



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

Ponencia de la Magistrada Doctora MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

En el juicio por cobro de diferencia de prestaciones sociales que sigue la ciudadana **ANTONIETA PALLANTE**, titular de la cédula de identidad N° V-10.524.535, representada judicialmente por los abogados Víctor Raúl Ron Rangel, Oscar Ramón Delgado, Julia Rodríguez y Francisco Della Morte, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 127.968, 124.262, 215.109 y 124.030, respectivamente, contra la sociedad mercantil **FARMACIA TIPURO, C.A.**, *“inscrita por ante el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, en fecha 17 de junio de 1997, bajo el N° 46 del Tomo 9-A”*, representada judicialmente por los profesionales del derecho Héctor Sánchez Losada, Jesús Campos y Romulado Natera Pérez, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 82.193, 29.755 y 83.902; el Juzgado Séptimo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia publicada el 23 de marzo de 2015, declaró con lugar el recurso de apelación incoado por la parte accionada y sin lugar la demanda, revocando el fallo dictado el 15 de octubre de 2014 por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, que declaró con lugar la demanda incoada.

Contra la decisión de alzada, la representación judicial de la parte actora anunció recurso de casación y, una vez admitido por auto de fecha 31 de marzo de 2015, se ordenó la remisión del expediente a esta Sala de Casación Social.

Mediante escrito de fecha 17 de abril de 2017, fue formalizado el recurso extraordinario. Hubo impugnación.

En fecha 19 de mayo de 2015, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, quien con tal carácter suscribe el fallo.

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.

Cumplidos todos los trámites de notificación correspondientes, en fecha 3 de octubre de 2018, el Juzgado de Sustanciación, luego de dos diferimientos, fijó la audiencia pública y contradictoria prevista en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el martes 13 de de noviembre de 2018, a las once de la mañana (11:00 a.m.).

Celebrada la audiencia en la oportunidad prevista y pronunciada la decisión de manera oral e inmediata, pasa esta Sala a reproducir la misma en atención a lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, bajo las consideraciones siguientes:

RECURSO DE CASACIÓN

Por razones metodológicas la Sala altera el orden en que fueron presentadas las denuncias, procediendo a resolver la delación contenida en el capítulo quinto del escrito de formalización.

-V-

Al amparo del numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se denuncia la infracción del artículo 18 numerales 2, 4 y 6 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en concordancia con el artículo 89, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al incurrir la sentencia impugnada en el vicio de falta de aplicación.

Como sustento de la delación, refiere el formalizante que la recurrida estableció que el porcentaje que debe tomarse en consideración por concepto de comisiones a favor de la demandante es el *“0,10% y sobre la utilidad líquida que genere dicha sucursal, luego de restar los gastos, costos, impuestos y reserva legal que deba cancelar o haya cancelado dicha sucursal”*, cuando es un hecho reconocido por las partes y plenamente demostrado mediante Acta de Asamblea de Accionistas de la empresa demandada, que a la trabajadora al inicio de la relación contractual se le ofreció y concedió el 10% de los *“ingresos que genere dicha sucursal, es decir, luego de restar los gastos, costos e impuestos”*.

Aduce que la demandada desmejoró las condiciones de la trabajadora al modificar sin notificación ni consulta las comisiones de 10% a 0,10% de su utilidad líquida y sin el otorgamiento de algún beneficio que compensara la indicada desmejora, lo cual evidencia sin lugar a dudas la violación a los principios de progresividad e intangibilidad de los derechos laborales, establecidos en las normas legales y constitucionales denunciadas.

En este punto de la formalización, aprecia la Sala que la parte demandada en su escrito de impugnación, a los fines de desvirtuar los alegatos precedentes indicó:

“(…) si bien es cierto que siendo este porcentaje estipulado unilateralmente por mi representada, también fue modificado unilateralmente pero con el consentimiento de la actora, y dicha reforma se realiza porque había sido un error de hecho, de acuerdo al criterio de la recurrida, ésta apreció que de

acuerdo al artículo 7 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, y como dicha modificación se hizo antes de que transcurrieran dos meses, no comporta la violación de un derecho adquirido.”

Atendiendo a lo expuesto, solicita la declaratoria sin lugar de la denuncia propuesta.

Para decidir la Sala observa:

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 está vigente, a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance.

En el caso *sub iudice*, el formalizante señala que la recurrida quebrantó el artículo 18 en sus numerales 2, 4 y 6, de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, al establecer que el porcentaje por comisión que le correspondía percibir a la demandante, era del 0,10% de la ganancia líquida obtenida por la sucursal de la empresa donde se prestó el servicio y no del 10%, tal como fue reclamado en el escrito libelar por tratarse de un beneficio acordado y refrendado en un Acta de Asamblea de Accionistas.

Por su parte, la empresa accionada impugnante admite haber otorgado unilateralmente como beneficio laboral un 10% de las ganancias líquidas y, posteriormente, también de forma unilateral, dicho porcentaje fue modificado, en un período inferior a dos meses de haberse acordado el primero, al 0,10% de las referidas ganancias con el consentimiento de la trabajadora.

