



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

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia de la Magistrada Doctora MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

En el juicio que por cobro de diferencia de prestaciones sociales y otros conceptos laborales sigue la ciudadana **ALICIA BEATRIZ MÉNDEZ DOCAOS**, titular de la cédula de identidad N° V-9.718.994, representada judicialmente por los abogados Rita Morales, Marcos Vilera, Brismai González y Alberto José Hernández Marrero, contra la sociedad mercantil **ABBOTT LABORATORIES, C.A.**, representada judicialmente por los abogados Juan Carlos Pró-Rísquez, Esther Cecilia Blondet Serfaty, Yanet Cristina Aguiar Da Silva, Eirys del Valle Mata Marcano, María Michelle Alegrett, Norah M. Chafardet Grimaldi, Larissa Elena Chacín Jiménez, Claudio José Sandoval Velásquez, Valentina Lisette Albarrán, María Patricia Jiménez, María Gabriela Vicent Allende, Lynne Hope Glass, Flavia Zarins Wilding, Pedro Ossorio Caraballo, Evelyn Cristina Carrizo Chourio, Fabiana Benaim Mendoza, César Augusto Crespo Rodríguez, María de los Ángeles González Calles, Reinaldo Guilarte Lamuño, Diego José Bustillos Cornejo, Valentina Albarrán Luttinger, Víctor Alberto Durán Negrete y María Patricia Jiménez García; el Juzgado Tercero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, conociendo por apelación de las dos partes, en sentencia publicada el 23 de octubre de 2014, declaró sin lugar la apelación de la parte actora, con lugar la apelación de la parte demandada y sin lugar la demanda, revocando el fallo dictado por el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, que en fecha 3 de julio de 2014, declaró parcialmente con lugar la demanda.

Contra esa decisión, por escrito presentado oportunamente la parte actora anunció recurso de casación. Hubo contestación.

El 4 de diciembre de 2014 se dio cuenta en Sala y correspondió la ponencia a la Magistrada Sonia Coromoto Arias Palacios.

El 28 de diciembre de 2014, mediante acuerdo publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.165 extraordinaria, de la misma fecha, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de

Venezuela designó a las Magistradas y Magistrados principales Mónica Misticchio Tortorella, Marjorie Calderón Guerrero, Edgar Gavidia Rodríguez y Danilo Mojica Monsalvo, quienes tomaron posesión de sus cargos el 29 de diciembre de 2014. Posteriormente mediante auto de fecha 12 de enero de 2015, se reasignó la ponencia de la presente causa a la Magistrada Marjorie Calderón Guerrero.

En fecha 12 de febrero de 2015, con la elección de las nuevas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala quedó formalmente reconstituida de la manera siguiente: Presidenta Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, Vicepresidenta Magistrada Mónica Misticchio Tortorella, Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, Magistrados Edgar Gavidia Rodríguez y Danilo Antonio Mojica Monsalvo, conservando la ponencia la Magistrada Marjorie Calderón Guerrero quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

En fecha 23 de diciembre de 2015, mediante acuerdo publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.816, de la misma fecha, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, designó como Magistrado de esta Sala de Casación Social al Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, quien tomo posesión de su cargo, quedando conformada la Sala de la siguiente manera; Presidenta Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, Vicepresidenta Magistrada Mónica Misticchio Tortorella y los Magistrados, Edgar Gavidia Rodríguez, Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Jesús Manuel Jiménez Alfonzo.

En fecha 24 de febrero de 2017, con la elección de las nuevas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala quedó conformada de la manera siguiente: Presidenta Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, Vicepresidente Magistrado Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, Magistrados Edgar Gavidia Rodríguez, Mónica Misticchio Tortorella y Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

Notificadas las partes, se fijó la realización de la audiencia oral, pública y contradictoria para el día cuatro (4) de abril de 2017, a la una y treinta minutos de la tarde (1:30 p.m.), todo en sujeción a lo regulado por el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En fecha 04 de abril de 2017, se acordó diferir el pronunciamiento oral de la sentencia para el día 27 de abril de 2017, a las 11:00 a.m.

En fecha 27 de abril de 2017, se acordó diferir la audiencia pública y contradictoria para el día 04 de mayo de 2017, a las 12:45 p.m.

Cumplidos los trámites de sustanciación, se realizó la audiencia oral y pública con presencia de las partes y siendo la oportunidad para decidir, lo hace la Sala bajo la ponencia de la Magistrada quien con tal carácter la suscribe, previas las siguientes consideraciones:

RECURSO DE CASACIÓN

Por motivos metodológicos, la Sala alterará el orden de presentación de las denuncias contenidas en el escrito de formalización.

Con fundamento en lo previsto en el artículo 168 ordinal 2° de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia el formalizante que la sentencia recurrida incurrió en errónea aplicación del artículo 82 de la Ley

Orgánica Procesal del Trabajo y falta de aplicación del artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Señala el recurrente que fueron promovidos, tal como se observa de los folios 74 al 91, la exhibición de dos grupo de documentos, a saber, los carteles donde consta el modo de calcular los incentivos, y un segundo grupo, compuesto por los instrumentos de medición, incluidos los carteles u hojas de cálculo, donde constan los resultados de la gestión de la actora en cada uno de los meses allí señalados, para ser exhibidos, de forma simultánea y conjunta con los recibos de pago; que tal como lo señala la recurrida, se evidencia de todas y cada una de las exhibiciones promovidas en el Capítulo II del escrito, que se señalaron los datos contenidos en los documentos solicitados en exhibición; y, que al terminar la promoción de las exhibiciones se estableció claramente que no era necesario demostrar que tales documentos se encuentra en poder del patrono por cuanto todos los documentos a exhibir son documentos que por mandato legal debe llevar éste.

Considera que la parte actora sí cumplió con los supuestos exigidos en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo al consignar copia de algunos instrumentos y en otros casos señalar su contenido, y que tratándose de una trabajadora que devengaba salario variable, lo cual fue admitido por la demandada, tiene el patrono el deber legal de hacer constar la forma de calcular el salario, es decir, los instrumentos de medición incluidos los resultados alcanzados por la actora mensualmente.

Sostiene que la recurrida no aplicó la consecuencia jurídica prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, señalando que a su juicio, los instrumentos de medición, no forman parte del grupo de instrumentos que por mandato legal debe llevar el patrono, cuando dichos documentos pertenecen a la categoría de los instrumentos que deben ser llevados por el patrono por expresa disposición del artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Concluye, que promovida la exhibición de los únicos documentos que pueden demostrar cuál fue el salario devengado por la accionante, y al no exhibidos, quedó demostrado que los montos pagados fueron inferiores a los devengados, ya que todos los datos aportados por la parte actora en la promoción, se tienen como ciertos, y por ende, quedó demostrado el pago defectuoso de los días feriados y de descanso concomitantes con la porción de salario variable devengado, resultando procedente su pago y la incidencia de esto en todos y cada uno de los beneficios laborales solicitados.

La Sala observa:

El artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece:

Artículo 82. La parte que deba servirse de un documento, que según su manifestación se halle en poder de su adversario, podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento o, en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del documento y, en ambos casos, un medio de prueba que constituya, por lo menos, presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.

Cuando se trate de documentos que por mandato legal debe llevar el empleador, bastará que el trabajador solicite su exhibición, sin necesidad de presentar medio de prueba alguno, que constituya por lo menos, presunción grave de que el mismo se encuentra o ha estado en poder del empleador.

