

**SALA DE CASACIÓN SOCIAL**  
Ponencia del Magistrado **Dr. JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO.**

En el juicio que por cobro de diferencia de prestaciones sociales y otros conceptos laborales sigue el ciudadano **MARCOS ALÍ GUERRERO RAMÍREZ**, representado judicialmente por los abogados Carmen Andrea Ochoa Hernández y Gerardo Alberto Patiño Vásquez, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 26.133 y 26.128, respectivamente, contra la sociedad mercantil **GLOBAL EXPRESS GRAN CLASS C.A.**, representada judicialmente por los abogados Jaisi Merilde Guerrero Colmenares y Uriel Iván Marín Becerra, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 74.734 y 63.399, en su orden; el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira con sede en San Cristóbal, en sentencia de fecha 3 de mayo de 2016 declaró: parcialmente con lugar el recurso de apelación ejercido por la representación judicial de la parte actora, sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, parcialmente con lugar la demanda, modificando el fallo proferido por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial en fecha 25 de febrero de 2016, que declaró parcialmente con lugar la demanda.

Contra la sentencia de alzada, ambas partes anunciaron recurso de casación, y presentaron escrito de formalización. Hubo impugnación por medio de la representación judicial de la parte demandada.

En fecha 19 de julio de 2016, se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado **Dr. JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO.**

En fecha 24 de febrero de 2017, en virtud de la designación de la nueva directiva de este Alto Tribunal en sesión de Sala Plena, se reconstituyó esta Sala de Casación Social, quedando conformada en el siguiente orden: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero, Vicepresidente, Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, Magistrado Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella y Magistrado Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

Por auto de fecha 23 de marzo de 2017, se fijó la audiencia pública y contradictoria para el día martes 23 de mayo de ese mismo año, a la 1:30 p.m.

Concluida la sustanciación del recurso, las partes comparecen a la audiencia oral, pública y contradictoria, y pronunciada la decisión en forma oral e inmediata, conforme a lo establecido en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pasa la Sala a reproducir *in extenso*, quedando redactada en los términos siguientes:

**RECURSO DE CASACIÓN**

**- I -**

Por razones metodológicas se alterará el orden en el que fueron planteadas las denuncias y se resolverá en primer lugar la tercera delación propuesta en el escrito de formalización consignado por la parte actora, en cuyo contexto alega:

Con fundamento en el numeral 3, del artículo 168, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia el vicio de contradicción en los motivos de los artículos 119 y 120 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y la infracción por falta de aplicación del artículo 119 *eiusdem*. Sobre tal infracción, aduce el formalizante:

También denunciarnos CONTRADICCIÓN en los motivos de la decisión impugnada cuando el Juzgador de Alzada, si bien acuerda el pago de la porción del salario variable días de descanso y feriado de acuerdo lo (sic) previsto en el artículo 119 y 120 de la Ley Laboral Vigente, sin embargo ese rubro que es parte del salario normal no se incluye como tal en la determinación de ninguno de los derechos del trabajador por razón de esto se denuncia el vicio de FALTA de aplicación de la norma pues tenía que ser aplicada para la determinación cuantitativa de los derechos del trabajador la mencionada porción en vacaciones, bono vacacional y utilidades repercutiendo desfavorablemente las prestaciones que configuran las prestaciones del demandante.

Argumenta como sustento de su delación que el Juez de la recurrida, incurrió en contradicción en los motivos al acordar el pago de la porción variable de los días feriados y de descanso, pero no establece en el *quantum* de los conceptos condenados la incidencia de la porción variable por efecto de las comisiones la incidencia de la porción variable de los días feriados y de descanso, específicamente en las prestaciones sociales, vacaciones, bono vacacional y utilidades, incurriendo en falta de aplicación del artículo 119 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Para decidir la Sala observa:

Resulta imperioso para esta Sala de Casación Social, a los fines de desarrollar los planteamientos formulados por la representación judicial de la parte accionante recurrente destacar la falta de técnica casacional, tras haber incurrido indebidamente en un cúmulo de vicios, tales como la contradicción en los motivos de los artículos 119 y 120 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y la falta de aplicación del artículo 119 *eiusdem*, e insta a la parte recurrente que en las sucesivas ocasiones adecue su denuncia a la técnica recursiva de casación y formule sus acusaciones de manera particular para obtener un pronunciamiento cónsono con el verdadero espíritu del medio extraordinario de impugnación, no obstante a ello, pasa esta Sala a resolver la presente delación, en apego a lo establecido en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden se concluye, que lo pretendido por la parte recurrente se circunscribe en determinar la falta de aplicación del artículo 119 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, pues manifiesta que el sentenciador que profirió la sentencia impugnada, al haber evidenciado la existencia de un salario variable, debió forzosamente haber ordenado además de los cálculos de los conceptos laborales, incluir sobre ellos, la porción variable de los días feriados y de descanso, conforme a lo dispuesto en las normas citadas.

Cabe señalar que, ha dicho la Sala en reiteradas oportunidades, que la falta de aplicación de una norma, tiene lugar cuando el sentenciador niega la aplicación de una disposición legal que ésta vigente, a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance.

El artículo 119 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, denunciado como infringido, establece:

**Artículo 119.** El trabajador o trabajadora tiene derecho a que se le pague el salario correspondiente a los días feriados o de descanso cuando haya prestado servicio durante los días hábiles de la jornada semanal de trabajo.

Cuando se haya convenido un salario mensual el pago de los días feriados y de descanso obligatorio estarán comprendidos en la remuneración.

Para el cálculo de lo que corresponda al trabajador o trabajadora por causa de los días de descanso o de los días feriados, se tomará como base el promedio del salario normal devengado durante los días laborados en la respectiva semana.

Si se ha estipulado un salario quincenal o mensual, el salario que corresponda a los días de descanso o los días feriados será el promedio del salario normal devengado durante los días laborados en la respectiva quincena o mes, según sea el caso.

El trabajador o trabajadora no perderá ese derecho si durante la jornada semanal de trabajo en la entidad de trabajo faltare un día de su trabajo.

El reseñado precepto normativo establece que cuando se haya convenido un salario mensual el pago de los días feriados y de descanso obligatorio estarán comprendidos en la remuneración; y en el caso que el salario sea variable, el pago de los días feriados y de descanso obligatorio, se calculará tomando como base el promedio del salario normal devengado durante los días laborados.

En el caso bajo estudio, se observa que el Juzgado Superior, en la recurrida, fijó los argumentos de la apelación en los siguientes términos:

La parte demandante recurrente alega que en la sentencia de Primera Instancia se dan unos lineamientos que reconocen las figuras demandadas por el accionante, pero que tales derechos no se calculan como corresponde, pues reconoce la existencia de una serie de depósitos que le hacen al trabajador en la cuenta nómina, pero que a la hora de efectuar el cálculo del salario real, no los toma en cuenta (...)

Que se demuestran aportes hechos por el patrono, de vacaciones y utilidades, pero se toma como base para el cálculo un salario que no es el real, pues deja a un lado ciertos cheques y depósitos efectuados a favor del trabajador demandante, productos de las retenciones mensuales que después le eran devueltas al trabajador a través de estas modalidades.

Solicitan al Juez de Alzada, que se corrijan los cálculos, que se incluyan los abonos, y que los mismos se indiquen en el cálculo de vacaciones y utilidades además de las prestaciones.