A los fines de la correcta resolución del conflicto demarcado en la denuncia, es menester precisar el contenido de las normas legales acusadas como infringidas, lo cual se efectúa en la siguiente transcripción:

Artículo 18: El trabajo es un hecho social y goza de la protección como proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado, la satisfacción de las necesidades materiales, morales e intelectuales del pueblo y la justa distribución de la riqueza.

La interpretación y aplicación de esta Ley estará orientada por los siguientes principios:

2-. La intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales, por lo que no sufrirán desmejoras y tenderán a su progresivo desarrollo.

(Omissis).

4-. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique la renuncia o menoscabo de estos derechos.

(Omissis).

6-. Toda medida o acto del patrono o patrona contrario a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o a esta Ley es nula y no genera efecto alguno.

La norma citada, revela y desarrolla los elementos particulares del Derecho del Trabajo, consagrados en el artículo 89 de la Carta Magna, en el marco de la constitucionalización de los derechos sociales, como son los principios de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad, entre otros.

Tales instituciones, aplicadas al derecho especial, objeto de conocimiento de esta Sala, de conformidad como ha sido establecido en decisiones de anterior data, constituyen “*la manifestación y concreción de la autonomía de este nuevo Derecho Social Constitucional del Trabajo, que se expresa en una metodología y sistema de interpretación propios*” (Vid. Sentencia 394 de fecha 26 de abril de 2016).

A propósito de lo indicado, es oportuno hacer mención y ratificar el desarrollo que la Sala en decisión N° 989, del 19 de mayo de 2007 (caso: *M.M. contra CVG Bauxilum C.A.*), efectuó con relación a dos de los aludidos principios, específicamente de intangibilidad y progresividad, lo cual quedó asentado en los términos siguientes:

En este orden de ideas, se debe dar especial consideración al trabajador como débil jurídico y económico, y al trabajo como hecho social que goza de la protección especial del Estado y que se rige por una serie de principios tales como la intangibilidad y la progresividad de los derechos de los trabajadores y el in dubio pro operario, entre otros.

(Omisis).

Sentado lo anterior, observa la Sala que los vocablos intangibilidad y progresividad comprenden dos acepciones apartes. La intangibilidad puede entenderse adjetivamente en el sentido que no debe ni puede tocarse; la progresividad se entiende como cualidad de progresivo que significa que avanza, favorece el avance o lo procura o que progresa o aumenta en cantidad o perfección. De allí que, los derechos de los trabajadores en cuanto intangibles no pueden alterarse o modificarse luego de haberse establecidos; y que de modificarse se debe favorecer su avance o progreso.

De este modo, dentro de los fundamentos esenciales de los derechos de los trabajadores hay que resaltar la irregresividad y su correlativa progresividad. La legislación laboral debe desarrollar el beneficio en caso de haber alteración en las normas protectoras de los trabajadores.

La intangibilidad y progresividad en el orden constitucional se relaciona íntimamente con el principio interpretativo in dubio pro operario, por lo que el significado y alcance dado debe efectuarse de la manera más favorable para el trabajador.

En este punto, en absoluta armonía con los postulados asentados, vale decir la imposibilidad de tocar y/o alterar –para desmejorar– los derechos reconocidos a los trabajadores, adquiere especial importancia la irrenunciabilidad de éstos, prevista constitucional y legalmente en los artículos mencionados –89.2 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 18. 4 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras–, de los cuales se colige que el trabajo como hecho social, goza de la absoluta protección del Estado en sujeción al principio en referencia, de manera que será nula la acción o convenio que comporte una renuncia o menoscabo de estos derechos.

Precisado lo anterior, corresponde efectuar la revisión exhaustiva de lo decidido por el juzgador de alzada, con miras a verificar la comisión del vicio delatado, cuyo tenor se reproduce a continuación:

Consideraciones para decidir:

(omissis).

(...) se deberá tener por norte lo que ha venido señalando la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en reiterados fallos, relativo a las normativas o principios que

deben tomar los administradores de justicia, a la hora de resolver un caso o asunto de índole laboral, a saber;

