



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE

**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN SOCIAL**  
**SALA ESPECIAL SEGUNDA**

Ponencia de la Magistrada Dra. **MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA**

En el proceso judicial que por cobro de diferencia de prestaciones sociales y otros conceptos laborales sigue el ciudadano **ANTONIO JOSÉ CORTEZ DELGADO**, titular de la cédula de identidad N° V-10.872.231, representado judicialmente por los profesionales del Derecho Marcos Vilera, Rita Morales y Brismay González, inscritos en el INPREABOGADO bajo los N°s 15.284, 11.337 y 130.752, en su orden, contra la sociedad mercantil **MERCK, S.A.**, anotada ante el “*Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha catorce (14) de junio de 1954, bajo el número 322, Tomo 2-A*”, representada por los abogados José Ernesto Hernández Bizot, Ángel Francisco Mendoza Quintana, Vanessa Eduvigis Mancini Gutiérrez, Hadilli Fuadi Gozzaoni Rodríguez, Evelyn del Valle Pérez Rojas, Daniela Arévalo, Daniela Sedes Cabrera, Juan Carlos Varela, Liliana Salazar Medina, Emma Neher, Ricardo Alonso, María Alejandra Blanco Peña, Hender Montiel Martínez, Doralice Bolívar Sánchez, Ilyana León Toro, Gerardo Gascón Domínguez, Amaranta Lara Márquez, Fabiola Pantoja Rodríguez, Heymer Rodríguez Duque, Daniel Jaime, Liliana Acuña, Victoria Álvarez, Julimar Sanguino Pérez, Adriana Carvajal Bisulli, Claudia Alimenti, Ana Carolina Dávila, Diego Castro, Daniela Jaraba Castillo y Carlos Alberto Arriaga Tirado, con INPREABOGADO N°s 117.738, 117.160, 145.287, 121.230, 91.484, 129.882, 89.504, 48.405, 52.157, 55.561, 90.814, 38.901, 63.972, 129.808, 171.696, 171.695, 181.496, 181.735, 180.351, 181.458, 125.276, 130.598, 110.679, 125.277, 219.110, 219.108, 219.109, 117.988 y 224.115, correlativamente; el Juzgado Superior Séptimo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante decisión de fecha 14 de octubre de 2013, declaró sin lugar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, y en consecuencia, confirmó la decisión proferida el 18 de junio de 2013, por el Juzgado Décimo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la aludida Circunscripción Judicial, que había declarado ‘*con lugar la demanda por cobro de diferencia de prestaciones sociales incoada*’.

Contra la decisión de alzada, ambas partes anunciaron recurso de casación, los cuales fueron admitidos el día 22 de octubre de 2013, constando en autos escritos de formalización presentados tempestivamente. Hubo impugnación, tanto de la parte actora como de la parte demandada.

En fecha 19 de noviembre de 2013, se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez

En fecha 28 de diciembre de 2014, la Asamblea Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 264 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 8 y 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, designó como Magistrados Principales de esta Sala de Casación Social a los Dres. Edgar Gavidia Rodríguez, Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Marjorie Calderón Guerrero, quienes tomaron posesión de sus cargos el día 29 de diciembre de 2014.

Por auto de fecha 12 de enero de 2015, se reconstituyó la Sala de Casación Social quedando conformada del modo siguiente: Presidenta, Magistrada Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, los Magistrados Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Dra. Marjorie Calderón Guerrero. En esa oportunidad se reasignó la ponencia del presente asunto, a la Magistrada Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, quien con tal carácter suscribe este fallo.

Posteriormente, en fecha 12 de febrero de 2015, en razón de la celebración de la sesión extraordinaria de Sala Plena de este máximo Tribunal el 11 del mismo mes y año, en la que se procedió a designar a las nuevas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, se reconstituyó esta Sala de Casación Social quedando integrada así: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, Magistrada Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa, los Magistrados Dr. Edgar Gavidia Rodríguez y Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

Mediante Resolución N° 2015-0010 de fecha 27 de mayo de 2015, proferida por la Sala Plena de este alto Tribunal, se crean las Salas Especiales de la Sala de Casación Social y el Acta de instalación de las mismas, y en consecuencia, en fecha 21 de julio de 2015, la presente causa pasa al conocimiento de las Salas Especiales, concretamente a la Sala Especial Segunda, integrada por la Magistrada Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, y las Magistradas Accidentales Carmen Esther Gómez Cabrera y Mónica Maylen Chávez Pérez.

En fecha 23 de diciembre de 2015, la Asamblea Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 264 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 8 y 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, designó como Magistrado Principal de la Sala de Casación Social al Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, quien tomó posesión del cargo en la misma fecha.