El tribunal ordenará al adversario la exhibición o entrega del documento para la audiencia de juicio.

Si el instrumento no fuere exhibido en el lapso indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y, en defecto de éste, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento.

Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el juez de juicio resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.

Del artículo anterior se desprende que para admitir la prueba de exhibición, el documento a exhibir debe estar en poder de la contraparte, por lo que el promovente debe suministrar prueba que constituya, al menos, presunción grave de ello, excepto en los casos donde el solicitante es el trabajador o trabajadora y el documento sea de aquellos que por mandato legal deba llevar el patrono. Adicionalmente, se debe acompañar a la solicitud copia del documento o, en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo. Cumplidos estos requisitos, si el instrumento no fuere exhibido, si no se ha demostrado que el documento no se haya en poder del adversario, se tendrá como exacto el contenido de la copia consignada, y a falta de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante sobre su contenido.

A continuación es necesario examinar lo resuelto por la recurrida al analizar la prueba de exhibición promovida por la parte actora, donde señaló lo siguiente:

Exhibición de Documentos: La parte accionante solicitó la exhibición del original de los siguientes instrumentos: a) Carteles donde consta la forma de calcular las comisiones, en los cuales se señalan los parámetros de evaluación de desempeño de la ex-trabajadora accionante; b) instrumentos de medición, incluidos los resultados alcanzados por la trabajadora, así como los comprobantes de pago correspondiente a los meses de: junio y diciembre de 1999; junio y noviembre de 2000; mayo y noviembre 2001; junio 2003; octubre 2004; enero 2005; julio y noviembre 2006; abril 2007; julio y diciembre 2008; febrero 2009; julio 2010; agosto 2011; febrero y abril 2012. Observa esta Alzada, que el tribunal a-quo admitió la anterior solicitud de exhibición mediante auto de fecha 03 de octubre de 2013, instándose a la parte demandada, exhibir los originales de las referidas documentales, y una vez llegada la oportunidad de la audiencia de juicio, la representación judicial de la demandada expuso en forma oral sus observaciones al respecto, señalado en cuanto a los carteles, que se trata de un documento que proviene de un tercero y en virtud de ello, debió promoverse la prueba de informes; respecto a los instrumentos de medición, indicó que tal solicitud no fue promovida en términos claros, ya que no se establece el tipo de instrumento que se pretende sea exhibido; y finalmente en cuanto a los recibos de pago, éstos fueron promovidos en su totalidad por su representada en la oportunidad legal correspondiente. Al respecto observa esta Alzada, que el a-quo en razón de la exposición hecha por la representación judicial de la empresa demandada, no aplicó la consecuencia jurídica a la cual hace referencia el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (ver folio 33 de la pieza N° 2).

(Omissis)

De todo lo transcrito ut-supra es claro para esta Juzgadora que cuando se solicita la exhibición de un documento que por mandato legal debe llevar el patrono, la parte promovente deberá acompañar a su solicitud, una copia de las documentales solicitadas en exhibición o en su defecto, suministrar de manera exacta los datos que conozca acerca del contenido de tales documentales, sin aportar medio de prueba que constituya una presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario, y que sólo cuando se solicita la exhibición del original de un documento distinto a aquellos que por mandato legal debe llevar todo patrono, adicionalmente el promovente aparte de acompañar a su solicitud, una copia de las documentales solicitadas en exhibición o en su

defecto, suministrar de manera exacta los datos que conozca acerca del contenido de tales documentales, éste debe aportar un medio de prueba que constituya una presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario. ASI SE ESTABLECE.

Ahora bien, analizadas las actas procesales que conforman el presente expediente, en lo que respecta a la prueba de EXHIBICION DE DOCUMENTOS promovida por la parte actora recurrente en el escrito de promoción de pruebas, se observa que ésta, solicitó de conformidad a lo previsto en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la exhibición los siguientes instrumentos: a) Carteles donde consta la forma de calcular las comisiones, en los cuales se señalan los parámetros de evaluación de desempeño de la ex-trabajadora accionante; b) Instrumentos de medición, incluidos los resultados alcanzados por la trabajadora, así como los comprobantes de pago correspondiente a los meses de: junio y diciembre de 1999; junio y noviembre de 2000; mayo y noviembre 2001; junio 2003; octubre 2004; enero 2005; julio y noviembre 2006; abril 2007; julio y diciembre 2008; febrero 2009; julio 2010; agosto 2011; febrero y abril 2012. En ese sentido, corresponde a esta Alzada determinar que tipo de documentos son los que solicita la parte promovente sea exhibidos, es decir, si son aquellos que por mandato legal debe llevar todo patrono, o si por el contrario no.

Al respecto se observa, que los carteles a los cuales hace referencia el promovente, son instrumentos que por mandato legal debe llevar todo patrono, todo ello de conformidad a lo previsto en el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo (116 de la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras), al igual que los recibos de pago. Ahora bien, al respecto es preciso señalar, que no forma parte de la controversia en el presente juicio, ni los montos reflejados en los recibos de pago de salario efectuados al accionante, ni tampoco los parámetros de valoración del desempeño del trabajador, los cuales tienen que ver con los porcentajes alcanzados por cada trabajador en la cobertura de las metas establecidas por la empresa, ya que éstos hechos fueron admitidos por la demandada, sino que la controversia se circunscribe en el modo de calcular las comisiones devengadas por la actora durante la vigencia de la relación de trabajo. En ese sentido, en cuanto a los recibos de pago, éstos fueron consignados por la empresa demandada en su oportunidad legal, cuyas documentales no fueron atacadas por la parte actora, motivo por el cual se les otorgan valor probatorio, evidenciándose de los mismos, el pago del salario devengado por la accionante: Sueldo, comisiones y días de descanso y feriados, todo ello de conformidad a lo previsto en los artículos 216 y 217 de la Ley Orgánica del Trabajo (113 y 119 de la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras). En lo que respecta a los carteles, éstos no fueron exhibidos, sin embargo, los mismos establecen los criterios prefijados en dos (2) grandes grupos: Rotación y Cuota de unidades, el primero de ellos, referido a la cantidad rotada del producto objeto de promoción en la zona asignada al visitador y el segundo, a la expectativa de venta que tiene la empresa sobre el producto promocionado en la misma zona, estableciendo la empresa que al 100% de cumplimiento de la meta, para el año 2012, el visitador médico es acreedor a Bs. 2.850,00 por concepto de comisión, hechos éstos debidamente admitidos por la empresa demandada en el presente juicio, motivo por el cual es inoficioso aplicar la consecuencia jurídica prevista en el referido artículo 82, respecto a estos dos instrumentos. ASI SE ESTABLECE.

Por su parte, en lo que respecta a la solicitud de exhibición de los instrumentos de medición, debe señalarse que dicha documental, no constituye uno de aquellos instrumentos que por mandato legal debe llevar el patrono, por lo cual se observa que si bien el promovente indicó los datos acerca del contenido del documento cuya exhibición solicita, éste no acompañó un medio de prueba que constituya, por lo menos, presunción grave de que tal instrumento se halla o ha hallado en poder de la empresa accionada, motivo por el cual esta Alzada mal podría aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 82 de la ley adjetiva laboral, dada la no exhibición por parte de la empresa. ASI SE ESTABLECE.