Sobre tales argumentos, el Tribunal emitió los siguientes pronunciamientos en la motiva de su decisión:

En cuanto a los puntos de apelación de la parte demandante y recurrente, referidos a que el Tribunal a quo realizó los cálculos de los conceptos reclamados de la forma no correspondiente, sin tomar en cuenta los depósitos hechos al trabajador, bajo la figura de abono a cuenta de nómina, ni la bonificación única constante en autos y valorada por el juez de la causa, como parte del último salario devengado por el trabajador; este Juzgador decide que los salarios a utilizar

para el cálculo de las prestaciones sociales y demás beneficios laborales desde el 11 de agosto de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2014, ante la ausencia de determinación libelar y dado que este sentenciador considera que en las circunstancias actuales, los recibos de pago aportados, pueden ser prueba de los montos cancelados al trabajador, más no del salario real, debe ser el mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional, más las bonificaciones recibidas desde febrero de 2010 hasta noviembre de 2014, sólo para los meses que corresponda, lo cual será determinado en la sentencia definitiva. **Y así se decide.**

De la lectura del fallo recurrido se desprende que el *ad quem* estableció que las prestaciones y demás beneficios laborales se calcularán con el salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional, más la incidencia de las comisiones, evidenciando con ello, la existencia de un salario mixto, a partir del año 2010.

Así las cosas, se constata que el Juez Superior al haber determinado que el actor devengó un salario mixto compuesto por una porción fija mensual y otra variable (comisiones), debió haber incluido la incidencia de los días feriados y de descanso ordenados a pagar por el juez de juicio, para el cálculo de la prestación de antigüedad y demás conceptos laborales.

Con esta conducta, colige esta Sala que el fallo recurrido está incurso en el vicio denunciado, en virtud que estableció la existencia de un salario mínimo más las bonificaciones, sin incluir la incidencia de los días feriados y de descanso, declarados procedentes por el juzgado de juicio, que también forman parte del salario normal devengado por la parte actora, representando un perjuicio para el trabajador. Por las razones antes expuestas, la presente denuncia resulta procedente. Así se declara.

Dada la procedencia de la presente delación, resulta inoficioso tanto el conocimiento de las restantes denuncias formuladas por la parte actora, como las expuestas por la demandada en su escrito formalización. En consecuencia, resulta CON LUGAR el recurso de casación anunciado por la parte actora, se ANULA el fallo impugnado dictado por el juez de alzada y pasa esta Sala de Casación Social a resolver sobre el fondo del asunto debatido, en virtud de lo dispuesto por el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en los siguientes términos:

**SENTENCIA DE MÉRITO**  
**ALEGATOS DE LA PARTE ACTORA**

La parte actora alega en su escrito libelar que comenzó a prestar servicios personales y subordinados en la empresa Global Express Gran Class C.A. desde el 11 de agosto de 2002, como encargado de la oficina, posteriormente le hacen crear una firma personal y celebró un contrato denominado agente, cuyas actividades eran la venta de pasajes, depósitos en bancos, supervisor de taller de unidades de transporte y la supervisión del desempeño de los choferes.

Alega que el trabajador realizaba sus actividades en el tiempo que fuera necesario, en las mañanas en los talleres de las unidades y en las tardes en el terminal de pasajeros específicamente en la venta de pasajes y actividades de pista de salida de los autobuses, incluso los días sábado y domingo ya que prestaba una actividad continua todo el año.

Señala la parte actora que desde el inicio de la relación laboral devengó un salario variable compuesto por el diez por ciento (10%) de las comisiones, luego percibió un salario mínimo, en la cual le retenían parte de sus comisiones, y al final de cada año le hacían la devolución de las retenciones, específicamente por mes a través de cheques, también sostiene que en la cuenta nómina le hacían descuentos durante el mes, y eso no era otra cosa que el pago de las comisiones.

Sostiene que el patrono omitió pagar durante toda la relación laboral la proporción correspondiente a los días de descanso semanal (sábado y domingo) y los días feriados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 119 de la Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras.

Asimismo, aduce que la empresa demandada le adeuda el pago correspondiente a los días sábados y el recargo de los domingos y días feriados trabajados.

Sostiene que la parte actora disfrutó las vacaciones en los periodos correspondientes 2012-2013 y 2013-2014, no obstante las vacaciones que le correspondían en los períodos 2002-2003 al 2011-2012 no le fueron canceladas, tampoco le fue otorgado su disfrute. También reclama una diferencia salarial correspondiente a las vacaciones de los períodos 2012-2013 y 2013-2014, y la fracción de vacaciones estimadas a razón de tres meses de trabajo.

Aduce que le corresponde al trabajador los beneficios de la empresa a razón de 60 días por año, pero fue calculado con un salario que no se corresponde con la realidad, pues tenía como base de cálculo el salario mínimo y no el salario señalado en el escrito libelar.

Finalmente, señala que laboró para la empresa Global Express Gran Class C.A. hasta el 30 de noviembre de 2014, fecha en la cual decidió poner fin a la relación de trabajo.

Con base en lo antes expuesto, procede a demandar lo que considera que le corresponde por prestaciones sociales y otros conceptos; los cuales se discriminan de la siguiente manera:

CONCEPTOS	MONTO (Bs.)
Prestaciones Sociales Literal "A"	Bs. 1.057.367,65
Intereses de Prestación de Antigüedad	Bs. 114.679,78
Diferencia de Utilidades Años 2002 al 2014	Bs. 225.255,81
Vacaciones Vencidas no disfrutadas, Bono vacacional vencido, Vacaciones Fraccionadas, y Diferencia Salarial.	Bs. 1.489.117,17
Diferencia Salarial porción variable Sábados, Domingos y Feriados	Bs. 219.327,30
Sábados, Domingos y Días feriados laborados	Bs. 386.343,59
Intereses moratorios e Indexación	-----
Estimación de la demanda	Bs. 3.492.090,82

## **DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Por su parte, la demandada sociedad mercantil Global Express Gran Class C.A., señaló en su escrito de contestación a la demanda lo siguiente:

Niega y rechaza la fecha de inicio señalada por la parte actora en la demanda el 11 de agosto de 2002, ya que la verdadera fecha de ingreso de la parte accionante fue a partir del 1º de enero de 2006, en consecuencia, niega el tiempo de servicio de 12 años, 13 meses y 19 días.

Niega y rechaza el porcentaje de comisión de 10% señalado por la parte actora, cuando lo cierto es que el trabajador percibía simplemente un salario por la prestación de su servicio.

Niega el horario de trabajo alegado por la parte accionante.

Niega que trabajara sábado y domingo y todos los días del año.

Niega y rechaza la pretensión del pago de la acreencia laboral correspondiente a las prestaciones sociales, vacaciones vencidas y fraccionadas, bono vacacional, utilidades, sábado, domingos y feriados, bajo el supuesto salario variable y comisión.

Niega y rechaza el pago por concepto de prestaciones sociales, por cuanto el tiempo real de servicio es errado al igual que el cálculo de sus prestaciones.

Niega y rechaza el monto reclamado de vacaciones y bono vacacional vencido, como los salarios y cálculos utilizados, así como la supuesta diferencia en el pago, ya que el tiempo y salario de cálculo es inexacto, por cuantos tales conceptos ya fueron pagados.

Niega y rechaza el reclamo por concepto de vacaciones fraccionadas y utilidades.

Niega y rechaza que adeude pago alguno por concepto de intereses sobre prestaciones, por cuanto el tiempo real y el salario utilizado para los cálculos son errados e inexactos, y los intereses ya fueron pagados.

Niega adeudar el pago de los días sábados, domingos y feriados por cuanto el tiempo real de servicio es errado y tales conceptos se encontraban incluidos dentro de su salario mensual.

Finalmente, niega, rechaza y contradice la estimación de la demanda realizada por la parte actora sea por la cantidad de tres millones cuatrocientos noventa y dos mil noventa bolívares con ochenta y dos céntimos (Bs. 3.492.090,82).

-

### **LÍMITES DE LA CONTROVERSIA**

El artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, regula lo relativo a la carga de la prueba, en los siguientes términos:

**Artículo 72.** Salvo disposición legal en contrario, **la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos.** El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal. (Destacado de la Sala).

La norma legal *supra* citada contiene como regla general que la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando hechos nuevos.