Vista la imposibilidad manifestada por la Magistrada Dra. Mónica Chávez Pérez de no poder asistir por razones justificadas, se convocó a la Magistrada Dra. Sonia Coromoto Arias Palacios de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Resolución N° 2015-0010 del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de mayo de 2015, mediante la cual, se crean las Salas Especiales; quedando constituida la Sala Especial Segunda de la manera siguiente: Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, Magistrada Dra. Carmen Esther Gómez Cabrera y Magistrada Dra. Sonia Coromoto Arias Palacios.

Mediante auto de fecha 1° de abril de 2016, se fijó la audiencia oral, pública y contradictoria prevista en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el día viernes 13 de mayo de ese mismo año, a las doce del mediodía (12:00 m.). Posteriormente, fue diferida para el día lunes 16 de mayo de 2016, a las nueve de la mañana (9:00 a.m.).

Celebrada la audiencia en la fecha indicada, y dictada la decisión en forma oral e inmediata, esta Sala de Casación Social, procede a publicar la misma en atención a lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en los términos siguientes:

### **DEL RECURSO DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA**

#### **-ÚNICO-**

De conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia la infracción por **falta de aplicación** del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

Expone que el vicio enunciado se constata cuando tanto el juez de primera instancia como el *ad quem*, a pesar de haber otorgado plena eficacia probatoria a la “*liquidación*” y al “*reporte mensual del mes de julio*”, consideraron únicamente los incentivos desglosados en el reporte mensual, equivalente a la cantidad de Bs. 1.933,04, omitiendo los incentivos producidos en el mismo mes –julio de 2011–, atinentes a “*Incentivos Julio*”, “*Incentivos S-D-F Julio*” e “*Incentivos Agosto*”, los cuales constan en la planilla de “*liquidación definitiva por cese de la relación laboral*” (*Vid.* Folio 74 del expediente), cuyo monto ascendía a Bs. 1.968,35, por lo que al asegurar el *ad quem* que los conceptos condenados debían ser calculados con base al último de los salarios devengados, incurrió en un grave error, al no ordenar el pago de los mismos, con base a la cantidad de Bs. 3.901,79, monto que fue indicado en el escrito de demanda como último ingreso variable generado por el accionante.

En ese mismo orden de argumentación, afirma que al no haber sido consideradas todas las pruebas consignadas en el expediente, se infringió –a su decir– la disposición normativa enunciada *supra*. Expone que ambos juzgadores, a pesar de haber analizado las documentales precitadas y haberles concedido valor probatorio, se apartaron de la apreciación acertada, puesto que tanto la “*liquidación*” como el “*reporte mensual del mes de julio*”, contenían montos complementarios de los incentivos devengados y pagados al ciudadano Antonio Cortez en el mes de julio de 2011, que debían ser estimados en la oportunidad de establecer el salario que debía servir como base de cálculo para la cuantificación de todos los conceptos reclamados y condenados.

La Sala para decidir observa:

Ha sido criterio reiterado de esta Sala de Casación Social, que el vicio de falta de aplicación de una norma jurídica se verifica cuando el sentenciador no utiliza una disposición legal que se encuentra vigente, a una

determinada relación jurídica que está bajo su alcance (*Vid.* sentencia N° 509 del 11 de mayo de 2011, caso: *Teresa Gutiérrez de Domínguez y otros contra Estudios y Proyectos Ditech, S.A.*).

En el caso *sub-lite*, denuncia la parte demandante recurrente la transgresión de la disposición normativa contenida en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto los jueces de instancia consideraron que las cantidades canceladas a favor del accionante en la documental titulada “*liquidación definitiva por cese de la relación laboral*” (*Vid.* Folio 74 del expediente), atinentes a “*Incentivos Julio*”, “*Incentivos S-D-F Julio*” e “*Incentivos Agosto*”, no debían ser parte integrante del salario variable percibido en el último mes de labores, y por tanto las excluyó de la remuneración base de cálculo de los conceptos reclamados y condenados a favor del ciudadano Antonio José Cortez Delgado.

Ante tal argumento, es imperativo para esta Sala, traer a colación el contenido de la norma del Código de Procedimiento Civil cuya infracción se denuncia:

**Artículo 12.** Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

Del contenido de la disposición normativa transcrita *supra*, se desprende que la misma, constituye una norma de naturaleza general, que consagra los deberes del Juez como rector del proceso y figura garante de administrar justicia, es decir, que el juez en el ejercicio de sus facultades decisorias, debe indagar la verdad por todo medio legal, pero estando limitado por el principio dispositivo.