“Las normas sustantivas y adjetivas que regulan el Derecho del Trabajo son de eminente orden público y como consecuencia de ello su aplicación no puede ser relajada por la voluntad de los particulares, pues a juicio del legislador su consagración está dirigida a proteger la circunstancia contingente en la que se encuentra una persona, el trabajador, frente a otra, el patrono, vinculados por una relación de manifiesta desigualdad económica. Que los artículos 86 al 97 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen los principios primarios o rectores en esta materia, siendo que la nueva Constitución consagra, en particular, la obligación del Estado de garantizar la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos del trabajo y considera el trabajo como un hecho social, protegido por el Estado y regido por los principios de: intangibilidad, progresividad, primacía de la realidad, irrenunciabilidad, indubio pro operario, entre otros. Que las normas fundamentales consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo, ratifican el carácter irrenunciable de las normas dictadas en protección de los trabajadores y la obligatoria sujeción de cualquier relación de prestación de servicios personales a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo, cualquiera que fuere la forma que adopte, salvo las excepciones establecidas en el texto de la propia Ley. Que el reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, contiene los siguientes principios de indudable utilidad: el principio de la norma más favorable (o principio de favor) y el principio de la conservación de la condición laboral más favorable (art. 8° del Reglamento de la L.O.T.), y que es necesario referir que la Ley es imperativa al expresar que en caso de conflicto de leyes, prevalecerán las normas del Trabajo, sustantivas o de procedimiento y si hubiere dudas en la aplicación de varias normas vigentes, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador en su integridad, en conformidad con lo estatuido en el artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo, norma ésta fundamental dentro de la especialidad del Derecho del Trabajo.”

Pues bien, analizadas como han sido las circunstancias de tiempo, modo y lugar acontecidas en el presente asunto, en especial, la forma como se han desarrollado las relaciones jurídico laborales entre las partes, y hecha su debida adminiculación con el material probatorio y el ordenamiento jurídico, se concluye que, los pedimentos realizados por la parte actora, son improcedentes, (...) toda vez que por lo que se refiere al carácter de salario variable (comisión) de la percepción o ganancia que la demandada, mediante acta de asamblea, se compromete a pagar a la accionante (Gerente Administrativo), la misma, a criterio de quien decide, comporta las características de un salario fluctuante, (...).

En segundo aspecto, debemos señalar que el porcentaje que debe tomarse en cuenta es el del 0,10 %, y sobre la utilidad líquida que genere dicha sucursal, luego de restar los gastos, costos, impuestos y reserva legal que deba cancelar o haya cancelado dicha sucursal, y no, sobre las ganancias brutas de la sucursal, como lo afirma la parte actora, pues caso contrario implicaría desde el punto de vista de la sostenibilidad económica de la empresa su quiebre y el de cualquier otra empresa, ello por lo exorbitante de las cantidades reclamadas.

(...) si bien el derecho del trabajo se encuentra bajo el manto de normas imperativas, no obstante, hay casos, como ocurre en el presente, donde la justicia social bolivariana, se superpone, y con base en la sana crítica, debe adentrarse a la verdadera intención que tuvieron las partes al pactar determinado emolumento, siendo que no cabe dudas en cuanto a que el porcentaje del 10% acordado de forma unilateral por los accionistas de la empresa (patrono), es un error de hecho, tal como lo establece el artículo 7 del RLOT (el cual, a criterio de quien decide, tiene vigencia), por lo que, su modificación antes que transcurrieran dos meses no comporta la violación de un derecho adquirido, amen que, en todo caso, urge analizar, entre otros aspectos, las posturas de los sujetos procesales en el proceso (ver, audiencia de juicio y documental

valorada supra, cursante a los folios 11 al 24 del cuaderno de recaudos N° 1, marcada “D”), así como, la fuente del derecho reclamado (actas de asamblea de accionistas), la forma de concesión del derecho (otorgado de manera unilateral por el patrono), la racionalidad del mismo (porcentaje sobre las utilidades líquidas que genere dicha sucursal, luego de restar los gastos, costos, impuestos y reserva legal que deba cancelar o haya cancelado dicha sucursal), la sostenibilidad económica de la empresa al otorgar dicho beneficio (0,10%), es decir, el Juez a la hora de decidir no solamente debe aplicar una serie de reglas y principios, sino que, también deberá observar las circunstancias específicas (en este caso atípica) que se le presentan, cuidando siempre que el interés social este por encima del interés particular, lo que es lo mismo decidir de forma JUSTA y con apego a derecho.

(Omissis).

En este orden de ideas, se puede concluir que las reclamaciones realizadas por la parte actora, referentes al pago de la comisión que la demandada mediante acta de asamblea le confirió en un 10%, sobre las ganancias brutas, así como las incidencias y diferencias peticionadas, en razón de lo resuelto supra, son improcedentes. (Resaltado de la presente decisión).

La sentencia impugnada, cuyo extracto fue reproducido, denota tres aspectos fundamentales que deben ser resaltados y analizados con base en los criterios expuestos en párrafos previos; en primer lugar, el juez de segunda instancia reconoce y deja sentado expresamente el carácter imperativo de aplicación de los principios del Derecho Constitucional del Trabajo recogidos en el artículo 18 de la ley sustantiva laboral delatado, se reitera, intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad.

Luego, de acuerdo con el valor otorgado a los medios probatorios, estima que el porcentaje reclamado por la demandante por concepto de comisiones se corresponde con el 0,10% sobre la utilidad líquida, amparado, de una parte, en la falta de aplicación expresa de los principios *in commento*, pues a su entender, al margen de las normas protectoras de la materia especial que le correspondía resolver, la justicia social debe colocarse por encima de éstas, y de otra parte, en hechos no alegados ni probados, como es que hubo un error en el pacto del 10% sobre las ganancias de la empresa aludidas, para a continuación concluir que la improcedencia de la pretensión deviene de la aplicación del artículo 7 (*rectius* artículo 8) del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, pues los derechos invocados no estaban adquiridos en atención al poco tiempo transcurrido –dos meses– entre el error porcentual que atribuyó, reflejado en el Acta de Asamblea y su posterior modificación.