Por su parte, con respecto a la forma de contestar la demanda en materia laboral, el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dispone:

**Artículo 135:** Concluida la audiencia preliminar(...), el demandado deberá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda, **determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza**, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. **Se tendrán por admitidos** aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales al contestar la demanda, **no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso.** (Resaltado de la Sala).

De acuerdo a lo expuesto en el artículo parcialmente transcrito, el demandado en la contestación deberá determinar cuáles de los hechos admite y cuáles rechaza, estableciéndose los hechos sobre los que va a ejercer la carga de la prueba.

Con relación al régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral, esta Sala de Casación Social en el fallo Nro. 419, de fecha 11 de mayo de 2004 (caso: *Juan Rafael Cabral Da Silva* contra *Distribuidora de Pescado La Perla Escondida, C.A.*), estableció lo siguiente:

- 1) El demandado tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió al trabajador, cuando en la contestación de la demanda haya admitido la prestación de un servicio personal y no la califique de laboral (presunción *iuris tantum*, establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo).
- 2) El demandante tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió con el patrono, cuando el demandado en la contestación haya negado la prestación de un servicio personal.
- 3) Cuando el demandado no niegue la existencia de la relación laboral, se invertirá la carga de la prueba en lo que se refiere a los restantes alegatos contenidos en el libelo que tengan conexión con ésta. Es decir, es el demandado quien deberá probar la improcedencia de los conceptos que reclama

el trabajador. Asimismo, tiene el demandado la carga de probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar la pretensión del actor.

4) Se tendrán como admitidos aquellos hechos alegados por el demandante en su libelo, que el demandado no niegue o rechace expresamente en su contestación, aunado al hecho de que tampoco haya aportado a los autos, alguna prueba capaz de desvirtuar los alegatos del actor.

5) Se tendrán como admitidos aquellos hechos alegados por el demandante en su libelo, cuando el demandado no haya fundamentado el motivo del rechazo, aunado al hecho de que tampoco haya aportado a los autos en la oportunidad legal, alguna prueba capaz de desvirtuar los alegatos del actor.

En tal sentido, el régimen de distribución de la carga probatoria en materia laboral, se fijará de acuerdo con los términos en que la parte accionada de contestación a la demanda, es decir, que el demandado tiene la carga de probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar las pretensiones del actor. Así pues, el accionado tendrá la carga de desvirtuar en la fase probatoria, aquellos hechos sobre los cuales no hubiese presentado en la contestación los fundamentos del rechazo, de lo contrario, el sentenciador deberá tenerlos como admitidos (salvo aquellos que excedan del límite legal o aquellos que sean exorbitantes).

Así pues, planteados como han quedado los hechos alegados por el actor, así como las excepciones y defensas opuestas por la demandada, evidencia esta Sala que no resultó objeto del contradictorio, la existencia de la relación laboral, la fecha de egreso del 30 de noviembre de 2014, el cargo y las funciones aducidas por el trabajador, por lo que los puntos controvertidos se centran en determinar: **i) la fecha de inicio de la relación laboral; ii) La composición salarial efectivamente devengada por el accionante durante la prestación de su servicio; iii) el horario laborado por la parte actora y iv) la procedencia o no de cada uno de los conceptos reclamados:** prestaciones sociales, intereses de prestación de antigüedad, utilidades, vacaciones vencidas y no disfrutadas, bono vacacional vencido, vacaciones fraccionadas y diferencia salarial por tales conceptos, por la porción variable por efecto de las comisiones en los días sábados, domingo y feriados y por el reclamo de los días sábados, domingos y feriados laborados.

De forma tal que, le corresponderá a la parte demandada demostrar aquellos hechos con los cuales se excepcionó. Por otro lado, aquellos hechos exorbitantes debidamente negados por la parte demandada, deberán ser demostrados por la parte accionante.

En la oportunidad procesal para ello -inicio de la audiencia preliminar- las partes hicieron uso de su derecho, promoviendo la parte actora documentales, exhibición y testimoniales, y la parte demandada documentales. El Tribunal de Juicio por autos de fecha 3 de noviembre de 2015, se pronunció admitiendo las pruebas promovidas por ambas partes.

Establecidos como han quedado los términos del presente contradictorio, esta Sala pasa a analizar las pruebas promovidas y evacuadas por cada una de las partes.

### **Pruebas de la parte actora:**



### Documentales:

Marcadas “**A-53**” y “**A-54**”, cursantes a los **folios 47 y 48** de la pieza Nro. 1 del expediente, consignó **originales de Cartas de trabajo** del accionante de fechas 8 de junio de 2011 y 4 de mayo del mismo año, en las cuales se especifican las fechas de ingreso del trabajador a la empresa, 13 de enero de 2006, y el salario devengado por el accionante. Estas documentales no fueron desconocidas por la representación judicial de la parte demandada en la oportunidad de la audiencia de juicio, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se les otorga valor probatorio a los fines de determinar la fecha de inicio de la relación laboral.

Marcado “**A-55**”, cursante al **folio 49** de la pieza Nro. 1 del expediente, consignó **constancia** de fecha 19 de julio de 2012, mediante el cual hace constar que la parte actora ocupa el cargo de oficinista desde el 1 de enero de 2006, el salario percibido por la parte actora, dicha instrumental no fue impugnada por la parte demandada en la audiencia de juicio, en consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 78 de la ley adjetiva laboral, se le otorga valor probatorio, a los fines de delimitar la fecha del trabajador a la empresa demandada.

Marcados “**A-56**” al “**A-76**”, “**A-1**” al “**A-40**”, cursantes a los **folios 50 al 70, 134 al 158, 161 al 173** de la pieza Nro. 1 del expediente, consignó **recibos de pago de salarios** correspondientes a los años 2009 al 2011, 2013 y 2014, los cuales no fueron objeto de ataque por la parte demandada en la audiencia de juicio, por lo que se les otorga valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, desprendiéndose de éstos, el salario percibido por el trabajador.

Marcados “**A-77**” y “**A-78**”, cursantes a los folios **71 y 72** de la pieza Nro. 1 del expediente, correspondientes a **comprobante de retención del mes de agosto de 2008 y orden de elaboración de cheque**, dichas documentales no son oponibles a la parte demandada por cuanto carecen de logos, sellos y demás elementos identificativos que permitan establecer su emisión por parte de ésta, en consecuencia se desestima su valoración conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcados “**A-50**” y “**A-79**”, cursante a los folios **73 y 182** de la pieza Nro. 1 del expediente, **comunicación** emitida por la parte demandada de fecha 22 de enero de 2009, dirigida al Banco Nacional de Crédito, donde se autoriza asignar la cuenta nómina a la parte actora a fin de comenzar con el proceso de abono de nómina; dicha documental no aporta nada al hecho controvertido, en consecuencia se desestima su valoración conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “**A-80**”, cursante a los folios **74 al 132** de la pieza Nro. 1 del expediente, cursa **estados de cuenta emitidos por el Banco Nacional de Crédito**, de los que se desprenden diversos pagos por concepto abono de nómina de la empresa, debidamente ratificados mediante prueba de informes correspondientes al periodo febrero

de 2010 hasta noviembre de 2014, razón por la que se les otorga valor probatorio conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcados “**A-49**” y “**A-52**”, cursantes a los folios **133** y **181** de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **comunicación** de fecha 1° de abril de 2009, suscrita por la empresa demandada y dirigida al Banco de Venezuela, se le confiere valor probatorio al no ser impugnada por la parte demandada conforme lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de este se desprende la autorización al ciudadano Marco Alí Guerrero Ramírez, a realizar los trámites correspondientes a la apertura de la cuenta de nómina desde el día 13 de noviembre de 2002.