En virtud de la naturaleza del enunciado normativo denunciado, este órgano jurisdiccional considera que no es posible atender su denuncia de manera aislada, puesto que para que tal delación surta efectos en sede casacional, debe efectuarse concatenándola con alguna otra norma que haya resultado directamente infringida en el caso concreto, pues de hecho su infracción aislada sólo se ha permitido bajo la vigencia del Código Procedimiento Civil, en el caso de que se alegue la segunda modalidad de suposición falsa o la violación de una máxima de experiencia. Pues, así lo ha establecido la Sala de Casación Social en sentencia N° 82 de fecha 6 de abril de 2000 (caso: *Edgar Luis Capriles contra Leonor Giménez de Mendoza*), en la que se sostuvo:

De la anterior argumentación se debe inferir, que en los casos en los cuales se denuncie como infringido el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, bien sea por la aplicación de una máxima de experiencia o por qué se incurre en el segundo caso de suposición falsa; es una carga actual para el denunciante señalar el artículo o artículos violentados por el juez, siendo que éstos eran los únicos supuestos donde se permitía la denuncia aislada del artículo; resulta evidente que para las restantes situaciones en donde se señale como infringido el artículo, debe el recurrente igualmente indicar el tipo de vicio de que se trate y el artículo o artículos violentados.

Del fallo parcialmente reproducido, se denota la carga del recurrente al plantear la infracción del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, de detallar en su escrito de formalización, las demás normas que considere se hayan violentado al no haber el juez cumplido con la obligación de decidir conforme a lo alegado y probado en autos, conteste a su experiencia común o máximas de experiencia; excepto si lo planteado por el formalizante encuadra en el segundo caso de suposición falsa, referente a que el juzgador da por demostrado un hecho sin respaldo probatorio alguno.

En el caso *sub-examine*, del análisis de la denuncia planteada se desprende que la representación judicial de la parte actora cuestiona la decisión emitida tanto por la *a quo* como por el *ad quem*, al considerar que habiéndosele otorgado valor probatorio tanto a la planilla de “liquidación” como a la documental signada como “*reporte mensual del mes de julio*”, los mismos no extrajeron lo que a su decir se constituía como un hecho positivo, referido al último salario devengado por el accionante.

Cónsono con lo anterior, y para mayor entendimiento resulta imprescindible para esta Sala traer a colación, lo afirmado por el juez de alzada en su fallo:

...En lo que se refiere a la apelación de la parte actora, la misma solicita que para la cancelación de los conceptos condenados, si bien se debe tomar como base en el último salario variable reflejado en el recibo de pago del mes de julio 2011, no obstante, pide que además se tomen los incentivos que aparecen reflejados en la planilla de liquidación, considerando la peticionante que estos conceptos también forman parte los “incentivos del reporte mensual” reconocidos por la demandada; siendo que al respecto esta alzada considera que este pedimento es improcedente, pues con el mismo lo que se pretende es que se le pague dos veces un mismo concepto, toda vez que al cotejarse los recibos de pago que corren a los folios 76 (traído por la parte actora) y 158 (traído por la parte demandada), se verifica que el monto salarial tomado por el a quo está ajustado a derecho... (Sic).

Conforme a lo decidido por el juez de segunda instancia, es evidente que la parte recurrente no atendió el criterio jurisprudencial citado precedentemente, atinente a la transgresión del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, no obstante, es de resaltar que también se desprende que lo pretendido es cuestionar la conclusión a la que arribó el juzgado superior, al analizar exhaustivamente las probanzas contenidas en los folios 76 al 158 del expediente, el cual en su función judicial de manera coherente estableció que tratándose el *thema decidendum* de la cancelación desacertada de la parte variable del salario, patentizada en la planilla de “*incentivos del reporte mensual*” al no utilizarse el monto total para la cuantificación de la incidencia de días de descanso y feriados de la parte variable, sino subdividir dicho monto total en salario variable y pago de días de descanso y feriados, no era procedente incluir los montos reflejados en la planilla de “*liquidación*”, pues ello constituiría un pago doble.

Es imprescindible indicar que lo pretendido por la parte accionante a través del planteamiento desarrollado en su recurso, está referido a cuestionar el alcance probatorio que confirió el Juzgado Séptimo Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, a las documentales tituladas recibos de pago que rielan a los folios 76 y 158 del expediente, asunto que no es objeto del recurso extraordinario de casación dada la naturaleza jurídica del mismo, en virtud del principio de la libre apreciación de las pruebas, otorgado a los jueces de instancia dada su soberana potestad.

En refuerzo de lo anterior, es de destacar que el proceso laboral venezolano, en cuanto al sistema de valoración de las pruebas, prevé en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la primacía de las reglas del pensamiento lógico, por lo que el juzgador está obligado a que esa libre apreciación sea razonada, es decir, que ha de contener el argumento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano judicial. Siendo únicamente denunciable la violación de la misma, cuando la apreciación de la prueba se haya realizado en forma arbitraria o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer, con lo cual se infrinja el ordenamiento jurídico, ello, en pro y garantía del principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos constitucionalmente consagrados y no cuando simplemente se pretenda discutir la soberana apreciación de los jueces de instancia en la valoración otorgada a los medios probatorios.

Por las consideraciones expuestas anteriormente, se declara improcedente la presente delación. Así se decide.