En el caso concreto, la parte actora solicitó la exhibición de: a) Carteles donde consta la forma de calcular las comisiones; b) instrumentos de medición, incluidos los resultados alcanzados por la trabajadora; y, c) los

comprobantes de pago correspondiente a los meses de: junio y diciembre de 1999; junio y noviembre de 2000; mayo y noviembre 2001; junio 2003; octubre 2004; enero 2005; julio y noviembre 2006; abril 2007; julio y diciembre 2008; febrero 2009; julio 2010; agosto 2011; febrero y abril 2012, señalando el monto de la comisión correspondiente a los meses señalados que resulta de los resultados alcanzados por la trabajadora que deben constar en los instrumentos de medición, así como el contenido que aparece por este concepto en los respectivos recibos.

En el escrito de promoción, la parte actora expuso que los documentos cuya exhibición se solicita son de aquellos que por mandato legal debe llevar el empleador, por lo que consideró innecesario consignar prueba que demuestre que están en su poder.

Sobre los documentos que debe llevar el patrono, el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), actualmente artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, dispone:

Artículo 143. Cuando el salario se hubiere estipulado por unidad de obra, por pieza o a destajo, por tarea o a comisión, el patrono deberá hacer constar el modo de calcularlo, en carteles que fijará en forma bien visible en el interior de la empresa, sin perjuicio de que pueda hacerlo además mediante notificación escrita dirigida a cada uno de los trabajadores y al sindicato respectivo.

En la audiencia de juicio, la parte demandada señaló, en cuanto a los carteles, que se trata de un documento que proviene de un tercero y en virtud de ello, debió promoverse la prueba de informes; respecto a los instrumentos de medición, indicó que tal solicitud no fue promovida en términos claros, ya que no se establece el tipo de instrumento que se pretende sea exhibido; y finalmente, en cuanto a los recibos de pago, que éstos fueron promovidos en su totalidad por su representada

Ahora bien, el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, ahora 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece que cuando el salario sea por unidad de obra, por pieza o a destajo, por tarea o a comisión, el patrono tiene la obligación de hacer constar la forma de calcularlo, mediante carteles fijados en el interior de la empresa y por notificación a cada trabajador y al sindicato, si lo hubiere.

En el caso concreto, no existe duda respecto a que los carteles donde conste la forma de cálculo del salario por comisión y los recibos de pago, son instrumentos que por mandato legal debe llevar el patrono. No obstante esto, la demandada no exhibió los carteles en la audiencia de juicio y alegó que los mismos provienen de un tercero, cuando de conformidad con el artículo 143 arriba transcrito (ahora 116 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras) es un documento que debe ser llevado por el patrono; y en consecuencia, se tiene por cierto el contenido de la copia consignada por la parte actora donde se observa que el patrono fijaba un monto de comisión para el 100% de la rotación de inventario respecto a la cuota establecida por la potencialidad de la zona asignada a cada trabajador.

Adicionalmente, la parte actora promovente solicitó la exhibición de los instrumentos de medición incluyendo la evaluación de la trabajadora, sobre lo cual la demandada alegó que la promoción en este aspecto no era clara ya que no se establece el tipo de instrumento que se pretende sea exhibido.

Considera la Sala que por la explicación que ofrece la parte actora en el escrito de promoción sobre el objeto de la prueba, los documentos cuya exhibición es solicitada consisten en los instrumentos que contienen el cálculo de la comisión correspondiente a la trabajadora, los cuales denominó instrumentos de medición; y, dada la metodología para el cálculo de la comisión; y, que el patrono es quien paga la misma, lógicamente, éste debe llevar los comprobantes de la cuantificación de esta parte variable del salario.

De conformidad con lo anterior, se concluye que la parte actora cumplió con todos los requisitos necesarios para la promoción de la prueba de exhibición de documentos; y, la parte demandada no los exhibió, ni demostró que no estuvieran en su poder, por lo que resultaba procedente aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de tener por cierto el contenido de las copias consignadas o los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento, en este caso, que las comisiones generadas por la trabajadora eran mayores a las comisiones pagadas y alcanzaban la suma de los conceptos reflejados en los recibos de pago como comisiones más feriados y días de descanso, razón por la cual, la recurrida incurrió en infracción de las normas delatadas al considerar que los instrumentos de medición de la comisión a pagar a la trabajadora no son un documento que por mandato legal debe llevar el patrono y no aplicar la consecuencia jurídica del artículo 82 referido, cuando la demandada no exhibió los documentos solicitados.

Por tal motivo se declara con lugar la denuncia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al haberse encontrado procedente la denuncia planteada por el formalizante, se considera inoficioso analizar el resto de los argumentos formulados, se anula el fallo y como quiera que el Juzgado Superior se pronunció sobre el fondo del asunto, considera la Sala pertinente decidir el fondo de la controversia.

DECISIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Alega la actora que prestó servicios personales, subordinados e ininterrumpidos para la entidad de trabajo ABBOTT LABORATORIES, C.A., desempeñándose como Representante de Ventas o Visitador Médico desde el tres (03) de octubre de 1997, hasta el treinta y uno (31) de agosto de 2012, cuando renunció a su cargo, durante un período de catorce (14) años y nueve (9) meses.

Asimismo señaló que de acuerdo a las distintas convenciones colectivas que rigieron la relación de trabajo, tenía una jornada semanal ordinaria de cuarenta (40) horas, desarrollada de lunes a viernes, con pago de siete (7) días a la semana, vale decir, con dos (2) días de descanso semanal remunerados (sábado y domingo), el primero de naturaleza contractual y el segundo de carácter legal, devengando durante toda la relación de trabajo, un salario mixto compuesto por una porción fija (pagada por unidad de tiempo) y otra variable (pagada por producción o rendimiento, constituida por comisiones, incentivos y premios).

En ese sentido, señala que en el caso de los visitantes médicos, el modo de calcular su salario variable se encuentra íntimamente ligado a las ventas de la empresa que los contrata, es por ello que varios son los criterios o elementos de evaluación o valoración que se utilizan con el propósito de evaluar o medir el desempeño del visitador médico, como son el DDD (Datos de Distribución de Drogas) y/o ventas reales, indicando que el primero remite a un dato de mercadeo y el segundo a las ventas propiamente dichas, por lo que, en todo caso, el

monto de las comisiones dependerá del resultado que arroje la precitada evaluación o valoración, lo cual se compagina con las previsiones del artículo 141 de la Ley Orgánica del Trabajo y 113 de la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras.

En ese sentido, sostiene que tanto los criterios de evaluación del trabajo de los representantes de ventas, como el diseño de la metodología para la cuantificación de las comisiones devengadas, constituyen elementos propios del poder de dirección que asiste al patrono, y en consecuencia, es una competencia exclusiva de la empresa, que los establece en función de los márgenes de ganancia y de rentabilidad a los que aspira.