Marcados “**A-41**”, “**A-43**”, “**A-44**”, “**D-6**” y “**R-1**”, cursante a los folios **174**, **176**, **177**, **210** y **211** de la pieza Nro. 1 del expediente, se desprenden **reporte de cierre**, **relación de intereses de prestaciones sociales**, **préstamo** y **anticipos**, instrumentos que no son oponibles a la parte demandada por cuanto carecen de logos, sellos y demás elementos identificativos que permitan establecer su emisión por parte de ésta, en consecuencia se desestima su valoración conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “**A-42**”, cursante al folio **175** de la pieza Nro. 1 del expediente, cursa **recibo de caja chica**, tras no haber sido impugnado por la parte demandada le confiere valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, del cual se desprende el pago por concepto de intereses de prestaciones sociales de enero a junio del año 2013.

Marcado “**A-46**”, cursante al folio **178** de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **comunicación y relación de pago** de fecha 19 de agosto de 2014 emitidas por la empresa demandada y dirigidas al trabajador, mediante las cuales notifican el disfrute de sus vacaciones correspondientes al año 2013-2014; dichas documentales no fueron impugnadas por la parte a quien se le opone, por lo que se les otorga valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “**A-48**”, cursante al folio **180** de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **comunicado** de fecha 30 de junio de 2009 en la cual se le informa al personal que labora en la empresa el descuento del seguro social y la ley de política habitacional, dicha documental no aporta nada a la resolución de los hechos controvertidos, en consecuencia se desestima su valoración conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “**A-51**”, cursante al folio **183** de la pieza Nro. 1 del expediente, cursa **pago por concepto de bonificación** del periodo 1° de noviembre de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014 no impugnado ni desconocido por la demandada, por lo que se le otorga valor probatorio conforme lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “**C-1**”, cursante al folio **184** al **187** de la pieza Nro. 1 del expediente, se evidencia **contrato debidamente suscrito por la firma personal “Representaciones Guerrero 2003” representada por el**

ciudadano **Marco Alí Guerrero Ramírez en su condición de agente y la empresa “Global Express Gran Class”**, debidamente autenticado en fecha 3 de junio de 2003, por ante la Notaría Pública Trigésima Séptima del Municipio Libertador del Distrito Capital; se le otorga valor probatorio de conformidad con lo previsto en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a los fines de determinar la prestación de servicio de la parte actora con la empresa demandada.

Marcados “**CCH-1**” hasta la “**CCH-16**”, cursante a los folios **188** al **204** de la pieza Nro. 1 del expediente, **copias simples de cheques de las entidades financieras Banco Mercantil y Fondo Común**, donde se desprende pagos mensuales a beneficio del ciudadano Marco Alí Guerrero, dichas instrumentales fueron impugnadas por la parte a quien se le opondrá, en consecuencia no se le otorga valor probatorio en atención a lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “**D-1**” y “**D-2**”, cursante a los folios **205** y **206** de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **liquidación de vacaciones períodos 2012-2013 y 2013-2014**, donde se desprende el pago recibido por el actor por tal concepto, se le otorga valor probatorio conforme lo previsto en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “**D-3**” y “**D-4**”, cursante a los folios **207** y **208** de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **liquidación de utilidades años 2013 y 2014**, se le otorga valor probatorio a los fines de determinar el pago del referido concepto, conforme lo previsto en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “**D-5**”, cursante al folio **209** de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **liquidación de prestaciones sociales diciembre 2009 a diciembre 2010**, no oponible a la parte demandada por cuanto carece de logos, sellos y demás elementos identificativos que permitan establecer su emisión por parte de ésta razón por la cual se desestima su valoración conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “**R-1**” cursa al folio **212** de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **retenciones año 2013**, donde se desprende en forma mensual la retención de diversos montos correspondiente a comisiones, se le confiere valor probatorio en atención a lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

### **Informes:**

-

Se solicitaron los siguientes informes:

Al Banco Nacional de Crédito. En fecha 30 de noviembre de 2015 fueron recibidas las resultas, donde se dejó constancia la existencia de una cuenta corriente a beneficio de la parte actora, así como estados de cuenta correspondientes al periodo febrero 2010 a noviembre 2014, donde se desprende diversos depósitos a beneficio del trabajador, se le otorga valor probatorio conforme lo previsto en el artículo 81 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

A la Alcaldía de San Cristóbal, división Terminal de Pasajeros. En relación con esta probanza observa esta Sala que en fecha 25 de noviembre de 2015, fue recibida comunicación mediante el cual informa que en el terminal de pasajeros de San Cristóbal se labora los días jueves, viernes santo, veinticinco de diciembre y primero de enero, se le otorga valor probatorio conforme lo previsto en el artículo 81 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

### **Exhibición de documentos:**

Se solicitó la exhibición de los siguientes documentos:

De las retenciones correspondientes a los años 2007 al 2013 todos ellos firmados por la parte actora, la cual cursa al folio 212 de la pieza Nro. 1 del expediente, dichas instrumentales no fueron exhibidas por la parte demandada durante la celebración de la audiencia de juicio.

Respecto a la exhibición de documentos, 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. (Subrayado de la Sala)

Del encabezamiento del texto normativo citado, se desprende que para solicitar la exhibición de documentos que se encuentren en poder de la contraparte, quien promueve la misma debe acompañar una copia del documento o -en defecto de ésta- señalar los datos que conozca sobre el contenido del mismo, además debe aportar un medio de prueba que permita formar la convicción de que tal documento se halla o se ha hallado en poder del adversario, ante lo cual, si el instrumento no fuere exhibido en la oportunidad que ordene el tribunal, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder de quien tiene la carga de exhibirlo, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de esta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento.

Al respecto, esta Sala observa en relación a la exhibición del denominado por el promovente “*retenciones*” correspondiente a los períodos “*2007-2013*”, que la misma es promovida por la parte accionante sin aportar a los

autos, la totalidad de las copias de los documentos cuya exhibición se solicita, pues sólo consignó copias de retenciones correspondiente a los años 2010 y 2013, cursante a los folios 211 y 212 de la pieza Nro. 1 del expediente, tampoco indicó el contenido de los documentos sujetos a exhibición, de allí que, al incumplir con los requerimientos impuestos en el artículo 82 *eiusdem*, y aunado al hecho que tales documentales fueron impugnadas por la parte demandada en la audiencia de juicio, se hace inaplicable la consecuencia jurídica prevista en la norma. Así se decide.

Del libro de vacaciones, el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, establece en el primer párrafo que cuando se trate de documentos que por mandato legal debe llevar el empleador, bastará que el trabajador solicite su exhibición, sin necesidad de presentar prueba alguna, que constituya por lo menos, presunción grave de que el documento se encuentra o ha estado en poder del empleador, sin embargo, el promovente de la exhibición debe cumplir inexorablemente con el requisito de acompañar a la solicitud copia del documento o, en su defecto, la afirmación de los datos que conozca acerca de su contenido, pues solo así cobra sentido práctico la consecuencia de la negativa de exhibición, aunado a esto, sólo así puede el juez evaluar la pertinencia de la prueba con miras a su admisión.

En este sentido, en la prueba de exhibición del libro de vacaciones el promovente tiene como pretensión la demostración del disfrute de los periodos vacacionales por parte del trabajador, no obstante ello, no consta que la parte demandada haya cumplido con su exhibición durante la celebración de la audiencia de juicio, y por tratarse de un documento que por mandato legal debe llevar el empleador, se tiene como cierto el contenido del libro de vacaciones; en lo atinente a lo pretendido por la parte actora, apreciándose por sana crítica.

De los exámenes pre-vacacionales realizados a la parte actora con ocasión del disfrute de sus vacaciones, con el fin de demostrar el cumplimiento de la Ley Orgánica de Condiciones, Prevención y Medio Ambiente de Trabajo, cada vez que el trabajador disfrutaba del periodo vacacional, dichas instrumentales no se aportaron copias ni se indicó el contenido de las mismas, en consecuencia se desestima su valoración.