### **DEL RECURSO DE CASACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

#### **-I-**

De conformidad con el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y en concordancia con el ordinal 2° del artículo 313 y el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, la parte demandada recurrente denuncia el vicio de suposición falsa, al entender que la sentencia recurrida dio por demostrado un hecho cuya inexactitud resulta de las actas del expediente, por lo que igualmente denuncia como infringido el artículo 1363 del Código Civil, en concordancia con el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil.

Sostiene la accionada recurrente que, en el caso *sub-lite* uno de los puntos a decidir consistía en la comprobación del pago sobre la porción fluctuante de la remuneración recibida por el demandante, puesto que éste alegó en su escrito de demanda que hubo un “*salario dejado de percibir*” por concepto de días de descanso y feriados conforme con los incentivos generados.

Considera que la sentencia impugnada concluye erradamente que “*de acuerdo al material probatorio valorado supra (ver folios 74 al 98 y 159 al 160), la otra porción se corresponde con la denominación de salario variable, no constituyendo un salario fluctuante...*”.

En esa misma línea argumentativa, indica que la recurrida al interpretar incorrectamente los reportes por incentivo, así como los recibos de pago consignados por ambas partes, determina que la porción fluctuante percibida por el accionante, se encuadraba en una especie de salario variable, descartando pura y simplemente las defensas opuestas en el escrito de contestación y concluye de forma equívoca que la empresa accionada debe efectuar un supuesto y negado pago adicional por cada día feriado y descanso semanal.

Adicionalmente afirma que, al demandante prestar servicios a favor de la empresa como visitador médico, siempre estuvo informado de su paquete de compensación y particularmente de su plan de incentivos y jamás manifestó algún tipo de inconformidad con el monto percibido por los alicientes económicos recibidos durante más

de cinco años consecutivos, ni con su impacto en los días domingos y feriados, lo que evidencia aún más el error de percepción de la recurrida al determinar que del reporte de incentivos y de los recibos de pagos, se evidenciaba un salario variable, cuando lo cierto –a su decir– es que de las referidas documentales se verifica fehacientemente dos situaciones: *i*) que el accionante siempre estuvo informado de su plan de incentivos el cual tuvo su inclusión en los días de descanso y feriados, y *ii*) que recibió conforme el aludido pago durante toda la vigencia del vínculo laboral.

Por último, asegura que el juez superior al determinar la existencia de un supuesto salario variable, no se percató que en cada reporte mensual y en cada recibo de pago consignado por el accionante, se encontraba debidamente detallado cuáles eran las cantidades canceladas por día de descanso y feriados así como los incentivos mensuales, incurriendo nuevamente en el vicio de suposición falsa.

A fin de resolver lo denunciado, esta Sala aprecia lo siguiente:

En reiterada y pacífica jurisprudencia, ha dejado establecido esta Sala de Casación Social que el vicio de suposición falsa, consiste en la afirmación por parte del sentenciador de un hecho positivo y concreto, establecido falsa e inexactamente a causa de un error de percepción, porque atribuye a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o da por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos, o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo.

En el caso objeto de análisis, evidencia esta instancia jurisdiccional que lo pretendido por la parte demandada recurrente, es cuestionar la connotación de salario variable, otorgado por el *ad quem* a los denominados “*incentivos de fuerza de ventas*”, lo cual produjo erradamente -a su parecer- la condenatoria por concepto de incidencia de los días de descanso y feriados.

Con base en lo anterior, resulta imperativo examinar lo sostenido en la sentencia impugnada, respecto al tipo de salario devengado por el accionante así:

...Ahora bien, vale la pena señalar que primeramente se entrara a resolver la apelación de la parte demandada, siendo que fundamentalmente esta señaló en la audiencia oral, celebrada por ante esta alzada, que el pago del salario del extrabajador era mixto, recibiendo el actor una porción estipulada por unidad de tiempo y otra porción fluctuante, arguyendo a su vez que esta última porción no dependía del rendimiento directo del actor, ni con la elaboración de productos de su representada, por lo que nada adeudaban a la actor por diferencias de prestaciones sociales en sentido amplio; al respecto vale señalar que dicho pedimento es improcedente, pues de autos se constata que si bien el salario del actor era mixto, una parte fija (la cual no está controvertida), no obstante, de acuerdo con el material probatorio valorado supra (ver folios 74 al 98 y 159 y 160), la otra porción se corresponde con la denominación de salario variable, no constituyendo un salario fluctuante (ver sentencia N° 478 de fecha 25/06/2013, proferida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia), siendo que puede decirse que son comisiones que se generaban o dependían de los resultados de la evaluación a las actividades (previamente pactadas) que realizaba el actor. Así se establece... (Sic).

De la sentencia parcialmente transcrita, se desprende que el *ad quem* consideró que el pago por incentivos cancelados a favor del trabajador, debía ser considerado una percepción de carácter variable, puesto que los montos analizados se concebían, como consecuencia del resultado que arrojaba el desempeño de su actividad como visitador médico, sustentando su decisión en el análisis del material probatorio consignado por las partes en litigio.

