad, subordinación y salario, para calificarla como tal; por otra parte, los artículos 41, 42 y 45 *eiusdem*, definen como empleado a aquél trabajador en cuya labor predomina el esfuerzo intelectual, como empleado de dirección a aquél que interviene en la toma de decisiones de la empresa, así como el que representa al patrono frente a otros trabajadores o terceros, pudiendo sustituirlo en todo o en parte, y, por último, establece que debe considerarse como trabajador de confianza al que por su labor tiene conocimientos de secretos industriales o comerciales del patrono, participa en la administración del negocio o en la supervisión de otros trabajadores.

La sentencia recurrida, respecto a la naturaleza de la relación que unió al actor con la empresa demandada, en su motiva estableció:

(...) observa esta alzada, que el actor siempre se comportó (sic) como un socio, quien ordenaba y acreditaba los montos de la cuenta bancaria cuando se regularizo(sic) a través de transferencias, donde el actor acepta que era de esa forma el pago de sumas de dinero que como quedó aceptado entre las partes en la declaración ante esta alzada, ambos pactaron el pago de sumas mensuales para

gastos personales, por lo que no existen condiciones de carácter laboral; así las cosas analizados todos y cada uno de los elementos no existen dudas para quien sentencia que en el caso in comento existe un problema de accionistas que debe resolverse dentro de la jurisdicción competente y no es de carácter laboral, (...), quien desde el inicio de la constitución de la empresa se mantuvo en el ejercicio de sus derecho como empresario, comerciante en la dirección y administración de la accionada, y de cuya declaración incurre en confesión al delatar no tener ningún control disciplinario, no tener consecuencias jurídicas sus ausencias, y que sus beneficios socioeconómicos efectivamente superaban con creces los disfrutados por el personal subordinado y que estaban a su cargo; (...) debemos dar por demostrado que estamos en presencia de un empresario, accionista mayoritario no un simple accionista, que acepta incluso haber tomado decisión desde el inicio de la forma de constitución de la empresa y que es socio fundador, bajo cuyo control desarrolló su actividad; por lo que en el presente caso no existe elementos de convicción sobre la existencia de una relación de carácter laboral. (...).

Del extracto de la recurrida parcialmente transcrito se desprende que se consideró la relación por la que se vincularon las partes como de naturaleza distinta a la laboral, en virtud del servicio prestado por el actor como empresario en su condición de accionista de la empresa, por cuyo ejercicio comercial había obtenido beneficios económicos que superan las prestaciones obtenidas por un trabajador ordinario, y en razón de ello se declaró sin lugar la demanda interpuesta.

De la revisión exhaustiva de las actas que conforman el expediente así como de lo alegado y probado en autos, se observa que el punto controvertido consiste en determinar **el carácter laboral del vínculo** que existió entre el ciudadano Giuseppe Rosciano Polito, y la sociedad mercantil Davines de Venezuela, C.A., la cual fue calificada como mercantil o comercial por la demandada, en virtud de la condición del actor de accionista mayoritario e integrante de la junta directiva de la sociedad mercantil demandada.

Respecto al régimen jurídico de los miembros de las juntas directivas, administradores y accionistas de las sociedades mercantiles en el Derecho laboral, esta Sala ha expresado en sentencia N° 1985 del 9 de octubre de 2007 (caso: *José León Beracasa Rodríguez contra C.A., Tenería Primero de Octubre*), que desde el punto de vista jurídico **es posible la coexistencia** de la relación laboral y el carácter de accionista del trabajador, en los siguientes términos:

(...) a pesar de que el actor fue socio –minoritario- de la empresa (...), accionista principal de la empresa demandada, ello, en modo alguno, resulta un elemento suficiente para desvirtuar la presunción de laboralidad, ya que **es factible que un trabajador se vincule con la empresa para la cual labora, a través de la obtención de acciones que conforman su capital**, pues lo importante, es determinar, en cada caso, la subordinación o dependencia del trabajador con respecto a su patrono y la determinación del interés propio o por cuenta ajena en la prestación del servicio. (Resaltado añadido).