A tales efectos señala, que devengó un salario variable (premios y comisiones) mayor al salario pagado, pues según los resultados de la evaluación le correspondía el pago de un monto por comisión que no era pagado en su totalidad, sino que era dividido, una parte, como comisiones; y otra, como feriados y días de descanso; lo que demuestra que nunca le pagaron los días de descanso y feriados; y que esa porción dejada de percibir, tiene incidencia o impacto en todos y cada uno de los conceptos laborales, razón por la cual procede a demandar a la empresa ABBOTT LABORATORIES, C.A., para que pague: a) el salario correspondiente a los días feriados y descanso; b) la incidencia del salario de días feriados y de descanso en vacaciones y bono vacacional; c) la incidencia del mencionado salario en utilidades; d) las prestaciones sociales sobre salario omitido; e) los intereses sobre prestaciones sociales; f) los intereses de mora y la indexación judicial.

En la contestación de la demanda, la parte demandada admitió: a) la existencia de la relación de trabajo invocada por la accionante; b) la fecha de inicio y finalización de la relación de trabajo (03-10-97 y 31-08-12); c) forma de terminación de la relación de trabajo (renuncia); d) cargo desempeñado por la accionante (Representante de ventas o Visitador Médico); e) Naturaleza jurídica del salario devengado por el actor (MIXTO: parte fija y variable “Comisiones”); f) jornada de trabajo (lunes a viernes, con dos días de descanso: sábado y domingo); y g) que el accionante es beneficiario de la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo en Escala Nacional para la Industria Químico Farmacéutica.

Asimismo negó que la accionante no haya recibido el pago de la incidencia de las comisiones sobre los días de descanso y feriados, toda vez que de los recibos de pago se evidencia el pago realizado de manera separada de los conceptos referidos a: salario básico, comisiones y la incidencia de las comisiones en los días de descanso y feriados; que haya devengado premios y comisiones, y al momento del pago, se le haya cancelado un salario variable menor al causado, señalando que los premios no son salario variable y que de los recibos de pago se observa que se le pagó a la accionante las comisiones causadas y sobre ellas se calculó y pagó de manera separada y adicional, la incidencia de dichas comisiones en los días de descanso y feriado; que el monto de los incentivos causados o devengados por la accionante mes a mes hayan sido mayores que los incentivos pagados, pues se le pagó correctamente; y, que no pagó los salarios de los días de descanso y feriados como retribución adicional a los incentivos devengados por la accionante; concluyendo que no adeuda a la trabajadora diferencia alguna por concepto de prestaciones sociales, señalando que en los recibos de pago se observa que pagó las comisiones causadas durante la vigencia de la relación de trabajo, y sobre ellas calculó y pagó, de manera separada y adicional, la incidencia de dichas comisiones en los días de descanso y feriados.

En el caso concreto, del análisis del libelo y de la contestación de la demanda, fue admitida expresamente la relación laboral, la fecha de inicio y de terminación de la relación laboral, el cargo desempeñado y que devengaba un salario mixto.

De conformidad con los hechos alegados por las partes en el libelo y la contestación, la presente controversia está circunscrita a determinar si le fue cancelado a la trabajadora un monto inferior al efectivamente causado mes a mes por concepto de incentivos (premios y comisiones), y por ello, se adeude el pago del salario de los días de descanso y feriados correspondiente a dichos incentivos.

Ahora bien, conteste con lo previsto en los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el régimen de distribución de la carga probatoria en materia laboral, se fijará de acuerdo con la forma en la que el accionando dé contestación a la demanda. En el caso concreto, le corresponde al actor demostrar su alegato referente a que la empresa incluyó en las comisiones la incidencia de los días sábados, domingos y feriados desde el inicio de la relación laboral, resultando que la accionada sólo le canceló comisiones.

A continuación se valorarán las pruebas que constan en el expediente a los fines de establecer cuáles de los hechos controvertidos en el proceso han sido demostrados.

PRUEBAS DE LA PARTE ACTORA:

Documentales:

- Marcada "1", (folio 92 de la primera pieza), original de constancia de trabajo de fecha 23 de abril de 2009, suscrita por representante de la empresa demandada; la cual merece valor probatorio, y de ella se desprende que para la fecha de su emisión, el promedio mensual de la parte variable del salario mixto devengado por la accionante, fue de Bs. 1.484,87.

- Marcada "2", (folio 93 de la primera pieza) copia fotostática de comunicación fechada 01 de agosto de 2012, referida a la forma de determinar las comisiones en esa fecha, la cual fue impugnada en la audiencia de juicio por tratarse de una copia fotostática, y, al no insistir en su valor probatorio, no merece valor probatorio. No obstante esto, la parte actora también promovió la exhibición de los carteles donde consta el modo de calcular las comisiones señalando el mismo contenido de esta comunicación, lo que se valorará al examinar la prueba de exhibición promovida.

- Marcadas "3", "4" y "5", (folios 94 al 96 de la primera pieza), copias fotostáticas de recibos de pagos efectuados a la accionante, debidamente firmados por la trabajadora, a cuyas documentales se les otorga valor probatorio, evidenciándose de ellos la cancelación de los conceptos correspondientes a: Sueldo, comisiones sobre ventas, vacaciones, bono vacacional, descanso y feriados en vacaciones, premio por ventas y las deducciones de ley.

-Marcado "6", (folios 97 al 102 de la primera pieza), copias fotostáticas de las cláusulas 13, 14, 15, 25, 34 y 79 de la Convención Colectiva de Trabajo en escala Nacional para la Industria Químico-Farmacéutica.

Respecto al carácter jurídico de las convenciones colectivas, la Sala aclaró en sentencia N° 535 de 2003 que si bien es cierto que la convención colectiva tiene su origen en un acuerdo de voluntades, también es cierto que una vez alcanzado el mismo debe necesariamente suscribirse y depositarse ante un órgano con competencia pública, concretamente ante el Inspector del Trabajo, quien no sólo puede formular las observaciones y recomendaciones que considere menester, sino que debe suscribir y depositar la convención colectiva sin lo cual ésta no surte efecto legal alguno. Estos especiales requisitos, le dan a la convención colectiva de trabajo un carácter jurídico distinto al resto de los contratos y permite asimilarla a un acto normativo que debido a los requisitos que deben confluir para su formación y vigencia, debe considerarse derecho y no simples hechos sujetos a las reglas generales de la carga de alegación y prueba que rigen para el resto de los hechos aducidos por las partes en juicio, razón por la cual al ser derecho y no hechos sujetos a su alegación y prueba, no es procedente su valoración.

Exhibición de Documentos:

La parte accionante solicitó la exhibición del original de los siguientes instrumentos:

a) Carteles donde consta la forma de calcular las comisiones, en los cuales se señalan los parámetros de evaluación de desempeño de la ex-trabajadora accionante, señalando que para el año 2012, según el criterio de evaluación el visitador era acreedor de Bs. 2.850,00 por concepto de comisión por el 100% de cumplimiento de la meta establecida con base en la rotación del producto objeto de promoción y la cuota o expectativa de venta que tiene la empresa para ese producto.

b) instrumentos de medición, incluidos los resultados alcanzados por la trabajadora, así como los comprobantes de pago correspondiente a los meses de: junio y diciembre de 1999; junio y noviembre de 2000; mayo y noviembre 2001; junio 2003; octubre 2004; enero 2005; julio y noviembre 2006; abril 2007; julio y diciembre 2008; febrero 2009; julio 2010; agosto 2011; febrero y abril 2012, señalando el monto de las comisiones generadas en cada una de las fechas referidas y el contenido de los recibos solicitados.