Cuestiona la parte accionada, la conclusión a la que arribó el juez de alzada al considerar que los incentivos pagados al trabajador “*estipulaban un monto que no dependía de la labor del demandante, quien se encargaba de promocionar productos de [la sociedad mercantil Merck, S.A.], más no de su venta...*”, constituyendo tales percepciones un salario fluctuante, puesto que oscilaban en el tiempo dependiendo de factores ajenos al desempeño individual del trabajador.

En este contexto, resulta preciso destacar que la sentencia recurrida, fundamenta su decisión, en las documentales cursantes a los folios 74 al 98 relativas a recibos de pagos y reporte mensual, así como en las probanzas contenidas a los folios 160 y 161 del expediente, relativas al “*Plan de Incentivos Fuerza de Ventas (CHC- ETICO- TRADE)*”, de las cuales se denota como criterio de cálculo, no solo objetivos de ventas grupales, sino también objetivos de carácter individual, relacionados directamente con la función particular ejercida por los trabajadores que ocuparan el cargo desempeñado por el ciudadano Antonio José Cortez Delgado, razón por la que concluye que los montos recibidos por concepto de incentivos mensuales debían ser considerados “*comisiones que se generaban o dependían de los resultados de la evaluación a las actividades (previamente pactadas) que realizaba el actor...*”.

En virtud de lo precedentemente expuesto, determina esta Sala, que el juez de alzada, no incurrió en el vicio de suposición falsa delatado, puesto que fundamentándose en el cúmulo probatorio cursante en autos, concluyó que el salario percibido por el trabajador, constaba de una parte fija y otra variable, atribuyéndole a la última la cualidad de comisiones generadas producto del resultado del trabajo efectuado de manera efectiva por el accionante, es decir, que la remuneración expresada en los recibos de pago se atribuían efectivamente por metas logradas tanto por un equipo de trabajo (pool), como por el esfuerzo individual del trabajador.

Por otra parte, en cuanto al pago de los días de descanso semanal y feriados, es necesario indicar que a los fines de demostrar que la empresa efectuaba el pago de los conceptos enunciados de modo incorrecto, el demandante promovió copia simple de recibos emanados de la empresa Merck S.A., intitulados “*Resultado de Incentivo*”, Desglose (días hábiles y días de descanso y feriados) y “*Recibo de Nómina*” correspondientes a los meses de abril, junio, julio de 2008, marzo, mayo, junio, agosto, septiembre de 2009, marzo, mayo, junio, julio de 2010, julio de 2011 -que cursan a los folios 76 al 98 del expediente, desprendiéndose de los mismos los montos generados por resultados de incentivos, extendiéndose un monto absoluto subdividido en total de días hábiles y total días sábados, domingos y feriados.

Es de advertir que la descrita forma de cálculo, fue empleada por la empresa accionada para el pago de la incidencia de comisión por “*Resultados de Incentivos*” en los días de descanso semanal y feriados de los meses aludidos *supra*, motivo por el cual en la sentencia impugnada se indicó que:

...dada la forma como la demandada contesto la demandada, lo expuesto por la parte actora en su escrito libelar donde alegó y motivo adecuadamente, que, en puridad, de las mismas comisiones devengadas le pagaron los sábados, domingos y feriados, trayendo varios ejemplos que esta alzada pudo corroborar, entre ellos (ver folios 97 y 98), lo devengado por tal concepto en el mes de julio de 2010, en el cual generó una comisión o incentivo de Bs. 1.471,19, no obstante, lo recibido por este concepto fue de Bs. 999,61, mas Bs. 474,58, por concepto de días de descanso y feriados, siendo que al sumarse estas



cantidades arrojaron la misma suma generada por comisiones o incentivos de Bs. 1.471,19, por lo que, en razón de todo lo anterior, la apelación de la parte demandada resulta improcedente. Así se establece.

Del extracto de sentencia parcialmente transcrito, se deduce que la empresa demandada efectuó en forma incorrecta, el pago de la incidencia de la comisión por '*Resultados de Incentivos*' en los días de descanso semanal y feriados, toda vez que de acuerdo con el método de cálculo empleado, procedía a dividir el monto de la comisión mensual entre los treinta (30) días del mes –y no respecto al número de días hábiles trabajados–, y sobre esa base salarial, abonaba una parte por concepto de '*Resultados de Incentivos*' calculada en atención al número de días hábiles trabajados y otra por los días de descanso semanal y feriados transcurridos en el mes; sin embargo, la sumatoria de los límites abonados por los referidos conceptos, conformaban el monto neto de la comisión mensual, evadiendo así, la empresa el pago de los días de descanso semanal y feriados por efecto de la parte variable del salario, como acertadamente lo estableció el *ad quem*, por lo que declaró procedente las diferencias reclamadas y su incidencias en los conceptos de orden prestacional demandados.