### **Testimoniales:**

En relación con la testimonial de la ciudadana **Alix Yamilé Ortega Liscano** manifestó que conoce a la parte actora porque tiene un negocio de dulcería en el Kiosco, que mantiene una relación de amistad con el ciudadano Marco Alí Guerrero Ramírez por cuanto trabajaba en el mismo terminal, sostiene que el terminal funciona todos los días excepto el 1º de enero y el viernes santo, aduce que el local lo tiene ubicado al oeste del terminal Nro.90, que conoce a la parte actora desde hace 8 años y el grado de amistad es limitado al sitio de trabajo.

Respecto a la testimonial del ciudadano **Frank Alexi Belandria** manifestó que su actividad laboral es de vendedor de boletos de pasaje de Expresos Occidente desde el año 1979, que conoce a la parte actora desde el año 2003 en el terminal de pasajeros de Puerto La Cruz y en el Terminal de pasajeros de San Cristóbal desde el año 2007, que entre las funciones realizadas por el ciudadano Marco Alí Guerrero, se encontraba la venta de

boletos y el “cuadro de buses” para su ubicación, ya que hacía de todo, que las ventas de boletos se realizaban todo el año excepto el 1° de enero y viernes santos, finalmente aduce que vendía boletos en el terminal de pasajeros de Puerto La Cruz desde el año 2002.

En cuanto a la testimonial de la ciudadana **Keyla Katherine Urbina Camargo** señaló que sus funciones dentro de la empresa Global Express era de taquillera y el ciudadano Marco Alí Guerrero realizaba las funciones de pistero, también se encargaba de los autobuses y de sus repuestos previa autorización, que el personal que laboraba era el ciudadano Marcos Alí Guerrero Ramírez junto a tres pisteros y una taquillera que cumplía con ella horario rotativo, que la parte actora aparte de ser pistero estaba pendiente de comprar los repuestos de los autobuses, que vendía boletos por taquilla pero no tenía conocimiento que le dieran un porcentaje a los pisteros por los boletos vendidos por cuanto ellos le entregaban el valor real de los mismos.

En cuanto a la testimonial del ciudadano **Alberto Buitrago Contreras** señaló que su actividad era electromecánica, que conoce al ciudadano Marcos Alí Guerrero Ramírez por cuanto diariamente le llevaba a su taller autobuses para arreglar, que en diferentes oportunidades lo llamaban de 6:30 p.m. a 7:00 p.m., a fin que fuera a auxiliarlo en el terminal, que es un trabajador independiente, y conoce que la parte actora presta servicio para la empresa Global Express Gran Class, C.A.

Respecto a la testimonial **Naylor Darlinth Urbina Bautista** adujo en sus deposiciones, que trabaja como pistero “arrastador” durante todos los días del año, que conoce al ciudadano Marcos Alí Guerrero, que comenzó a trabajar en el terminal de pasajeros desde el año 1995, primero en Expreso Táchira Mérida después pasó a Expresos Unidos y actualmente labora en Expreso Táchira-Mérida, que comenzaba a laborar desde las 7:00 a.m., que conoce a la parte actora como pistero y que tiene conocimiento que realizaba otras funciones como estar pendiente de los autobuses, que el taller de la empresa “Global Express” queda ubicado por la octava y ha visto en diferentes oportunidades al ciudadano Marcos Alí Guerrero Ramírez.

En relación a la testimonial del ciudadano **Alirio Gómez Bayona** manifestó que es electricista, que conoce al ciudadano Marcos Alí Guerrero Ramírez por cuanto presta servicio a la empresa “Global Express”, que le ha prestado sus servicios en diferentes días del año inclusive el domingo, sostiene que conoce a la parte actora desde el año 2007, que le arreglaba autobuses a la empresa, y desconoce el horario de trabajo del accionante pero lo veía a veces en la noche trabajando.

Observa esta Sala con relación a los testigos expuestos, que no hubo contradicción y fueron contestes en indicar situaciones, que permiten determinar hechos que se ventilan en la presente causa, como la labor del actor de la venta de boletos y el “cuadre” de buses, en consecuencia se valoran sus dichos conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Respecto a las testimoniales de los ciudadanos José Rafael Vivas Guillén, Dimas Del Carmen Mora Matheus, Rodolfo José Vivas Montilva, Jorge Homero Morantes Barrientos, José Alfonso Moreno Rivera y José

Ramón Molina Briceño, quienes no comparecieron a rendir declaración, por lo cual esta Sala no tiene materia sobre la cual pronunciarse.

### **Pruebas de la parte demandada:**

-

#### **Documentales:**

-

Marcado “B”, cursantes a los folios 237 al 244 de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **copias fotostáticas del acta constitutiva de la entidad de trabajo Global Express Gran Class C.A. y del Acta de Asamblea General Extraordinaria**, esta Sala procede a desestimarlos, en virtud que no aporta elementos de relevancia para la resolución de la controversia.

Marcado “C”, cursante al folio 245 de la pieza Nro. 1 del expediente, se desprende **carta de trabajo** de fecha 1º de agosto de 2011, en las cuales se especifican la fecha de ingreso del trabajador a la empresa, 01 de enero de 2006 y el salario devengado por la parte accionante, se le otorga valor probatorio a los fines determinar la fecha de inicio de la relación laboral.

Marcado “D”, “E” y “F”, cursantes a los folios 246, 247, 248, 249 y 250 de la pieza Nro. 1 del expediente, se desprende **liquidación parcial de prestaciones años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011**, así como **cheques a nombre de la parte actora**, donde se evidencia, el pago por los conceptos de prestación de antigüedad, días adicionales de antigüedad, utilidades años 2006, 2007, 2009 y 2010, vacaciones años 2006, 2007, 2009, y 2010, bono vacacional fraccionado 2006 y 2007, diferencia de liquidación de prestaciones año 2005 e intereses sobre prestaciones sociales, todos ellos debidamente firmados por la parte accionante, esta Sala les confiere valor probatorio, de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “G”, “J” y “I”, cursantes a los folios 251, 253 y 254 de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **liquidación de vacaciones años 2008-2009, 2011-2012 y 2012-2013** debidamente firmadas por la parte actora, esta Sala le confiere valor probatorio conforme lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, desprendiéndose el salario devengado por la parte actora así como el pago de tales conceptos.

Marcado “H”, cursante al folio 252 de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **liquidación de vacaciones correspondiente al año 2010**, dicha instrumental carece de la firma de la parte actora, motivo por el cual esta Sala desestima su valoración conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Promovió marcados “K, L y M”, cursantes a los folios 256, 257 y 258 de la pieza Nro. 1 del expediente, se evidencia **recibos de utilidades años 2012, 2013 y 2014**, esta Sala le confiere valor probatorio a los fines de determinar el pago de tales conceptos, todo ello, conforme lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcados “N” y “R”, cursantes a los folios 259 y 262 de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **recibos de caja chica por concepto de intereses sobre prestaciones sociales años 2012 y 2013**, tales instrumentales no fueron impugnadas ni desconocidas por la parte actora, esta Sala le confiere mérito probatorio conforme lo previsto en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “S”, cursante al folio 263 de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **recibo por concepto de intereses sobre prestaciones sociales**, tal instrumental carece de valor probatorio por cuanto no posee la suscripción de la parte demandante.

Marcado “Ñ”, cursantes a los folios 264 al 321 de la pieza Nro. 1 del expediente, se evidencia **recibos de pago de quincena correspondiente a los años 2009 al 2014**, todos ellos debidamente firmados por la parte actora, de estas se desprende los pagos recibidos por salario en los años indicados, esta Sala le confiere valor probatorio conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcados “T” y “V”, cursante a los folios 322 al 324 de la pieza Nro. 1 del expediente, consta **solicitud de préstamos** por la suma de Bs. 6.000,00, y préstamo personal a nombre del trabajador por la suma de Bs. 32.596,78, se le otorga valor probatorio al no haber sido impugnado ni desconocido por la parte actora en la audiencia de juicio.