De tal manera que, en aquellos casos en que la actividad de uno de los miembros de la Junta Directiva o administrador y accionista de la sociedad mercantil no se limita a los cometidos inherentes a su cargo, sino que además organiza y dirige la empresa, previa delegación de la asamblea, ostentando poderes generales con ciertas notas de libertad, remuneración, ajenidad y dependencia, su relación debe calificarse como trabajador de dirección, aun cuando, la subordinación o dependencia, que es tan fuerte en la mayoría de las relaciones de trabajo, resulte tan sutil que apenas pueda apreciarse, porque es precisamente el alto directivo el que organiza y

dirige, y sus órdenes han de ser acatadas por el resto de los trabajadores. Esta dependencia es detectable en la relación entre el alto directivo y la empresa, porque aquél está obligado a reportar su actividad a la persona u órgano superior de esa sociedad mercantil que expresa la voluntad de la empresa, por encima de su voluntad individual.

Bajo este orden argumentativo, esta Sala de Casación Social reconoce que la condición de miembro de la Junta Directiva de una sociedad mercantil, cuando realiza una prestación de servicios con características de laboralidad, puede coexistir con la condición de trabajador, aun tratándose de un empleado de dirección, no excluido de la tutela del Derecho del Trabajo, con beneficios laborales sean cuantitativamente superiores al resto de los trabajadores.

De manera que, al no excluir expresamente la legislación laboral venezolana de su ámbito de aplicación a los socios y directivos de las sociedades mercantiles, el contrato de trabajo no se desnaturaliza por la diferente condición personal “socio” y “accionista” en orden “mayoritario” o “minoritario” de quien realice la prestación del servicio correspondiente, pudiendo coexistir perfectamente entre las personas una relación societaria y una laboral, ya que ambas pueden originarse como consecuencia de la organización de los factores de producción que se entremezclan generando eventualmente consecuencias en ambos supuestos, sin que la existencia de la una sea consecuencia de extinción de la otra.

Ahora bien, el artículo 89, ordinal 2º, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, consagra la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador de manera explícita, por lo que relaciones laborales y societarias no son excluyentes, ya que al trabajador debe garantizársele su derecho al trabajo, aun cuando el mismo desarrolle la prestación de servicio en su condición de accionista y miembro de la junta directiva.

En tal sentido, vale hacer referencia al principio rector del Derecho del Trabajo de primacía de la realidad sobre las formas que, en criterio de la Sala Constitucional, expresado en sentencia N° 430 del 14 de marzo de 2008 (caso: *Rafael Valentino Maestri y María Peirano*), “*es inaceptable que se pervierta este principio claramente protector de los trabajadores para, en aras de una pretendida objetividad técnica o axiológica, favorecer al patrono*”.

Respecto a la categorización de empleado de dirección, esta Sala de Casación Social, en sentencia N° 2145, de fecha 16 de diciembre de 2008 (caso: *Alfonso Cordido Espósito* contra las sociedades mercantiles *Servicios Integrales 2000, C.A., y Cleaning Concepts, C.A.*), señaló:

(...) , observa la Sala que en el presente caso, el juzgador de la recurrida aún reconociendo la existencia y validez de las normas sustantivas que regulan la presunción de laboralidad que surge entre quien preste un servicio personal y quien lo recibe, los elementos característicos del vínculo laboral, a saber, prestación de servicio, remuneración y dependencia, yerra en el alcance e interpretación de éstos, toda vez que luego del análisis del acervo probatorio, en el texto de la recurrida concluyó que la parte accionada había logrado desvirtuar la referida presunción, porque el actor “...poseía acciones, ejercía el cargo de Director, tomaba decisiones vinculadas con el funcionamiento comercial dentro de las empresas (...), por las características de la prestación del servicio que el demandante, además de ser accionista de las codemandadas, ejercía un cargo

directivo, pues tomaba decisiones respecto al giro comercial de las mismas y además impartía ordenes a otros trabajadores, lo cual, configuraba el supuesto de hecho de los artículos 42 y 45 de la Ley Orgánica del Trabajo, que consagran la definición de empleado de dirección y de confianza, que indican que el trabajador que interviene en la toma de decisiones de la empresa, así como el que representa al patrono frente a los otros trabajadores o ante terceros debe ser calificado como empleado de dirección y el que participe en la administración del negocio o en la supervisión de otros trabajadores es un trabajador de confianza, razón por la cual, al no haber aplicado el juez de alzada dichos preceptos legales, incurrió en su infracción.

En tal sentido, conforme al artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, dispone que *“se entiende por empleado de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones”*.