En atención a lo expuesto, colige esta Sala de Casación Social que el fallo impugnado no está incurso en el vicio que se le imputa, puesto que el *ad quem* luego de un ejercicio lógico determinó que los incentivos generados debían ser considerados comisiones, vale decir, que corresponden a la parte variable del salario; y en consecuencia debían ser considerados en su totalidad para la obtención de la incidencia de los días de descanso y feriados, evidenciando así el error en el método de cálculo en que incurrió la demandada al efectuar el referido pago por '*Resultados de Incentivos*', razón por la que se declara sin lugar la denuncia planteada. Así se establece.

## -II-

A razón de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, denuncian la transgresión de los artículos 216 y 217 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, por '*errónea aplicación*' al considerar que la recurrida aplicó erradamente el criterio establecido por la Sala de Casación Social en sentencia N° 478, en fecha 25 de junio de 2013, la cual analizó la naturaleza del pago de los días de descanso y feriados para aquellos trabajadores que devengaban un salario variable, siendo lo cuestionado en el caso en particular la remuneración percibida por un '*Especialista de Ventas*'.

En refuerzo de lo anterior, expone que el demandante en este juicio era un visitador médico, quien no vendía productos, puesto que su labor consistía en la promoción de productos, lo que aparejaba como consecuencia que su salario fuera fluctuante, oscilando en el tiempo y dependiendo de factores ajenos a su desempeño individual.

Para decidir, se observa:

Delata la parte formalizante demandada la infracción de los artículos 216 y 217 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, referidos a la forma de pago de los días de descanso semanal y feriados, los cuales son del siguiente tenor:

**Artículo 216.** El descanso semanal será remunerado por el patrono a los trabajadores que presten servicios durante los días hábiles de la jornada semanal de trabajo en la empresa, con el pago de una cantidad equivalente al salario de un (1) día, igualmente será remunerado el día de descanso adicional

semanal convenido por las partes conforme al artículo 196. **Cuando se trate de trabajadores a destajo o con remuneración variable, el salario del día feriado será el promedio de los devengados en la respectiva semana.**

El trabajador no perderá ese derecho si durante la jornada semanal de trabajo en la empresa faltare un (1) día de su trabajo. (Destacado de esta Sala).

**Artículo 217.** Cuando se haya convenido un salario mensual el pago de los días feriados y de descanso obligatorio estará comprendido en la remuneración, pero quienes prestaren servicios en uno (1) o más de esos días tendrán derecho a la remuneración correspondiente a aquellos días en los cuales trabajen y a un recargo del cincuenta por ciento (50%), conforme a lo previsto por el artículo 154. (Negrillas de la cita).

De las normas transcritas, se desprende que cuando el salario es estipulado por unidad de tiempo, el pago de los días de descanso semanal obligatorio –en el caso de autos sábado y domingos–, así como los días feriados está comprendido dentro de la remuneración, pero, cuando un trabajador devenga un salario variable, el pago que corresponde a los días de descanso semanal y feriados debe calcularse con base en el promedio de lo generado en la respectiva semana.

En este contexto, la Sala de Casación Social de este alto Tribunal en sentencia N° 633 de fecha 13 de mayo de 2008 (caso: *Oswaldo José Salazar Rivas, contra Medesa Guayana, C.A.*), estableció:

Estas normas hacen una distinción entre los trabajadores que reciben un salario mensual y los que tienen un salario a destajo o variable, pues el salario de éstos últimos depende de la cantidad de trabajo realizado; y es por todos conocido, que los días feriados, no son hábiles para el trabajo. De esta forma, la Ley protege a los trabajadores de salario variable previendo que los días en que ellos no realizan la actividad que genera su salario, **como son los días de descanso y feriados, reciban una remuneración calculada como el promedio de lo generado durante la semana, para que así su situación se equipare a la de los trabajadores que reciben salario mensual pues su remuneración comprende los días feriados y de descanso.** (Destacado de esta Sala).

Del criterio jurisprudencial expuesto, se colige que cuando un trabajador devenga un salario variable, el pago que corresponde a los días de descanso semanal y feriados debe calcularse con base en el promedio de lo generado en la respectiva semana, o, con el promedio del mes correspondiente cuando las comisiones generadas se calculen y liquiden mensualmente.

No obstante, es imperioso precisar conforme se expuso en la resolución de la primera delación, que lo pretendido por la representación judicial de la parte demandada es cuestionar la percepción variable de los montos cancelados a favor del ciudadano Antonio José Cortez Delgado, cuestión ya resuelta por esta instancia jurisdiccional precedentemente, lo que imposibilita la procedencia de la presente denuncia, al evidenciar esta Sala que el juez de segunda instancia acertadamente constató, el error en que incurrió la sociedad mercantil Merck, S.A., en el pago en la incidencia de los días de descanso y feriados al no considerar los montos totales dispuestos en los reportes mensuales de incentivos para la obtención del *quantum* de las diferencias solicitadas.

Por lo anterior, es forzoso declarar sin lugar la delación planteada. Así se establece.