-

### **CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

Efectuado el análisis probatorio, esta Sala de Casación Social procede a decidir la presente controversia, en los términos siguientes:

Ha sido un hecho controvertido la fecha de inicio de la relación laboral, toda vez que la parte demandada negó que ésta hubiera comenzado en fecha 11 de agosto de 2002, y adujo en su escrito de contestación a la demanda, que la parte actora ingresó a la empresa en 1° de enero de 2006.

Al respecto, consta a los folios 47 y 48 de la pieza Nro. 1 del expediente, carta de trabajo emitida por la empresa demandada, mediante el cual se dejó constancia que la parte actora tenía una fecha de ingreso del 13 de enero de 2006, dicha instrumental no fue objeto de ataque por la representación judicial de la parte actora en la audiencia de juicio.

Asimismo, consta al folio 181 de la pieza Nro. 1 del expediente, comunicación dirigida por la demandada al Banco de Venezuela, en la cual hace saber a dicha entidad bancaria, que la fecha de ingreso del trabajador a la empresa, fue el 13 de noviembre de 2002.

Por otra parte, rielan recibos de pago a los folios 134 al 142 de la pieza Nro. 1 del expediente, debidamente reconocidos por la parte demandada en su debida oportunidad legal, por concepto de pago mensual, donde se evidencia que hubo pagos efectuados por la empresa al trabajador desde el 1° de enero de 2006.



De igual forma, se desprende contrato de agente celebrado entre el ciudadano Marcos Alí Guerrero Ramírez y la empresa Global Express Gran Class C.A., de fecha 3 de junio de 2003, debidamente autenticado por ante la Notaría Pública Trigésima Séptima de Municipio Libertador del Distrito Capital, donde se evidencia la prestación de servicio de la parte actora con la empresa “Global Express”, antes de la fecha señalada por la demandada en su escrito de contestación.

Así las cosas, esta Sala observa que la parte demandada trajo a los autos constancias de trabajo que determinan como fecha de ingreso de la actora en la empresa el 13 de enero de 2006, no obstante, se evidencia contrato de agente, en la cual se constata la prestación servicio del ciudadano Marcos Alí Guerrero Ramírez con la sociedad mercantil Global Express Gran Class, C.A. y por ende la existencia de una relación laboral mucho antes del año 2006, también existe comunicación dirigida a la entidad financiera Banco Venezuela, C.A., en la cual notifica que la fecha de ingreso de trabajador fue el 13 de noviembre de 2002, y finalmente la parte actora sostiene en uno de sus argumentos expuestos en la demanda, que su fecha de ingreso en la empresa fue el 11 de agosto de 2002, en consecuencia dada la incertidumbre de la fecha de inicio de la relación laboral, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, y el principio *in dubio pro operario*, se tiene como cierto la fecha de inicio señalada por la actora en la demanda, cuya fecha de ingreso fue el 11 de agosto de 2002. Así se establece.

Respecto a la porción fija percibida por el trabajador, de la revisión detallada de los recibos de pagos cursante a los autos, se evidencia que los montos establecidos por la parte actora en la demanda, discriminados en el cuadro correspondientes al salario fijo, lo cual riela a los folios 8 y 9 de la pieza Nro.1 del expediente, contraviene las pruebas promovidas por las partes en el proceso, específicamente los recibos de pagos cursante a los folios 51 al 70 y 264 al 321, de la pieza Nro. 1 del expediente, razón por la cual se toma como parte de la remuneración fija, los salarios mínimos decretados por el Ejecutivo Nacional correspondientes al período agosto 2002 hasta noviembre 2014.

Con relación a la porción variable, cursa a los folios 184 al 187 de la pieza Nro. 1 del expediente, contrato suscrito por la firma personal “Representaciones Guerrero 2003” representada por el ciudadano Marco Alí Guerrero Ramírez en su condición de agente y la empresa Global Express Gran Class, C.A., debidamente autenticado en fecha 3 de junio de 2003, por ante la Notaría Pública Trigésima Séptima del Municipio Libertador del Distrito Capital, mediante el cual se desprende la prestación de servicio de la parte actora antes del año 2006, y la cancelación del 10% del valor de los servicios por concepto de “venta de pasaje, porte, comisiones, etc.”; lo cual constituye un indicio que la parte accionante percibía comisiones, razones por las cuales se toma como cierto las comisiones señaladas por la parte actora en el libelo de demanda entre el periodo febrero de 2008 hasta enero de 2010.

Ahora bien en cuanto al salario, la representación parte actora sostiene en su escrito libelar que el trabajador devengó un salario variable, compuesto por el 10% de las comisiones, alegato que la parte demandada negó en su escrito de contestación rechazando el supuesto porcentaje de comisión, menos aún que este era de

diez por ciento (10%), cuando a su decir, lo cierto era que el trabajador ganaba un salario fijo por la prestación de su servicio, correspondiéndole a la parte actora la carga probatoria de demostrar el salario devengado por la prestación de su servicio, conforme lo previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y tras no haber sido desvirtuado con elementos probatorios fehacientes, esta Sala concluye que el trabajador recibió el pago de comisiones, por lo que se entiende que percibía un salario mixto compuesto por una parte fija más las comisiones generadas durante la relación de trabajo.

En este mismo orden de ideas, con relación a las resultas de la prueba de informes emanadas del Banco Nacional de Crédito, cursante a los folios 33 al 91 de la pieza Nro. 2 del expediente, se desprende distintos aportes cancelados mensualmente por la empresa demandada por concepto de abono de nómina a partir de febrero de 2010 hasta noviembre de 2014, que evidencian que al trabajador le eran cancelados las comisiones de forma regular y permanente y adminiculados con los recibos de pago promovidos por cada una de las partes, cursante a los folios 264 al 321 de la pieza Nro. 1, esta Sala pudo determinar que la empresa demandada le cancelaba un salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional, lo cual conlleva forzosamente a considerar como parte de su salario normal, la parte fija equivalente al monto del salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional más las comisiones percibidas por la parte actora y la porción variable de los días feriados y de descanso correspondiente al pago de las comisiones. Así se decide.

Respecto a la bonificación cursante al folio 183 de la pieza Nro. 1 del expediente, no puede considerarse como parte del salario normal del trabajador, por cuanto no consta la cancelación en forma regular y permanente durante la prestación de su servicio. Así se decide.

En cuanto al horario de trabajo la parte actora sostiene en su escrito libelar que en las mañanas trabajaba en los talleres de las unidades y en las tardes en el terminal de pasajeros, en lo relativo a venta de pasajes, incluso los días sábados y domingos, puesto que prestaba servicio con una actividad continua todo el año, la parte demandada niega el horario de trabajo señalado por la actora en el escrito libelar, menos que trabajara sábados y domingos.

A los fines de establecer el horario de trabajador, es importante destacar el artículo 211 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) que dispone que todos los días del año son hábiles para el trabajo, excepto los días feriados; y, el artículo 212 *eiusdem* el cual prevé que son feriados los domingos, el 1° de enero, Jueves y Viernes Santos, 1° de mayo, 25 de diciembre, los señalados en la Ley de Fiestas Nacionales y los que se declaren festivos por el Gobierno Nacional, Estadal o Municipal, hasta un límite de 3 por año.

De la interpretación de estas normas en concordancia con el artículo 196 de la Ley Orgánica del Trabajo, se entiende que normalmente la jornada de trabajo es de lunes a sábado con un día de descanso, que es el domingo, a menos que en el contrato de trabajo se establezca una jornada y horario especial.

Por su parte, el artículo 216 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, establece que “*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*”.

La norma citada, consagra la institución legal del descanso del trabajador, estableciendo por una parte, que el patrono deberá otorgar y remunerar un día de descanso semanal y, le da la posibilidad de otorgar otro día de descanso adicional, pero de naturaleza convencional, el cual también deberá ser remunerado.

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras modificó la jornada prevista en la Ley Orgánica del Trabajo de 1997; y, a partir de su entrada en vigencia, los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a 2 días continuos de descanso semanales. En este sentido, el artículo 173 eiusdem, prevé:

### **Límites de la jornada de trabajo**

**Artículo 173.** La jornada de trabajo no excederá de cinco días a la semana y el trabajador o trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor.