En este punto, precisa la Sala realizar dos señalamientos: primero, declarar la procedencia de la denuncia por falta de aplicación del artículo 18 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, formulada por la parte actora, toda vez que a todas luces se patentiza el vicio invocado, que como ya se describió fue un acto volitivo del sentenciador de alzada, quien reconociendo expresamente el contenido y alcance de la norma y el carácter absoluto de su mandato, el cual devine del precepto constitucional, decidió no aplicarla y, segundo, el relacionado con la aplicación del artículo 7 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, con auxilio de un falso supuesto en que incurre el juez, cuya infracción si bien no es objeto directo de la denuncia que se analiza, sí se corresponde con el sustento de la impugnación efectuada por la parte demandada no recurrente.

En ese contexto, establece el artículo 8 en referencia:

Error de hecho y de derecho: No se considerará el error sobre los hechos o el derecho, siempre que fuere alegado por el interesado antes de transcurrido un (1) año desde el momento en que se conoció

o debió conocer de él.

Conteste con la valoración efectuada a los medios probatorios aportados en la causa, la sentencia recurrida refleja que:

(...) cursante a los folios 04 al 10 del cuaderno de recaudos N° 1, copia certificada de **Acta de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de fecha 24 de abril de 2012**, protocolizado en fecha 27 de abril de 2012, donde se estableció, entre otras cláusulas, en el artículo 15vo, lo siguiente: “...La compañía tendrá un (01) GERENTE ADMINISTRATIVO, quien será el encargado de gerenciar y administrar la sucursal ubicada en la ciudad de Caracas, Distrito Capital, durará Cinco (05) años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelegido, y **percibirá las ganancias correspondientes al Diez por ciento (10%) de los ingresos netos que genere dicha sucursal, es decir luego de restar los gastos, costos e impuestos que deba cancelar o haya cancelado dicha sucursal**. Se hace la siguiente designación: GERENTE ADMINISTRATIVO: ANTONIETA CARMINE PALLANTE PIROLO, venezolana, mayor de edad, titular de la cedula de identidad N° v-10.524.535, domiciliada en la ciudad de Caracas, Distrito Capital...” la parte demandada reconoce dicha documental, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se le otorga valor probatorio. (Resaltado de la presente decisión).

(...) a los folios 204 al 221, del cuaderno de recaudos N° 1, marcada “C”, **Copia certificada de Acta de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de fecha 14 de junio de 2012, protocolizada en fecha 29 de junio de 2012,, donde se estableció, entre otras cláusulas, en el artículo 15vo, lo siguiente**: “...La compañía tendrá UN (01) GERENTE ADMINISTRATIVO, será el encargado de gerenciar y administrar las actividades comerciales de la sucursal ubicada en la ciudad de Caracas, Distrito Capital, durará Cinco (05) años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelegido, y **percibirá las ganancias correspondientes al cero coma diez por ciento (0,10%) de la utilidad líquida que genere dicha sucursal, es decir luego de restar los gastos, costos, impuestos y reserva legal que deba cancelar o haya cancelado dicha sucursal**. Continúa ejerciendo dicho cargo de GERENTE ADMINISTRATIVO: ANTONIETA CARMINE PALLANTE PIROLO, venezolana, mayor de edad, titular de la cedula de identidad N° V-10.524.535, domiciliada en la ciudad de Caracas, Distrito Capital, quien fue designada para ejercer dicho cargo en asamblea extraordinaria de accionistas registrada en fecha 27 de Abril de 2012, bajo el N° 50, TOMO 30-A RM MAT...”, a la cual se le valor probatorio, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (Resaltado de la presente decisión).

Precisado lo anterior, luego de efectuar la revisión correspondiente a la sentencia recurrida y a las actas del expediente, aprecia la Sala que para que resultara procedente la aplicación de la norma de rango sublegal y, en consecuencia, restar efectos jurídicos a un error de hecho o de derecho cometido en el marco de un contrato de trabajo celebrado válidamente, debía ser alegado un hecho que conllevara a comprobar tal error detectado por el interesado, en este caso la accionada, antes de transcurrido el lapso de un año desde el momento de conocerse, no obstante, en el caso *sub iudice*, no fue alegado error alguno y adicionalmente existe la admisión expresa de haberse modificado el beneficio unilateralmente con anuencia de la parte accionante, en consecuencia tampoco consta en autos la demostración del error, que como se reitera no fue invocado.