Con fundamento en el artículo 168, numeral 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia la falta de aplicación de los artículos 1363 del Código Civil y 444 del Código de Procedimiento Civil.

Luego de transcribir el contenido del artículo 1363 del Código Civil, manifiesta que el fallo recurrido, con base en las instrumentales promovidas por su representada, debió establecer que la empresa cumplió con el pago de la incidencia del salario variable por '*Resultado de Incentivos*' en los días de descanso semanal y feriados.

Previo a resolver la presente denuncia, aprecia la Sala que respecto a la alegada infracción del artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, la parte demandada se circunscribió exclusivamente a delatar su infracción, mas no efectuó la debida argumentación, concretamente, no relató en su escrito recursivo, en qué consiste su infracción y su resultado determinante en el dispositivo del fallo, incumpliendo con su carga procesal, por lo que se desestima el análisis de este aspecto de la denuncia. Así se decide.

Por otra parte, con relación a la delatada infracción del artículo 1363 del Código Civil, se observa de su contexto que lo pretendido es evidenciar que la empresa cumplió con el pago de la incidencia del salario variable por '*Resultado de Incentivos*' en los días de descanso semanal y feriados; aspecto que fue ampliamente resuelto por esta Sala al pronunciarse respecto a la primera delación, en consecuencia, se reproduce su motivación y se declara improcedente la denuncia planteada. Así se establece.

#### -IV-

De conformidad con el numeral 1 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la parte recurrente denuncia la violación del principio de la confianza legítima y expectativa plausible, como parte integrante del derecho a la defensa y a la igualdad; así como la prohibición de discriminación contemplados en los artículos 21 y 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por haber omitido la sentencia recurrida el criterio fijado por la Sala de Casación Social en relación con el salario fluctuante.

Manifiesta la parte recurrente, que en el caso de autos la sentencia impugnada no aplicó el criterio establecido por la Sala de Casación Social en sentencia N° 603 de fecha 26 de marzo de 2007 (caso: *Continental TV, C.A., Canal TV, S.A., y Distribuidora Continental, C.A.*), en la que se precisó el concepto de salario fluctuante, en especial en los casos de publicidad y promoción de servicios.

Expone que, la parte accionante como visitador médico, ejecutaba una actividad enfocada en la promoción o publicidad de los productos que comercializa la demandada y no directamente en su venta, por lo que considera que los incentivos que fueron apropiadamente cancelados al ciudadano Antonio José Delgado Cortez, no dependían de su trabajo directo, sino de las ventas cumplidas por la empresa demandada, luego del estudio de mercado realizado con ocasión a la labor de promoción del grupo de visitadores médicos de la respectiva zona, tal como se evidencia del '*plan de incentivos*' consignado en el acervo probatorio.

En ese mismo orden de argumentación, destaca que, aún cuando el presente caso era similar al resuelto por la sentencia citada *supra*, la recurrida omitió la aplicación de este criterio, lo que resultó determinante en el

dispositivo del fallo, al haber calificado equívocamente los incentivos como salario variable y por ende condenar su incidencia en el pago de los feriados y días de descanso.

Para decidir, se plantea:

La representación judicial de la sociedad mercantil Merck, S.A., denuncia que la sentencia recurrida desconoce los principios de confianza legítima y expectativa plausible lo que, a su decir, conlleva a la violación directa del derecho a la defensa y el derecho a la igualdad, al haber condenado a su representada al pago del salario por los días de descanso y feriados, al considerar los incentivos como salario variable y no como salario fluctuante, como lo establece la sentencia N° 603 de fecha 26 de marzo de 2007 (caso: *Continental TV, C.A., Canal TV, S.A., y Distribuidora Continental, C.A.*).

En lo que respecta al señalamiento efectuado por el recurrente inherente a la transgresión del principio de la confianza legítima y expectativa plausible, como parte integrante del derecho a la defensa y a la igualdad, por no haber decidido la recurrida conforme al criterio jurisprudencial citado *supra*, entiende esta Sala que hace tal señalamiento con referencia al artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, debiéndose destacar, en este particular, que la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia desaplicó por inconstitucional el referido artículo, mediante sentencia N° 1380 de fecha 29 de octubre del año 2009, caso: *José Martín Medina López*, precisando con carácter vinculante que:

“(…) el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es contrario a lo dispuesto en el artículo 335 de la Carta Magna al pretender obligar o vincular a los jueces de instancia a que sigan la doctrina de casación, siendo que las únicas decisiones que tienen tal carácter vinculante son las dictadas por esta Sala en interpretación de las normas y principios contenidos en la Constitución y en resguardo de la seguridad jurídica y del principio de confianza legítima. Así se declara.

En consecuencia, esta Sala Constitucional, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplica por control difuso el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.”.