Adicionalmente, sobre los días feriados, la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 establece:

#### **Artículo 211**

Todos los días del año son hábiles para el trabajo con excepción de los feriados.

#### **Artículo 212**

Son días feriados, a los efectos de esta Ley:

- a) Los domingos;
- b) El 1 de enero; el Jueves y el Viernes Santos; el 1 de mayo y el 25 de diciembre;
- c) Los señalados en la Ley de Fiestas Nacionales; y
- d) Los que se hayan declarado o se declaren festivos por el Gobierno Nacional, por los Estados o por las Municipalidades, hasta un límite total de tres (3) por año.

Durante los días feriados se suspenderán las labores y permanecerán cerradas para el público las empresas, explotaciones y establecimientos, sin que se pueda efectuar en ellos trabajos de ninguna especie, salvo las excepciones previstas en esta Ley.

Al respecto la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras dispone:

### **Días hábiles y días feriados**

**Artículo 184.** Todos los días del año son hábiles para el trabajo con excepción de los feriados.

Son días feriados, a los efectos de esta Ley:

- a) Los domingos;
- b) El 1° de enero; lunes y martes de carnaval; el Jueves y el Viernes Santos; el 1° de mayo y el 24, 25 y el 31 de diciembre;
- c) Los señalados en la Ley de Fiestas Nacionales; y

d) Los que se hayan declarado o se declaren festivos por el Gobierno Nacional, por los Estados o por las Municipalidades, hasta un límite total de tres por año.

Durante los días feriados se suspenderán las labores y permanecerán cerradas para el público las entidades de trabajo sin que se pueda efectuar en ellos trabajos de ninguna especie, salvo las excepciones previstas en esta Ley.

Ahora bien, en relación a la entrada en vigencia a la jornada de trabajo establecida en la novísima Ley, la Disposición Transitoria Tercera en su numeral 1, prevé:

Disposiciones Transitorias

(*Omissis*)

**Tercera:** Sobre la jornada de trabajo:

1.- la jornada de trabajo establecida en esta Ley entrará en vigencia al año de su promulgación. Durante este lapso las entidades de trabajo organizaran sus horarios con participación de los trabajadores y trabajadoras y consignaran los horarios en las inspectorías del trabajo de su jurisdicción a los efectos legales correspondientes.

En el caso *sub iudice*, esta Sala observa que ninguna de las partes, adujo en forma clara y concreta cuál realmente era la jornada de trabajo, en razón de ello, conforme a lo previsto en los artículos 196, 211 y 212 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, y lo estipulado en la Disposición Transitoria Tercera en su numeral 1, queda establecido que la jornada legal del trabajador entre el periodo 11 de agosto de 2002 hasta el 7 de mayo de 2013, era de lunes a sábado con el día domingo de descanso semanal.

En este mismo orden de ideas, con relación al periodo 8 de mayo de 2013 hasta el término de la relación de trabajo, es decir 30 de noviembre de 2014, la aplicable al trabajador será la establecida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el cual regula que la jornada ordinaria de trabajo no excederá de 5 días a la semana y el trabajador tendrá derecho a 2 días de descanso semanal continuos y remunerados durante cada semana de labor, en razón de ello, se establece que la jornada del trabajador en el periodo 8 de mayo de 2013 al 30 de noviembre de 2014, es de lunes a viernes con dos días de descanso semanal. Así se establece.

Precisado lo anterior, pasa a pronunciarse esta Sala, en relación a lo peticionado por concepto de salario variable por días de descanso y feriados, desde febrero de 2008, fecha en la cual comenzó a percibir comisiones hasta la terminación de la relación laboral noviembre de 2014, en este sentido, considera oportuno esta Sala señalar, lo dispuesto en los artículos 216 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), aplicable *ratione temporis*, que son del tenor siguiente:

**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.** (Negrillas de la Sala).

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

De la norma transcrita, se desprende que cuando el salario es estipulado por unidad de tiempo, el pago de los días de descanso semanal obligatorio, en este caso 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 sentido, esta Sala de Casación Social en sentencia N° 633 en 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.** (Negrillas de la 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.

Respecto a la forma de calcular el pago de los días de descanso semanal y feriados, en los casos de salario variable esta Sala en sentencia N° 356 del 31 de mayo de 2013 (caso: *Héctor Guzmán y otros contra Pepsi-Cola Venezuela, C.A.*), estableció:

**(...)se deberá promediar las comisiones percibidas en el mes respectivo de de los trabajadores demandantes, desde el inicio de cada una de las relaciones laborales hasta el 31 de diciembre del año 2005 (pues a partir de esa última fecha la demandada comenzó a cancelar dicho concepto, tal como se evidencia de la afirmación contenida en el libelo y de las pruebas documentales cursantes en autos), y dividir las entre el número de días hábiles del mismo, siendo el resultado de esta operación el correspondiente al salario variable diario promedio del mes respectivo, el cual deberá ser utilizado por el experto para multiplicarlo por la cantidad de días de descanso (domingos) y feriados contenidos en el mes en cuestión, conforme a lo previsto en los artículos 212 y 216 de la Ley Orgánica del Trabajo.** (Negrillas de la Sala).

Del extracto jurisprudencial transcrito, se colige que en caso de que el trabajador perciba un salario variable, el pago de los días de descanso semanal y feriados, se debe efectuar con base en el salario diario obtenido de la división del monto de la parte variable, en este caso, el percibido por el trabajador por “comisiones” entre los días hábiles efectivamente laborados en el mes y sobre dicha base salarial se debe multiplicar el número de días de descanso semanal y feriados transcurridos en el mes respectivo.

En este contexto, de autos se desprende contrato suscrito por la firma personal “Representaciones Guerrero 2003” representada por el ciudadano Marco Alí Guerrero Ramírez en su condición de agente y la empresa Global Express Gran Class, C.A., debidamente autenticado en fecha 3 de junio de 2003, por ante la Notaría Pública Trigésima Séptima del Municipio Libertador del Distrito Capital, mediante el cual se evidencia la cancelación del 10% del valor de los servicios por concepto de “venta de pasaje, porte, comisiones, etc.”; lo cual constituye un indicio que la parte accionante percibía comisiones, en razón de ello, se toma como ciertas las comisiones señaladas por el trabajador en el libelo de demanda entre el periodo febrero de 2008 hasta enero de 2010, y administradas a las resultas de la prueba de informes emitidas por el Banco Nacional de Crédito, cursantes a los folios 33 al 91 de la pieza Nro. 2, pertenecientes al periodo febrero 2010 a noviembre de 2014, se desprende que el actor devengó comisiones a partir del mes de febrero 2008 hasta la terminación del vínculo laboral, es decir, hasta el 30 de noviembre de 2014, sin que de autos conste el pago proporcional a la parte variable de los días feriados y de descanso, resultando procedente lo peticionado y su incidencia en el resto de los conceptos laborales.