En la audiencia de juicio, la demandada expuso en cuanto a los carteles, que se trata de un documento que proviene de un tercero y en virtud de ello, debió promoverse la prueba de informes; respecto a los instrumentos de medición, indicó que tal solicitud no fue promovida en términos claros, ya que no se establece el tipo de instrumento que se pretende sea exhibido; y finalmente en cuanto a los recibos de pago, que éstos fueron promovidos en su totalidad en la oportunidad legal correspondiente.

Como ya se señaló al resolver el recurso de casación, considera la Sala que la parte actora cumplió con los requisitos exigidos en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo para la promoción de la exhibición

de documentos, por lo que la falta de exhibición acarrea la aplicación de la consecuencia jurídica de tener por cierto el contenido de las copias consignadas o los datos señalados por el promovente.

En el caso concreto, en cuanto a los carteles, la parte actora señaló su contenido, el cual coincide con la copia simple consignada marcada 2, por lo que se tiene por cierto su contenido; y, respecto a los instrumentos de medición incluidos los resultados alcanzados por la trabajadora, concatenados con los recibos de pago, la demandada no exhibió los 2 primeros; y solo consignó los recibos de pago correspondientes a los años completos del 1999 al 2003, y de los periodos enero-abril 2004; junio-diciembre 2004; enero-abril 2005; julio-agosto 2005; junio 2010; octubre 2010; y, enero-agosto 2012; en virtud de lo cual, se tiene por cierto que las comisiones generadas por la trabajadora de conformidad con los resultados obtenidos en su gestión son la suma de los conceptos reflejados en los recibos de pago como comisiones más feriados y días de descanso, por lo que no consta el pago de éstos últimos.

PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA:

Documentales:

- Marcada “A”, (folios 3, 4 y 5 del cuaderno de recaudos N° 1), finiquito emitido por la demandada a favor de la accionante, debidamente firmada por ésta; copia fotostática de Cheque de Gerencia girado contra la entidad financiera Banco Provincial, a favor de la parte actora por un monto de Bs. 58.866,67, así como relación del monto acumulado por concepto de Garantía de Prestaciones Sociales, las cuales merecen valor probatorio.
- Marcadas “B-1” al “B6” y “D1” al “D68”; (folios 7 al 12 y 24 al 92 del cuaderno de recaudos N° 1), recibos de pago a favor de la accionante, debidamente firmados por la parte actora, correspondientes a los años completos del 1999 al 2003, y de los periodos enero-abril 2004; junio-diciembre 2004; enero-abril 2005; julio-agosto 2005; junio 2010; octubre 2010; y, enero-agosto 2012, los cuales merecen valor probatorio, desprendiéndose de ellos el pago efectuado a la actora por concepto de: Sueldo, comisiones, feriados y días de descanso, premio trimestral por ventas, comisión ddd y las deducciones legales.
- Marcadas “C1” al “C9”; “E1” al “E60” (folios 14 al 22 y 94 al 153, del cuaderno de recaudos N° 1), recibos de pago a favor de otra trabajadora, que no forma parte de la controversia y por tanto no merecen valor probatorio.
- Marcada “F”, (folios 155 al 162, del cuaderno de recaudos N° 1), detalle de movimiento de prestaciones sociales de la trabajadora, las cuales carecen de firma, logo y sello húmedo de quien lo emite, sin embargo, la parte promovente solicitó informes al Banco Provincial, cursando las resultas a los folios 4 al 11 de la pieza N° 2 del expediente y folios 3 al 194 del cuaderno de recaudos N° 2, a las cuales se les otorga valor probatorio, desprendiéndose de ellas los abonos realizados por la demandada a la cuenta de la trabajadora durante la relación laboral, así como los préstamos solicitados por la parte actora con cargo a su Fideicomiso de Prestaciones Sociales, indicando fecha y monto.

Informes al Banco de Venezuela:

Las resultas cursan a los folios 193 al 294 de la pieza Nro. 1 del expediente, mediante el cual informa que la empresa Abbott Laboratories, C.A. realizaba abonos de nómina a la cuenta corriente Nro. 0102-0216-79-00-010110743, perteneciente a la ciudadana Alicia Beatríz Méndez Docaos; y que en la base de datos de las cuentas corrientes signadas bajo los Nros. 0102-0229-91-00-0000883, 0102-0102-21-80-00-000258, 0102-14-00-00000256, las mismas no se corresponden con los ciudadanos Contreras H Carmen, Quintero E Pedro y Gisell M Montiel, anexando los movimientos desde diciembre 2009 hasta mayo 2013 de la cuenta corriente del ciudadano Urbina O. César A. donde se evidencian los abonos de nómina realizados por el Metro de Caracas, los cuales se desechan por no aportar nada a la solución de la controversia.

TESTIMONIALES: De los ciudadanos Hernández Viana Judith María, Hernández Contreras Yaneth Margarita, Binotto Zerpa Martín Antonio, Grieco Torres María Alejandra, los cuales no comparecieron a rendir declaración no habiendo material probatorio objeto de valoración.

Ahora bien, analizado todo el material probatorio la Sala resolverá en los siguientes términos:

En relación con la composición del salario, quedó admitido que la trabajadora devengaba un salario mixto, compuesto por salario fijo e incentivos, estando en discusión el monto de los incentivos y su carácter salarial.

De los recibos de pago consignados por la demandada se observan los siguientes pagos, adicionales al salario fijo:

RECIBOS CONSIGNADOS POR LA DEMANDADA									
	Comisión	Días de descanso	Comisión DDD	Ajuste anticip. Comis	Premio especial ventas	Premio semestral	Premio anual	Premio trimestral	Premio por comisión
ene-99	126,00	84,00							
feb-99	217,94	145,29							
mar-99	192,29	128,20							
abr-99	232,10	154,74							
may-99	173,84	115,80							
jun-99	176,46	117,64							
jul-99	126,00	84,00							
ago-99	142,49	94,99							100,00
sep-99	186,39	124,26							
oct-99	188,01	125,34							250,00
nov-99	202,83	135,22							
dic-99	341,53	0,00							550,50
ene-00	180,00	120,00							

feb-00	192,00	128,00							
mar-00	192,00	128,00							
abr-00	192,00	128,00							
may-00	165,96	110,64		171,14					
jun-00	109,80	73,20		95,00					
jul-00	210,35	140,23		25,95					
ago-00	182,80	121,87		87,05					
sep-00	174,51	116,34		59,50					
oct-00	204,16	136,10		70,92					
nov-00	166,11	110,74		78,65					
dic-00	507,07	0,00		55,87					
ene-01	192,00	128,00							
feb-01	192,00	128,00							
mar-01	240,00	160,00							
abr-01	192,00	128,00							
may-01	230,69	153,80	81,30						
jun-01	137,93	91,95	61,45						
jul-01	245,20	163,47	100,00						
ago-01	249,57	166,38	100,00						
sep-01	202,40	134,93	67,80					136,00	
oct-01	192,00	128,00							
nov-01	252,92	168,62	25,00						
dic-01	302,87	201,91	66,80			272,00	130,00	142,50	
ene-02	358,74	239,16	32,96						
feb-02	357,10	238,07	100,00						
mar-02	358,74	239,16	82,98						
abr-02	358,74	239,16	79,90						
may-02	266,67	53,33							
jun-02	210,00	90,00	100,00						
jul-02	285,06	165,04	106,00						
ago-02	307,75	125,90	90,00						
sep-02	304,40	124,53	85,00						