Por el contrario, del propio escrito de impugnación, tanto como de los términos en que quedó planteada la controversia, ha quedado de manifiesto el otorgamiento voluntario a la actora y, aceptado por ésta como contraprestación de los servicios prestados, del beneficio discutido, sin que se haya sido sugerido ni someramente por la empresa demandada que se incurrió en algún error que quedó plasmado en el Acta de

Asamblea, lo cual conlleva adicionalmente a establecer que si la trabajadora aceptó una desmejora posterior al acuerdo inicial, por aplicación del principio de irrenunciabilidad el pacto es nulo.

Adicionalmente, es menester tomar en consideración que acorde a como se estableció el pago a percibir una vez convenido, se generó una expectativa de derecho hasta su desembolso oportuno superior al lapso legal contenido en la norma, por cuanto el mismo, de acuerdo a lo alegado en el libelo nunca fue cancelado, en tal sentido, el supuesto de hecho alegado en esta oportunidad y establecido por la recurrida no se corresponde con el supuesto abstracto de la norma aplicada.

En ese contexto, el juzgador de alzada, al suplir argumentos de las partes, que tampoco fueron demostrados, como fundamento para desaplicar los principios constitucionales que informan el derecho del trabajo, en flagrante violación a la intangibilidad y progresividad del derecho que asiste a la trabajadora recurrente, no solo incurrió en el vicio delatado, sino que aplicó falsamente una norma cuya hipótesis abstracta no se corresponde con los planteamientos y hechos establecidos en la presente causa, lo cual deviene en la declaratoria con lugar de la denuncia formulada y del recurso de casación incoado. Así se decide.

En consecuencia, se anula el fallo recurrido, resultando inoficioso conocer las restantes delaciones formuladas, puesto que de conformidad con el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, corresponde a esta Sala decidir el fondo de la presente controversia, lo que procederá a efectuar en los términos siguientes:

DECISIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Alega la parte actora que ingresó a prestar servicios para la demandada, Farmacia Tipuro, C.A., con el cargo de Gerente Administrativo en fecha 27 de abril de 2012, hasta el 10 de febrero de 2014, cuando se retiró del cargo de manera voluntaria. Señala que su horario de trabajo era de lunes a viernes de 08:00 a.m. a 04:00 p.m., con una hora de descanso, devengando un salario mensual de Bs. 10.000,00 durante toda la relación laboral.

Argumenta que la demandada le ofreció un paquete salarial consistente en: sueldo básico de Bs. 10.000,00 por mes; una comisión mensual del 10% de los ingresos de la sucursal; vacaciones; bono vacacional y 120 días de utilidades por cada año de servicio.

Sostiene que devengó como último salario normal promedio la cantidad de Bs. 509.351,06 mensual, lo que es igual a un salario diario de Bs. 16.978,36. Aduce que la demandada no cumplió en ningún momento del pago de las comisiones, y solamente le pagaron la cantidad de Bs. 90.000,00 en octubre 2012 y Bs. 90.000,00 en febrero 2014.

Informa que al finalizar la relación laboral le pagaron Bs. 64.992,46 por concepto de prestaciones sociales y demás conceptos laborales, sin tomar en consideración las bases salariales que realmente le correspondían.

Por todo lo anteriormente alegado, demanda los siguientes conceptos: 1) comisiones no pagadas; 2) prestaciones sociales, 3) vacaciones, bonos vacacionales y utilidades; 4) incidencia de comisiones en los días

feriados y de descanso; 5) intereses de mora e indexación. Total del monto de la pretensión Bs. 18.282.221,80.

Por su parte, la representación judicial de la empresa demandada en su escrito de contestación niega, rechaza y contradice que a la demandante se le haya ofrecido el paquete salarial citado, así como que le corresponda el pago de los montos señalados por la actora como salario normal desde el mes de mayo de 2012 hasta febrero de 2014.

Niega, rechaza y contradice que a la demandante le corresponda un monto como último salario normal promedio de Bs. 509.351,06 mensual, lo que es igual a un salario diario de Bs. 16.978,36.

Niega, rechaza y contradice que la demandante tenga derecho a devengar una comisión del 10% de los ingresos de la sucursal, ya que de conformidad con la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la empresa, entre otras modificaciones, incluyó la del artículo 15, el cual estableció que el porcentaje de la comisión a ser recibida por el Gerente Administrativo, sería de un 0,10 % de la utilidad líquida que genere dicha sucursal.

Niega, rechaza y contradice que a la actora le corresponda el pago de concepto de comisiones mensuales, ya que aduce, que dicha estimación se verificaría luego del cierre del ejercicio fiscal anual y no mensual.

Niega, rechaza y contradice que el pago efectuado por concepto de prestaciones sociales y demás conceptos laborales no se encuentre ajustado a derecho y menos que exista alguna diferencia adeudada por los referidos conceptos.

Niega, rechaza y contradice que a la actora le corresponda el pago por concepto de utilidades anuales y fraccionadas, calculadas en base a 120 días anuales, cuando en realidad recibió conforme y oportunamente dichos pagos, calculados con base a 60 días anuales.

Por la forma en la cual la entidad de trabajo dio contestación a la demanda, queda admitida la relación de trabajo, su duración y forma de extinción.