Para calcular lo adeudado al trabajador, se ordena la práctica de una experticia complementaria del fallo, de conformidad con el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la cual será efectuada por un único perito designado por el Tribunal de Ejecución que resulte competente. A tales fines, el experto deberá considerar lo percibido mensualmente por el actor a título de comisiones, y dividirlo entre el número de días hábiles del mes respectivo, luego procederá a multiplicarlo por la cantidad de días de descanso (sábado y domingo) y feriados del mismo, conforme a lo previsto en los artículos 212 y 216 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, en concordancia con el artículo 119 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Los resultados que arroje la experticia formarán parte del salario normal devengado por el trabajador, para ello, el experto deberá tomar en cuenta las comisiones discriminadas en el siguiente cuadro:

PERIODOS	COMISIONES
feb-08	2.555,35
mar-08	1.258,20
abr-08	1.454,17
may-08	1.064,62
jun-08	704,26
ago-08	1.570,54
sep-08	2.055,60
oct-08	2.036,72
nov-08	1.376,55
dic-08	1.419,78
feb-09	2.999,78
mar-09	1.455,27
abr-09	1.701,15
may-09	167,55
jun-09	247,85
sep-09	1.349,73
ene-10	209,62

En relación con los **días sábados, domingos y feriados trabajados** desde agosto de 2002 hasta noviembre de 2014, dada la forma como fue contestada la demandada, se trasladó la carga de la prueba a la parte actora, al

feb-10	1.452,28
mar-10	7.388,50
abr-10	237,26
may-10	194,68
jun-10	0,00
jul-10	0,00
ago-10	0,00
sep-10	666,17
oct-10	2.789,19
nov-10	1.880,27
dic-10	2.166,46
ene-11	1.268,42
feb-11	2.843,73
mar-11	2.524,55
abr-11	5.263,61
may-11	2.088,50
jun-11	2.754,33
jul-11	3.056,47
ago-11	2.695,33
sep-11	8.695,32
oct-11	4.647,24
nov-11	3.460,25
dic-11	8.901,75
ene-12	2.377,10
feb-12	7.729,12
mar-12	4.112,05
abr-10	10.010,53
may-12	4.243,93
jun-12	2.529,09
jul-12	1.670,20
ago-12	8.996,68
sep-12	3.527,98
oct-12	4.594,72
nov-12	1.845,99
dic-12	13.163,70
ene-13	2.847,98
feb-13	5.857,40
mar-13	2.912,97
abr-13	6.460,72
may-13	2.720,38
jun-13	2.522,04
jul-13	2.940,86
ago-13	4.473,38
sep-13	6.517,01
oct-13	14.676,07
nov-13	4.856,08

negar de manera pura y simple que el parte accionante trabajara los días sábado y domingo y todos los días del año, además por ser un hecho extraordinario en la prestación del servicio, corresponde al accionante probar dicha afirmación y por cuanto, no consta de autos que la parte actora haya cumplido con tal obligación procesal, es por lo que este pedimento no procede. **Así se decide.**

Respecto a la **incidencia de la parte variable del salario en los días de descanso y feriados, correspondiente a las prestaciones sociales desde el año 2008 hasta el 30 de noviembre de 2014; vacaciones, fracción de vacaciones, bono vacacional fracción de bono vacacional, utilidades y fracción de utilidades hasta la terminación de la relación laboral**, con sus respectivos intereses de mora, por cuanto, no consta en autos el pago liberatorio de esta obligación, en consecuencia se ordena su pago con base a la parte variable del salario, entre el periodo comprendido febrero de 2008 a noviembre de 2014, lo cual se determinará mediante experticia complementaria del fallo, practicada por un único experto designado por el tribunal al que corresponda la ejecución.

En lo que respecta al concepto de **prestaciones sociales** a que se refiere el artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, resulta procedente el pago, en virtud de que no fue pagado conforme al salario que le corresponde al actor, y si bien, la parte accionante en su libelo realizó el cálculo de ambos regímenes reclamando el concepto de acuerdo al literal a) al considerar que le resultaba más favorable, no obstante, al ser modificada la base salarial con el cual realizó sus cálculos en virtud de la apelación de la parte demandante, se impone verificar el régimen más favorable al trabajador realizando el cálculo de ambos regímenes total de la garantía y el cálculo efectuado al final de la relación- como lo establece el literal d) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por el cual, el actor recibirá la modalidad que represente la mayor suma, debiendo el experto determinar el monto que por dicho concepto le corresponde al accionante, que en el caso de autos, siendo que la relación laboral inició el 11 de agosto de 2002 bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo del año 1997, y culminó el 30 de noviembre de 2014 bajo el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el experto deberá realizar los cálculos en atención a ambos textos legislativos en los términos siguientes:

Se deberá calcular la garantía de prestaciones sociales generadas por el accionante durante la relación laboral a que se refiere el literal a) del referido

dic-13	1.409,88
ene-14	5.013,88
feb-14	8.088,44
mar-14	6.267,80
abr-14	2.602,76
may-14	7.146,28
jun-14	3.769,13
jul-14	14.376,28
ago-14	2.423,72
sep-14	2.704,73
oct-14	39.073,28
nov-14	68.322,28

artículo 142 *eiusdem*, del cual, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, es parte integrante la prestación de antigüedad acreditada en las mismas condiciones, por tanto, dentro del cálculo de la garantía, deberá calcular desde el inicio de la relación laboral, lo correspondiente al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 conforme al cual después del tercer mes de servicio se computa lo equivalente a cinco (5) días de salario integral por cada mes; dicho cálculo deberá ser realizado en tales términos hasta el 30 de abril de 2012; y luego a partir de mayo de ese año, se deberá seguir calculando la garantía de prestaciones sociales, con base a los parámetros establecidos en el literal a) del artículo 142

la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por un pago trimestral de quince (15) días de salario integral a calcular con base al salario promedio percibido en el respectivo trimestre.

Si la relación laboral culmina antes de cumplir el trimestre, cumpliendo un (1) mes, (2) dos meses de labor, o días laborados que constituyen la fracción del mes-, en esos tres supuestos, tiene derecho al depósito de quince (15) días al haberlo adquirido desde el momento de iniciar el trimestre, conforme lo establecido en la parte *in fine* del aludido literal a) *eiusdem* y será equivalente a la totalidad de 5 días de salario integral por cada mes que haya laborado o la fracción del mes laborada, de conformidad con el literal e) del artículo 142 la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, a ser calculado en el presente caso con base al último salario al haber laborado la fracción del mes.

Asimismo, deberá calcularse los dos (2) días adicionales por cada año de servicio consagrados en el primer aparte del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 -después del primer año de servicios- y a partir de mayo de 2012 conforme el literal b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, para lo cual deberá tomarse en cuenta el salario integral promedio generado en el año a computar de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, acumulativos hasta treinta (30) días de salario.

En tal sentido, teniendo el accionante un tiempo de servicio de doce (12) años, tres (3) meses y diecinueve (19) días, le corresponde por garantía de prestaciones sociales 725 días de salario; así como, veinte dos (22) días adicionales de salario que corresponde a dos (2) días por cada año de servicio, como se determina en el siguiente cuadro:

PERIODO	DÍAS DE ANTIGÜEDAD	DÍAS ADICIONALES
ago-02	0	
sep-02	0	
oct-02	0	
nov-02	5	
dic-02	5	
ene-03	5	
feb-03	5	



mar-03	5	
abr-03	5	
may-03	5	
jun-03	5	
jul-03	5	
ago-03	5	
sep-03	5	
oct-03	5	
nov-03	5	
dic-03	5	
ene-04	5	
feb-04	5	
mar-04	5	
abr-04	5	
may-04	5	
jun-04	5	
jul-04	5	2
ago-04	5	
sep-04	5	
oct-04	5	
nov-04	5	
dic-04	5	
ene-05	5	
feb-05	5	
mar-05	5	
abr-05	5	
may-05	5	
jun-05	5	
jul-05	5	4
ago-05	5	
sep-05	5	
oct-05	5	
nov-05	5	
dic-05	5	
ene-06	5	
feb-06	5	
mar-06	5	
abr-06	5	
may-06	5	
jun-06	5	
jul-06	5	6
ago-06	5	
sep-06	5	
oct-06	5	
nov-06	5	
dic-06	5	
ene-07	5	
feb-07	5	
mar-07	5	

abr-07	5	
may-07	5	
jun-07	5	
jul-07	5	8
ago-07	5	
sep-07	5	
oct-07	5	
nov-07	5	
dic-07	5	
ene-08	5	
feb-08	5	
mar-08	5	
abr-08	5	
may-08	5	
jun-08	5	
jul-08	5	10
ago-08	5	
sep-08	5	
oct-08	5	
nov-08	5	