oct-02	280,00	120,00							
nov-02	267,10	92,90							
dic-02	315,00	135,00							
ene-03	304,85	145,15							
feb-03	290,32	159,68							
mar-03	308,57	123,43							
abr-03	275,81	174,19							
may-03	299,25	149,63							
jun-03	227,31	108,24							
jul-03	236,18	118,09							
ago-03	305,27	145,37			125,00				
sep-03	320,13	152,44							
oct-03	308,53	112,19							
nov-03	356,02	123,83							
dic-03	264,39	132,20							
ene-04	386,41	158,08							
feb-04	278,57	132,65							
mar-04	307,58	187,96							
abr-04	457,69	159,19							
jun-04	374,55	167,51							
jul-04	465,33	232,67							
ago-04	520,05	260,03							
sep-04	377,50	154,43							
oct-04	521,33	189,57						500,00	
nov-04	419,53	230,74							
dic-04	383,37	139,41							
ene-05	496,53	172,71					1.500,00	500,00	
feb-05	541,60	257,90							
mar-05	494,47	235,46							
abr-05	424,59	212,30						500,00	
jul-05	371,95	159,41							

ago-05	418,36	230,10						
jun-10	2.286,78	1.143,22					2.225,00	
oct-10	1.386,10	875,44			650,00			
ene-12	3.278,78	1.561,36			2.165,00		2.893,00	
feb-12	0,00				875,00			
mar-12	2.621,96	1.072,64			1.895,00			
abr-12	3.990,00	3.990,00			3.795,00		3.616,00	
may-12	2.585,52	1.057,74			4.695,00			
jun-12	2.850,00	1.221,51			3.705,00			
jul-12	2.375,00	1.715,00			675,00			
ago-12	2.375,00	826,03			825,00			

En los recibos se observa que la trabajadora recibía asignaciones por comisiones, ajustes anticipo comisiones, comisiones DDD, premios trimestrales, premios semestrales, premios anuales, premio por comisión y premio especial de ventas.

La demandada alegó en la contestación que los incentivos recibidos por la trabajadora no tienen carácter salarial.

El artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, antes 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, define el salario de la siguiente manera:

Salario

Artículo. 104. Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en moneda de curso legal, que corresponda al trabajador o trabajadora por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extraordinarias o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.

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

A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador o trabajadora en forma regular y permanente por la prestación de su servicio.

Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestaciones sociales y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial. Para la estimación del salario normal ninguno de los conceptos que lo conforman producirá efectos sobre sí mismo.

Así que salario normal es todo lo que percibe el trabajador de manera habitual, con carácter regular y permanente, por la prestación de sus servicios, salvo las percepciones de carácter accidental y las que la ley considere que no tienen carácter salarial, entendiéndose por “regular y permanente” todo aquel ingreso

percibido en forma periódica por el trabajador, aunque se paguen en lapsos de tiempo mayores a la nómina de pago cotidianamente efectiva, pero en forma reiterada y segura.

Por su parte, el salario variable se define como aquel cuya remuneración depende del rendimiento, esfuerzo o bien de la cantidad de trabajo realizado. (Sentencia Nro. 753 de fecha 11 de junio de 2014, (caso: *Ricardo Javier Cabrera López*, contra la sociedad mercantil *Weatherford Latin America, S.A.*).

Analizando el carácter salarial de las asignaciones anuales la Sala en Sentencia N° 1.633 de 2004 (caso: *Abbott Laboratories*), estableció lo siguiente:

El bono ejecutivo por cumplimiento de metas de impacto (impact goals-incentive plan), es un pago anual calculado con base en la evaluación de la gestión gerencial del trabajador, para premiar por la eficiencia y la productividad de su trabajo, razón por la cual está íntimamente relacionado con la prestación del servicio lo que se corresponde con lo establecido en la primera parte del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo que define el salario, y en consecuencia, la Sala considera que el bono incentivo por cumplimiento de metas sí tiene carácter salarial y deberá tomarse en cuenta para calcular el salario.

Adicionalmente, es necesario resaltar que se entiende como salario por tarea, comisión o a destajo, aquel que se calcula con base en los resultados obtenidos por el trabajador o trabajadora, en un período determinado. Es decir, el salario variable calculado por tarea, comisión o a destajo se define como aquel cuya remuneración depende del rendimiento, esfuerzo o bien de la cantidad de trabajo realizado. (Sentencia Nro. 753 de fecha 11 de junio de 2014, (caso: *Ricardo Javier Cabrera López*, contra la sociedad mercantil *Weatherford Latin America, S.A.*).

En el caso concreto, los premios especiales por ventas, así como los premios anuales, semestrales y trimestrales, según el criterio reiterado de esta Sala, son pagos para premiar la eficiencia y la productividad en el trabajo; y, aunque no sean pagados todos los meses, están íntimamente relacionados con la prestación de servicio, lo que se corresponde con la definición de salario; y por ende, tiene carácter salarial. Pero esto no significa que constituyan salario a destajo, pues por su carácter constituyen una bonificación especial, un premio que persigue motivar a los trabajadores para que mantengan o mejoren su desempeño laboral. Por esta razón, estas asignaciones laborales no generan un pago adicional de salario por día feriado o de descanso.

En cuanto a la procedencia o no del pago reclamado por concepto de sábados, domingos y feriados conforme a las comisiones (incentivos) devengadas, según lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley Orgánica del Trabajo, el pago de los días feriados y de descanso obligatorios estarán comprendidos en la remuneración, sin embargo, en el caso de trabajadores que devenguen salario mixto, esto es, los que devengan una parte fija y otra variable, dispone el artículo 216 de la Ley Orgánica del Trabajo, que 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, todo lo anterior regulado actualmente en el artículo 119 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

De manera que, el patrono debe cancelar al actor lo correspondiente al concepto de sábados, domingos y feriados en base a las comisiones devengadas durante la relación laboral conforme a los días hábiles trabajados.

A tal efecto, se observa de los recibos de pago que la trabajadora recibía comisiones, ajustes anticipo comisiones y comisiones DDD, y que la demandada separa el pago de esas comisiones del pago del concepto feriados y días de descanso, realizando el detalle de los conceptos, según lo dispuesto en el artículo 216 de la Ley Orgánica del Trabajo (actualmente 119 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras).

Ahora bien, la parte actora señaló en su escrito libelar que la empresa no le canceló la incidencia producto de las comisiones en los días sábados, domingos y feriados, ya que según su decir, repartía las comisiones generadas entre los conceptos de comisiones y los referidos días sábados, domingos y feriados desde el inicio de la relación laboral; y siendo más claro señaló que si sus comisiones devengadas fueron Bs. 3.072,98 en el mes de agosto de 2011, en el recibo correspondiente aparecía Bs. 2.280,00 por concepto de comisiones y Bs. 792,98 por feriados y días de descanso, lo cual suma Bs. 3.072,98.

Por su parte, la demandada, adujo que siempre pagó la incidencia de comisiones en días de descanso y feriados, las cuales eran calculadas con base en los planes de incentivos de ventas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, que la metodología para el pago de las comisiones se encuentra reflejada en los recibos de pago del demandante.