Planteados como han quedado los hechos alegados por la parte actora, así como las excepciones y defensas opuestas por la demandada, se aprecia que la controversia va dirigida a determinar la procedencia del cobro de comisiones por un monto del 10% de los ingresos de la sucursal donde se prestó el servicio y el pago de 120 días de utilidades por cada año de servicio; y en el supuesto de resultar procedentes, estimar su incidencia en los conceptos de antigüedad, vacaciones, bono vacacional, utilidades, así como la incidencia de las comisiones en los días de descanso y feriados.

En tal sentido, y dentro del ámbito de los términos en que ha quedado trabada la presente *litis*, se estima fundamental esbozar el criterio sostenido por esta Sala, con relación al régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral, dentro de las cuales encontramos el fallo N° 419, de fecha 11 de mayo de 2004, mediante el cual se señaló:

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 naturaleza laboral, por ejemplo la califique de mercantil. (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 litiscontestación 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 todos los restantes alegatos contenidos en el libelo que tengan conexión con la relación laboral. Es decir, es el demandado quién 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 admitido 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 actos, 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.

Establecidos como han quedado los términos del presente contradictorio, corresponde a la parte demandada probar los hechos nuevos alegados, es decir, que modificó el monto de la comisión a ser recibida por la accionante y que cancelara 60 días por utilidades al año.

Procede esta Sala a analizar las pruebas promovidas y evacuadas por las partes, lo cual efectúa en los siguientes términos:

Pruebas de la parte actora:

Documento original de liquidación de prestaciones sociales de fecha 10 de febrero de 2014. Del mismo se desprende el pago a la trabajadora por la cantidad de Bs. 64.922,46. Dicho instrumento no fue impugnado, por lo que se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Documento de pago, fechado 10 de febrero de 2014, mediante el cual la empresa demandada le cancela a la demandante la cantidad de Bs. 90.000,00, por concepto de bonificación especial única. Del mismo se desprende que se alude a que dicho pago comprende cualquier diferencia adeudada por la empresa atribuible a indemnizaciones. Al no ser impugnado por la demandada se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Copias certificadas del Acta de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la entidad de trabajo, de fecha 24 de abril de 2012, en la cual se desprende en el artículo 15, que la actora fue designada Gerente General Administrativa de la sucursal de Caracas, para ejercer funciones durante cinco (5) años, pudiendo ser reelegida y *“percibiendo las ganancias correspondientes al Diez por ciento (10%) de los ingresos netos que genere la sucursal, es decir, luego de restar los gastos, costos e impuestos que deba cancelar o haya cancelado dicha sucursal”*. Tratándose de un documento público que no fue tachado, se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Copia simple del Acta de Asamblea de Accionistas de la empresa, de fecha 14 de junio de 2012, que ratifica en el artículo 15 la designación de la demandante como Gerente Administrativa, percibiendo el 10 % de los ingresos de la sucursal. Al haber sido impugnada por la demandada en la audiencia de juicio, por ser copias simples, se desestiman del proceso por carecer de valor probatorio de conformidad con lo establecido en 10 del de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Pruebas de la parte demandada:

Documento de liquidación de prestaciones sociales de fecha 10 de febrero de 2014. Del mismo se desprende el pago a la trabajadora por la cantidad de Bs. 64.922,46. De este se desprende el pago de 60 días de utilidades, pagadas de manera fraccionada. El mismo instrumento fue presentado por la parte actora, se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Recibo de adelanto de prestaciones sociales con fecha 25 de julio de 2013, por la cantidad de Bs. 21.093,75. El mismo no fue impugnado por la contraparte. Se desprende el pago de la cantidad y el concepto indicado, el cual fue recibido por la parte actora. Se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Copia certificada del Acta de Asamblea General Extraordinaria de fecha 29 de junio de 2012, en la cual se desprende la modificación del artículo 15, quedando establecido el pago a la Gerente Administrativo por concepto de porcentaje de comisión por la ganancias de la sucursal, en 0,10 % de la utilidad líquida, es decir, luego de restar los gastos, costos, impuestos y reserva legal que deba cancelar o haya cancelado dicha sucursal. Por ser un documento público se le otorga valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

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

La pretensión en la presente causa es el reclamo por la omisión de pago de las comisiones que estipularan las partes días antes de comenzar la prestación del servicio personal, refrendadas en Acta de Asamblea de la empresa demandada de fecha 24 de abril de 2012, acordadas inicialmente sobre el 10% de los ingresos netos (*rectius*: líquidos) que genere la sucursal administrada por la trabajadora, es decir, luego de restar los gastos, costos e impuestos que deba cancelar o haya cancelado dicha sucursal, lo cual quedó demostrado conforme al documento público certificado evacuado y debidamente valorado.

Cursa en autos, además, la copia certificada del Acta de Asamblea de fecha 29 de junio de 2012, en la cual se modifica, según expuso la parte demandada con conocimiento de la trabajadora, el monto a percibir por comisiones, pasando a ser del 10% al 0,10% de las utilidades líquidas de la sucursal, una vez descontados los gastos, impuestos y reserva legal.