Criterio ratificado por la misma instancia jurisdiccional, en sentencia Nro. 1264 del 1° de enero de 2013, caso: *Henry Pereira Gorrín*, en el cual indicó:

(…) debe concluirse, por una parte, que la jurisprudencia no es fuente directa del derecho, de allí que las sentencias emanadas de las otras Salas que conforman este máximo Tribunal tienen una importancia relevante para las partes en litigio, en virtud de la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que las mismas ejercen, con el fin de defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia, en atención a los principios de la confianza legítima de los justiciables y la consecuente expectativa plausible, que prevé el artículo 26 de la Constitución de la República, pero que comporta flexibilidad para adaptarse a los cambios que demanda la sociedad, siempre que se use con mesura, sin que ello atente contra el principio de autonomía de los jueces para decidir.

Así las cosas, estima la Sala que el legislador al dictar la disposición del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, fue más allá del diseño del Estado de Derecho y de Justicia implantado en nuestra Carta Magna, al imponer la obligación a los jueces de la jurisdicción laboral de interpretar disposiciones

normativas de carácter legal, en detrimento del principio de autonomía e independencia del juez para adoptar la decisión más acertada en un caso concreto, atendiendo las circunstancias que rodean al mismo, además de los principios de legalidad, equidad y justicia, puesto que el juez solo está vinculado al ordenamiento jurídico y a la interpretación que de forma autónoma realice de ese ordenamiento (primer párrafo del artículo 253 constitucional). Aunque ello no obsta para que los jueces de instancia acojan la doctrina de casación establecida en casos análogos, atendiendo la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Esta Sala reitera, que la situación prevista en el artículo 335, transcrita *supra*, es distinta, ya que corresponde a la Sala Constitucional, como máximo garante e intérprete del Texto Fundamental, establecer el alcance y contenido de las normas y principios constitucionales en armonía con el ordenamiento jurídico vigente, a través de sentencias con carácter vinculante –pero por mandato constitucional–, lo cual se basa en la necesidad de evitar que las sentencias sean totalmente imprevisibles (ello involucra la confianza legítima) o que las sentencias que se dicten sean contradictorias de forma caótica, sin que ello conlleve a pensar que se está vulnerando la independencia de los jueces, pero ello porque la propia Constitución de la República lo establece, lo que conlleva a pensar que de no existir esta norma constitucional y un precepto legal la reprodujere fuese de dudosa constitucionalidad.

En consecuencia, a tenor de los argumentos expuestos en el presente fallo, resulta imperioso para esta Sala declarar la nulidad del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por ser contrario a la disposición del artículo 335 de la Constitución de la República. Así se decide.

Esta Sala evidencia de los criterios transcritos, que la Sala Constitucional de este máximo Tribunal desaplicó el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo por control de la constitucionalidad y con carácter vinculante para todos los Tribunales de la República, lo que no impide a los jueces de instancia procurar seguir la jurisprudencia en virtud de mantener la función uniformadora y pedagógica del recurso extraordinario de casación, no obstante, no podía el juzgador de alzada aplicar una norma –artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo– que no se encuentra vigente; por lo tanto, en aplicación del principio de igualdad y confianza legítima, conforme lo consagra el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, aplicado por remisión del artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, encuentra la Sala que no puede denunciarse la infracción de la jurisprudencia emanada de esta Sala de Casación Social, al no ser un motivo de casación. En virtud de las consideraciones expuestas, resulta forzoso concluir que la sentencia de alzada no vulneró los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del recurrente. Así se decide

No obstante, tal como se ha establecido reiteradamente en el presente dictamen, lo pretendido por la parte demandada recurrente es cuestionar la calificación de salario variable establecida por el *ad quem*, pronunciamiento con el que concuerda este Sala al exponer precedentemente las argumentaciones en la resolución de las delaciones anteriores.

En consecuencia, esta Sala declara improcedente el vicio que se le imputa a la recurrida en la presente denuncia, y ante la improcedencia de las denuncias expuestas declara sin lugar el recuso de casación propuesto. Así se establece.

## **DECISIÓN**

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Especial Segunda de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara: **PRIMERO: SIN LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 14 de octubre de 2013, emanada del Juzgado Superior Séptimo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, **SEGUNDO: SIN LUGAR** el recurso de casación incoado por la parte demandada contra la aludida decisión, **TERCERO: se CONFIRMA** la sentencia recurrida.

Se condena en costas a las partes recurrentes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial *supra* mencionada, a los fines consiguientes. Particípese de la aludida remisión al Juzgado Superior de origen antes identificado, todo de conformidad con 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 trece (13) días del mes de junio de dos mil dieciséis. Años 206° de la Independencia y 157° de la Federación.

La Presidenta de la Sala y Ponente,

---

MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

La Magistrada,

La Magistrada,

---

CARMEN ESTHER GÓMEZ CABRERA SONIA COROMOTO ARIAS PALACIOS

El Secretario,

---

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C. N°AA60-S-2012-001582

**Nota:** Publicada en su fecha a

El Secretario,