En tal sentido, dejó establecido la Sala de la prueba de exhibición promovida por la parte actora, que aun cuando en los recibos de pago aparecen discriminados los conceptos de comisiones y feriados y días de descanso, a la trabajadora ciertamente le cancelaron el concepto de feriados y días de descanso del mismo monto de las comisiones, de manera que, cumplió la accionante con su carga probatoria, y en consecuencia, se tiene como no cancelado el concepto reclamado de feriados y días de descanso durante la relación laboral, por este motivo, se acuerda su pago el cual será calculado por experticia complementaria del fallo, bajo los siguientes parámetros:

Para calcular el salario correspondiente a los días feriados y de descanso con base en las comisiones generadas cada mes, el experto sumará los montos de las comisiones, ajustes anticipo comisiones y comisiones DDD, a la suma correspondiente a los feriados y días de descanso de cada mes que aparecen en los recibos de pago consignados por la demandada arriba señalados, lo dividirá entre los días hábiles de cada mes y lo multiplicará por los días feriados y de descanso correspondientes, tomando en cuenta que de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo, los sábados y los domingos son días de descanso.

Para los meses cuya información no consta de autos, el experto se dirigirá a la empresa a solicitar los recibos de pago correspondientes; y, si la empresa no colabora suministrando la información requerida, se tomará el monto de Bs. 4.501,03 correspondiente a la comisión del último mes según los dichos de la parte actora en el libelo; y realizará los cálculos como se señaló en el párrafo anterior, dividiendo dicha suma entre los días hábiles del mes y multiplicándola por los días feriados y de descanso (sábados y domingos) de cada periodo.

En relación con la incidencia del salario por feriados y días de descanso en las vacaciones y bono vacacional, resulta necesario señalar que aun cuando la sentencia de primera instancia acordó el pago de las vacaciones, la parte demandada apeló tanto de la procedencia del salario por los días feriados y de descanso, así

como de su incidencia en los conceptos laborales demandados por lo que su revisión no atenta contra el principio de prohibición de *reformatio in peius*. De esta forma, considera la Sala que es importante resaltar su criterio reiterado referido a que las vacaciones disfrutadas son el derecho a recibir el salario completo durante un lapso en el cual no se presta servicio, pues es un periodo destinado a la recreación y al esparcimiento. En este caso, como ya se ordenó el pago de la parte del salario dejado de pagar correspondiente a los días feriados y de descanso durante toda la relación laboral, incluyendo los lapsos de disfrute de vacaciones, no procede el pago adicional de dicha incidencia por este concepto.

Distinto sucede con el concepto de bono vacacional, que sí es un pago adicional para el mejor disfrute de las vacaciones y como se canceló con un salario menor al que le correspondía a la trabajadora, corresponde el pago por la incidencia del salario de los días feriados y de descanso no pagado, cuyo cálculo se realizará por experticia complementaria del fallo, debiendo tomar en cuenta el experto el salario mensual por feriados y días de descanso promedio del año correspondiente a cada vacación hasta el período 2010-2011 (artículo 145 de la Ley Orgánica del Trabajo) y de los 3 meses anteriores a su disfrute para la fracción 2011-2012 (artículo 121 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras), que resulte de la experticia anterior; lo cual dividirá entre 30 días para obtener el monto diario y lo multiplicará por el número de días correspondientes a cada año según la cláusula 25 de los Contratos Colectivos de Trabajo, que se señalan a continuación:

Año	Número de días de bono vacacional
1997	0
1998	26
1999	34
2000	34
2001	36
2002	36
2003	36
2004	36
2005	36
2006	38
2007	38
2008	38
2009	38
2010	38
2011	38

2012	28,5
------	------

Utilidades o Bonificación de fin de año:

En relación con las utilidades, el artículo 174 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) establece que los trabajadores tienen derecho a participar en las utilidades en una cantidad equivalente, en su límite mínimo, a quince (15) días de salario y en su límite máximo, el equivalente al salario de cuatro (4) meses. Por su parte, el artículo 131 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, cambia el nombre de este concepto a bonificación de fin de año y lo modifica en su límite mínimo, llevándolo a treinta (30) días de salario; manteniendo el límite máximo, equivalente al salario de cuatro (4) meses.

En el caso concreto, como la demandada pagó este concepto con un salario menor al que le correspondía a la trabajadora, corresponde el pago por la incidencia del salario de los días feriados y de descanso no pagado, cuyo cálculo se realizará por experticia complementaria del fallo, debiendo tomar en cuenta el experto el salario mensual promedio por feriados y días de descanso del año calendario correspondiente, lo dividirá entre 30 días para obtener el monto diario y lo multiplicará por el número de días correspondientes a cada año según la cláusula 34 de los Contratos Colectivos de Trabajo, de la siguiente manera:

Año	Número de días de utilidades o bono de fin de año
1997	10
1998	120
1999	120
2000	120
2001	120
2002	120
2003	120
2004	120
2005	120
2006	120
2007	120
2008	120
2009	120

2010	120
2011	120
2012	80

Prestaciones Sociales:

En relación con las prestaciones sociales, el artículo 141 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicable por terminar la relación laboral el 31 de agosto de 2012, dispone:

Régimen de prestaciones sociales

Artículo 141. Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los ampare en caso de cesantía. El régimen de prestaciones sociales regulado en la presente Ley establece el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio, calculado con el último salario devengado por el trabajador o trabajadora al finalizar la relación laboral, garantizando la intangibilidad y progresividad de los derechos laborales. Las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozan de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.

Adicionalmente, los artículos 142 y 143 del mismo texto normativo disponen:

Garantía y cálculo de prestaciones sociales

Artículo 142. Las prestaciones sociales se protegerán, calcularán y pagarán de la siguiente manera:

- a) El patrono o patrona depositará a cada trabajador o trabajadora por concepto de garantía de las prestaciones sociales el equivalente a quince días cada trimestre, calculado con base al último salario devengado. El derecho a este depósito se adquiere desde el momento de iniciar el trimestre.
- b) Adicionalmente y después del primer año de servicio, el patrono o patrona depositará a cada trabajador o trabajadora dos días de salario, por cada año, acumulativos hasta treinta días de salario.
- c) Cuando la relación de trabajo termine por cualquier causa se calcularán las prestaciones sociales con base a treinta días por cada año de servicio o fracción superior a los seis meses calculada al último salario.
- d) El trabajador o trabajadora recibirá por concepto de prestaciones sociales el monto que resulte mayor entre el total de la garantía depositada de acuerdo a lo establecido en los literales a y b, y el cálculo efectuado al final de la relación laboral de acuerdo al literal c.
- e) Si la relación de trabajo termina antes de los tres primeros meses, el pago que le corresponde al trabajador o trabajadora por concepto de prestaciones sociales será de cinco días de salario por mes trabajado o fracción.
- f) El pago de las prestaciones sociales se hará dentro de los cinco días siguientes a la terminación de la relación laboral, y de no cumplirse el pago generará intereses de mora a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país.

Depósito de la garantía de las prestaciones sociales

Artículo 143. Los depósitos trimestrales y anuales a los que hace referencia el artículo anterior se efectuarán en un fideicomiso individual o en un Fondo Nacional de Prestaciones Sociales a nombre del trabajador o trabajadora, atendiendo la voluntad del trabajador o trabajadora.

La garantía de las prestaciones sociales también podrá ser acreditada en la contabilidad de la entidad de trabajo donde labora el trabajador o trabajadora, siempre que éste lo haya autorizado por escrito previamente.