Sobre la base de los elementos probatorios y alegatos de las partes, esta Sala, conforme fue preliminarmente decidido en el recurso de casación que da origen a esta causa, estima de acuerdo a los preceptos contenidos en los artículo 18 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, y 89 de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que la modificación del convenio constituye a todas luces una desmejora de los derechos laborales en flagrante violación a los principios de intangibilidad y progresividad, desarrollados en el primer capítulo de esta sentencia.

Por ello, corresponde al ente patronal considerar para todos los efectos legales el monto o porcentaje acordado inicialmente como comisiones al valor del 10% de los ingresos líquidos que genere la sucursal de Caracas, vale decir, luego de restar los gastos, costos e impuestos que deba cancelar o haya cancelado dicha sucursal.

Lo expuesto conlleva a declarar procedente lo peticionado al respecto por la parte actora. Así se decide.

Con relación al segundo punto discutido, concerniente al pago de utilidades a razón de 120 días por año, se tiene por admitido lo aseverado en el escrito libelar, como consecuencia de la aplicación del artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que la empresa accionada no logró demostrar su alegato de pago por 60 días, en consecuencia se declara procedente el reclamo de la parte demandante. Así se decide.

Seguidamente se estimará la incidencia del pago de la denominada por las partes comisiones en los restantes conceptos laborales:

Comisiones no pagadas:

No cursa a las actas del expediente la prueba del ingreso líquido de la empresa demandada en el período que duró la relación de trabajo a los fines de estimar el 10% de los ingresos generados por la sucursal, luego de restar los gastos, costos e impuestos que deba cancelar o haya cancelado la misma, por lo que esta Sala ordena determinarlo mediante 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, en los registros, libros y recibos que se encuentren en la sede de la mencionada sucursal de la accionada y en el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria.

El perito designado verificará tal 10% de los ingresos generados por la sucursal de Caracas, luego de restar los gastos, costos e impuestos que deba cancelar o haya cancelado la misma en el lapso comprendido desde el 27 abril de 2012 hasta el 10 de febrero de 2014 y, ello constituirá lo que debe pagar la empresa al demandante por concepto de comisiones no pagadas.

En caso que no existieren registros o recibos de pagos de algún período de los libelados, el perito tomará en consideración lo aseverado al respecto en la demanda.

Diferencia por vacaciones y bono vacacional:

Adicionalmente, se ordena al experto a recalcular lo que le corresponde a la trabajadora, por concepto de vacaciones y bono vacacional, adicionando lo condenado por las ganancias del 10% líquido de la sucursal de Caracas desde el 27 de abril de 2012 hasta el 10 de febrero de 2014, tomando como base de cálculo para las vacaciones la cantidad de 15 días hábiles más un día adicional por cada año de servicio y por bono vacacional 15 días con el salario normal del mes efectivo de labores inmediatamente anterior a la oportunidad del disfrute, más

un día por cada año de servicio, que arroje cómo resultado de las diferencias salariales del beneficio del 10% de la ganancia líquida de la empresa en Caracas. Debiendo deducirse lo pagado por dicho concepto en los respectivos períodos. Así se decide.

Diferencia por utilidades:

Se ordena al perito el recálculo de las utilidades devengadas en los ejercicios fiscales de los años 2012 hasta el 2014, tomando como base de cálculo para las mismas la cantidad de 120 días, con base al salario integral, debiendo deducirse lo pagado por dicho concepto en los respectivos períodos. Así se decide.

Días de descanso y feriados:

La Sala declara improcedente el concepto reclamado, toda vez que, analizada como ha sido la naturaleza de la percepción acordada, se evidencia que no estamos en presencia de un salario variable.

En efecto, la expectativa de recibir una remuneración o compensación anual, producto de las ganancias líquidas de la demandada no se corresponde con la definición legal del salario variable que depende de la cantidad de trabajo realizado, es decir, cuando media la actividad del trabajador, sino que al margen de la definición acordada por las partes, estamos frente a un pago anual y permanente con carácter salarial que se corresponde con la previsión del artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el cual dependerá del beneficio líquido obtenido por la empresa al final de su ejercicio por cada año.

Por los argumentos anteriores, no procede la incidencia salarial o pago adicional de sábados, domingos y feriados reclamados por la actora. Así se decide.

Diferencia por antigüedad:

En relación con la prestación de antigüedad, el artículo 141 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicable por terminar la relación laboral el 10 de febrero de 2014, dispone en cuanto al régimen de prestaciones sociales, que 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; indicando que 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, toda vez que, las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata, el retardo o mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozan de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.

Igualmente, el artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, prevé que 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 depositara 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.