Ahora bien, constituye criterio reiterado de esta Sala que la calificación de un cargo como de dirección o de confianza dependerá de la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente de la denominación que haya sido convenida por las partes o de la que unilateralmente hubiese establecido el patrono.

Asimismo, que la condición de empleado de dirección es de carácter excepcional y restringido, por lo que esta denominación únicamente se aplica a los altos ejecutivos o gerentes de las empresas, que participan en lo que se conoce como *“las grandes decisiones”*, es decir, en la planificación de la estrategia de producción, en la selección, contratación, remuneración o movimiento de personal, en la representación de la empresa y en la realización de actos de disposición de su patrimonio; de allí, que no puede ser considerado como empleado de dirección cualquier trabajador que de alguna manera tome o transmita decisiones en el proceso productivo de la empresa; tal afirmación conllevaría al absurdo de calificar a la gran mayoría de los trabajadores como empleados de dirección.

De las actas que conforman el expediente se pudo evidenciar que no resultó un hecho controvertido el cargo desempeñado por el actor, esto es, **Gerente General**, aunado al hecho que dentro de sus funciones se encontraba representar a la accionada y actuar en su nombre, pues, según se evidencia de la prueba de informes solicitada al Banco de Venezuela, (f. 221), de cuyo contenido se desprende que el accionante mantenía firma autorizada para movilizar las cuentas bancarias de la empresa demandada, asimismo marcada C, estados de cuenta emanados de la entidad financiera Corp. Banca, a los folios 142 al 217, de las cuales se observa el pago periódico, regular y permanente del concepto denominado **nómina**, lo que en aplicación de la legislación laboral venezolana debe ser considerado como el salario percibido por el actor, elementos que conllevan a esta Sala a considerar que, en efecto, el demandante en el ejercicio de su cargo cumplía con responsabilidades de envergadura que le atribuyen la categorización similar a la de **empleado de dirección**, conforme a ello y lo previsto en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Así las cosas, se evidencia que la conclusión a la que arriba el sentenciador de alzada, por la que negó el carácter laboral a la relación existente entre las partes de autos, configura la infracción de los artículos 65, 41 y 42 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), así como los artículos 10 y 69 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

No obstante lo anterior, al verificarse que el servicio prestado por la parte actora en el ejercicio de sus funciones participa de la **naturaleza jurídica de un trabajador de dirección**, el cual conforme a las previsiones contenidas en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) aplicable *ratio tempore*, resulta excluido del régimen de estabilidad laboral, por lo tanto, la infracción evidenciada en el fallo impugnado no resulta determinante del dispositivo del fallo, toda vez que la demanda de calificación de despido incoada por el ciudadano Giuseppe Rosciano Polito, contra la sociedad mercantil Davines de Venezuela, C.A., debe declararse sin lugar, aunque con diferente motivación, sin embargo ello, no impide que el actor pueda interponer las acciones jurídicas por el cobro de prestaciones sociales que pudieran corresponderle, en aras de garantizar sus derechos laborales.

Como corolario de lo antes expuesto, se declara sin lugar el recurso de control de la legalidad propuesto por la parte actora. Así se decide.

-

**DECISIÓN**

En mérito de las consideraciones anteriores, esta Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara **PRIMERO**: SIN LUGAR el recurso de control de la legalidad interpuesto por la representación judicial de la parte actora contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 14 de mayo de 2013; **SEGUNDO**: SE CONFIRMA el fallo recurrido con diferente motivación en los términos reseñados *supra*.

Dada la naturaleza del fallo, no hay condenatoria en costas.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial arriba identificada. Particípese esta decisión al Juzgado Superior de origen, de conformidad con lo establecido en el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los diez (10) días del mes de marzo de dos mil quince. Años: 204° de la Independencia y 156° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

---

**MARJORIE CALDERÓN GUERRERO**

La Vicepresidenta,

Magistrada Ponente,

\_\_\_\_\_  
MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

\_\_\_\_\_  
CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA

Magistrado,

Magistrado,

\_\_\_\_\_  
EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

\_\_\_\_\_  
DANILO ANTONIO MOJICA  
MONSALVO

El Secretario,

\_\_\_\_\_  
MARCOS ENRIQUE PAREDES

**EXP. N° AA60-S-2013-000875.**

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,