Lo depositado por concepto de la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses al rendimiento que produzcan los fideicomisos o el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, según sea el caso.

Cuando el patrono o patrona lo acredite en la contabilidad de la entidad de trabajo por autorización del trabajador o trabajadora, la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses a la tasa pasiva determinada por el Banco Central de Venezuela.

En caso de que el patrono o patrona no cumpliera con los depósitos establecidos, la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país, sin perjuicio de las sanciones previstas en la Ley.

El patrono o patrona deberá informar semestralmente al trabajador o trabajadora, en forma detallada, el monto que fue depositado o acreditado por concepto de garantía de las prestaciones sociales.

La entidad financiera o el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, según el caso, entregará anualmente al trabajador los intereses generados por su garantía de prestaciones sociales.

Asimismo, informará detalladamente al trabajador o trabajadora el monto del capital y los intereses.

Las prestaciones sociales y los intereses que éstas generan, están exentos del Impuesto sobre la Renta. Los intereses serán calculados mensualmente y pagados al cumplir cada año de servicio, salvo que el trabajador, mediante manifestación escrita, decidiera capitalizarlos.

Por su parte, el artículo 122 *eiusdem* establece que el salario base para el cálculo de las prestaciones sociales en caso de salario por unidad de obra, por pieza, a destajo, a comisión o de cualquier otra modalidad de salario variable, será el promedio del salario devengado durante los seis meses inmediatamente anteriores, calculado de manera que integre todos los conceptos salariales percibidos por el trabajador o trabajadora.

De conformidad con los artículos referentes a las prestaciones sociales es necesario calcular el depósito en garantía y compararlo con el cálculo realizado con el salario devengado durante los seis meses inmediatamente anteriores a la terminación de la relación laboral, acordando a la trabajadora el monto que resulte más alto.

En el caso concreto, como la demandada pagó este concepto con un salario menor al que le correspondía a la trabajadora, corresponde el pago por la incidencia del salario de los días feriados y de descanso no pagado, cuya determinación se realizará por experticia complementaria del fallo. El experto, deberá primero calcular el depósito en garantía y luego lo comparará con el cálculo realizado con el salario devengado durante los seis meses inmediatamente anteriores a la terminación de la relación laboral, correspondiendo a la trabajadora el monto que resulte más alto.

En cuanto al depósito en garantía, el experto tomará en cuenta el salario de los días feriados y de descanso resultado de la experticia inicial, más las alícuotas de bono vacacional y de utilidades correspondientes según los días señalados en los cuadros anteriores; y, calculará 15 días de salario para cada trimestre a partir de enero de 1998, y le sumará 2 días de salario adicionales por cada año, después del primer año de servicio (contado a partir del 3 de octubre de 1997).

Las prestaciones sociales con el salario devengado durante los seis meses inmediatamente anteriores a la terminación de la relación laboral, se calcularán sobre la base de treinta días por cada año de servicio o fracción superior a los seis meses.

En este caso, como la relación laboral comenzó el 3 de octubre de 1997 y terminó el 31 de agosto de 2012, teniendo una duración de 14 años 10 meses y 29 días, corresponden 450 días (30 días x 15 años) del salario por días feriados y de descanso de los últimos 6 meses de servicio, es decir, de marzo a agosto de 2012, que resulte de la experticia inicial, adicionándole las alícuotas de bono vacacional y de utilidades explicadas anteriormente.

El monto que resulte superior entre ambos cálculos será el que corresponda al accionante por concepto de prestaciones sociales.

Intereses de las prestaciones sociales:

En relación con los intereses de las prestaciones sociales, el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras arriba transcrito establece que lo depositado por concepto de la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses, razón por la cual se acuerdan y se calcularán mediante experticia complementaria del fallo, aplicando la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, ya que la empresa no realizó el depósito de las prestaciones sociales correspondiente al salario de los días feriados y de descanso.

De conformidad con el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio fijado por esta Sala en sentencia N° 1841 de fecha 11 de noviembre del año 2008 (caso: *José Surita*, contra la sociedad mercantil *Maldifassi & Cia C.A.*), se ordena el pago del interés de mora de la cantidad condenada a pagar, contado desde la fecha de terminación del vínculo laboral (31 de agosto de 2012) hasta la oportunidad del pago efectivo, excepto las diferencias salariales por los días de descanso y feriados derivadas de la parte variable del salario (comisiones) que se condenan desde el momento en que debieron ser pagados -al final de cada mes- con fundamento en la sentencia de la Sala Constitucional N° 2191, de fecha 6 de diciembre de 2006, criterio acogido por esta Sala de Casación Social en las sentencias Nos. 156 del 24 de marzo de 2015, 81 del 9 de marzo de 2015, 1640 del 11 de noviembre de 2014, 167 del 7 de marzo de 2016, 189 del 8 de marzo de 2016, 954 del 13 de octubre de 2016 y 984 del 18 de octubre 2016, entre otras; cuyo cálculo se efectuará de conformidad con lo previsto en el artículo 128 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicándose la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela tomando como referencia los seis principales bancos del país. Dichos intereses no serán objeto de capitalización, ni indexación.

Siendo la corrección monetaria para preservar el valor de lo debido un concepto de orden público social, de conformidad con la sentencia N° 1.841 de 2008, se condena a la parte demandada a su pago a la parte actora, cuyo monto se determinará mediante experticia complementaria del fallo, la cual será realizada por el mismo perito designado, el cual, a los fines del cálculo de la indexación, ajustará su dictamen al índice nacional de precios, desde la fecha de terminación de la relación laboral (31 de agosto de 2012), para las prestaciones sociales; y, desde la notificación de la demanda (9 de abril de 2013), para el resto de los conceptos laborales acordados; hasta la fecha en la cual serán pagados estos conceptos, conforme a los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela, excluyendo únicamente el lapso en que el proceso haya estado suspendido

por acuerdo de las partes, o haya estado paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, como vacaciones judiciales.

El cálculo de los intereses de mora y de corrección monetaria los realizará el Juzgado de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo correspondiente con la colaboración del Banco Central de Venezuela.

En caso de incumplimiento voluntario, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo competente, aplicará lo preceptuado en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

-

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte actora contra la sentencia dictada en fecha 23 de octubre de 2014 por el Juzgado Tercero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; **SEGUNDO: SE ANULA** el fallo recurrido; y, **TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda intentada por sigue la ciudadana ALICIA BEATRIZ MÉNDEZ DOCAOS, contra la sociedad mercantil ABBOTT LABORATORIES, C.A.

No hay condenatoria en costas del proceso por no haber vencimiento total, de conformidad con el artículo 59 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

El Magistrado Danilo Antonio Mojica Monsalvo y el Magistrado Edgar Gavidia Rodríguez no firman la presente decisión por cuanto no estuvieron presentes en la audiencia pública y contradictoria.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Particípese de esta 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 diez (10) días del mes de mayo de dos mil diecisiete. Años: 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

La Presidenta de la Sala y Ponente,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente,

Magistrado,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Ma-

gistrada,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO A. MOJICA MONSALVO

El Secretario Temporal,

JESUS R. MILLAN SALINAS

R.C. N° AA60-S-2014-001556.

Nota: Publicada en su fecha a las

El Secretario,