En tal sentido, para el cálculo de la prestación de antigüedad, se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo, de conformidad con lo establecido en el artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el cual establece que se depositará al trabajador, por concepto de garantía de prestaciones sociales, el equivalente a 15 días cada trimestre, calculado con el último salario integral devengado en el trimestre, más 2 días de salario por cada año de servicio acumulativos hasta 30, después del primer año de servicio, lo cual debe ser comparado con el cálculo de 30 días de prestación de antigüedad por año calculados con el último salario, correspondiendo al trabajador el monto que resulte mayor. Así se decide.

A los efectos de calcular el salario integral, el experto deberá tomar el salario normal diario, más la alícuota derivada de la bonificación por concepto del 10% de las ganancias líquidas de la sucursal de la sucursal de Caracas, más la alícuota de utilidades sobre la base de 120 días por año y, de bonos vacacionales de 15 días más 1 día por cada año adicional.

Finalmente, luego de obtenida la cantidad que resulte más favorable para el trabajador, deberá deducir las sumas de Bs. 244.922,46, Bs. 21.093,75 y de Bs. 90.000,00; que ya le pagó la accionada a la trabajadora.

Asimismo, en virtud del tiempo transcurrido en el cual aún no se ha realizado el pago por parte del empleador a la trabajadora al término de la relación laboral entre las partes, de lo adeudado por concepto de diferencia prestaciones sociales y otros conceptos laborales, resulta procedente también el pago de la indexación y los intereses de mora sobre la cantidad condenada a pagar por estos conceptos. Así se declara.

Se condena a favor de la accionante, 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 Nro. 1.841 de fecha 11 de noviembre de 2008 (caso: José Surita contra Maldifassi & Cía. C.A.), i) el pago de los intereses de mora de la cantidad condenada a pagar por concepto de diferencia de prestación de antigüedad, al tratarse de una deuda de valor, y su cómputo debe efectuarse desde la fecha en que la misma es exigible, vale decir, desde la finalización

de la relación de trabajo, a saber, desde el 10 de febrero de 2014 y ii) El pago de los intereses moratorios sobre las diferencias salariales ordenadas a pagar por el concepto establecido el artículo 15 del Acta de Asamblea de Accionistas de la empresa de fecha 27 de abril de 2012, reclamo por diferencia de vacaciones, bono vacacional, utilidades, por tratarse igualmente de deudas de valor, exigibles de inmediato, calculadas desde el momento en que debieron ser pagadas, es decir, al final de cada año de trabajo, con fundamento en la sentencia Nro. 2.191 de fecha 6 de diciembre del año 2006, (Caso: Alba Angélica Díaz de Jiménez) de la Sala Constitucional. Cuyo cálculo se efectuará de acuerdo con lo previsto en los artículos 128 y 142 literal f) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicándose la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela. Dichos intereses no serán objeto de capitalización, ni indexación. Así se declara.

Se condena a la empresa demandada el pago de la corrección monetaria, sobre las sumas condenadas a pagar, cuyo monto se determinará mediante experticia complementaria del fallo, considerando el índice nacional de precios conforme a los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela, desde la fecha de terminación de la relación laboral, 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, así como vacaciones judiciales, y hasta la oportunidad del pago efectivo.

En caso de incumplimiento voluntario, aplicará lo establecido en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se resuelve.

Sin embargo, esta Sala establece que si para el momento de la ejecución de la presente decisión está en práctica en el aludido tribunal, lo establecido en el Reglamento del Procedimiento Electrónico para la Solicitud de Datos del Banco Central de Venezuela, el cual fue dictado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sesión de fecha 30 de julio de 2014 y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 40.616 de fecha 9 de marzo de 2015, el juez executor procederá a aplicar éste con preferencia a la experticia complementaria del fallo, para el cálculo de los intereses moratorios e indexación de los conceptos condenados. Así se declara.

En mérito de las consideraciones expuestas, se declara parcialmente con lugar la demanda intentada por la ciudadana Antonieta Pallante contra la sociedad mercantil Farmacia Tipuro, C.A. y se le condena a pagar a esta última, conforme a los razonamientos expuestos, los conceptos anteriormente especificados. Así se decide.

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 incoado por la parte actora, ciudadana **ANTONIETA PALLANTE**, contra la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 23 de marzo de 2015. **SEGUNDO: ANULA** el fallo recurrido. **TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda intentada por la ciudadana Antonieta Pallante contra la sociedad mercantil Farmacia Tipuro, C.A.

No hay condenatoria en costas dada la índole de la decisión.

La Magistrada Mónica Mysticchio Tortorella no firma la presente decisión por cuanto no estuvo presente en la audiencia pública y contradictoria.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a los fines legales subsiguientes. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, particítese de esta decisión al Tribunal Superior de origen.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los cinco (5) días del mes de diciembre de dos mil dieciocho. Años: 208° de la Independencia y 159° de la Federación.

La Presidenta de la Sala y Ponente,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente,

Magistrado,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrada,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO A. MOJICA MONSALVO

La Secretaria,

ANGELA MARÍA MORANA GONZÁLEZ

R.C. N° AA60-S-2015-000472.

Nota: Publicada en su fecha a las

La Secretaria,