|  |
| --- |
|   |

|  |
| --- |
|  |

Magistrado Ponente:

**OCTAVIO SISCO RICCIARDI**

 En el procedimiento de cobro de diferencia de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, instaurado por la ciudadana **MAYRA ALEJANDRA AÑANGUREN PELÁEZ**, representada judicialmente por los abogados Nuvia Elena Cedeño Navarro y Luis Ernesto Da Silva Goncalves, contra la sociedad mercantil **REPRESENTACIONES VENUSCOL, C.A.**, representada judicialmente por los abogados Benjamín Klahr Z., Alberto Borges G., María López Arévalo y José Luis González B.; el Juzgado Noveno Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó sentencia el 10 de marzo de 2011, en la que declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación ejercido por la parte demandante, contra la decisión proferida el 15 de diciembre de 2010, por el Juzgado Octavo de Primera Instancia de Juicio del mismo Circuito Judicial; con lugar el recurso de apelación ejercido por la parte demandada; y, parcialmente con lugar la demanda.

Contra la decisión emitida por la Alzada, ambas partes anunciaron recurso de casación, una vez admitidos fueron remitidos a esta Sala de Casación Social.

Recibido el expediente, el 5 de abril de 2011 ambas partes presentaron escrito de formalización por ante la Secretaría de esta Sala de Casación Social. Hubo contestación de la demandada, respecto a la formalización presentada por la parte demandante.

El 7 de abril de 2011, se dio cuenta en Sala y se designó la ponencia al Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez.

El 14 de enero de 2013, tomaron posesión de sus cargos los Magistrados Suplentes Dr. Octavio Sisco Ricciardi, y las Dras. Sonia Coromoto Arias Palacios y Carmen Esther Gómez Cabrera, quienes fueron convocados por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicios de sus atribuciones, a los fines de cubrir la falta absoluta en virtud de la culminación del período constitucional de doce (12) años de los Magistrados Omar Alfredo Mora Díaz, Juan Rafael Perdomo y Alfonso Valbuena Cordero, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la sentencia N° 1701 de 6 de diciembre de 2012, dictada por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal.

Por auto de 30 de julio de 2013, se fijó la realización de la audiencia pública y contradictoria para el día jueves veintiséis (26) de septiembre de 2013 a las diez y veinte minutos de la mañana (10:20 a.m.), todo en sujeción a lo regulado por el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

              El 19 de septiembre de 2013, se acordó diferir la audiencia pública y contradictoria, para el día jueves siete (7) de noviembre de 2013 a las a las diez y veinte minutos de la mañana (10:20 a.m.).

Celebrada la audiencia, de conformidad con el artículo 103 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se reasignó la ponencia al Magistrado Octavio Sisco, quien con tal carácter suscribe el presente fallo y habiendo esta Sala pronunciado su decisión de manera inmediata, pasa a reproducir la misma en la oportunidad que ordena el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, bajo las siguientes consideraciones:

**DEL RECURSO DE CASACIÓN**

**ANUNCIADO POR LA PARTE DEMANDADA**

Con fundamento en el numeral 3, del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se denuncia inmotivación por silencio parcial de la prueba testimonial.

Arguye la formalizante que la recurrida narra la evacuación de las testimoniales de los ciudadanos Zurima Puello y Alcidez José Requena Landaeta, transcribiendo las respuestas a las preguntas y repreguntas.

Informa que en el caso de la ciudadana Zurima Puello, la sentencia impugnada señala ‘*que la testigo fue conteste en todas sus afirmaciones y no hubo contradicción en sus declaraciones*’, confiriéndole valor probatorio, ‘*en el sentido de demostrar que laboró con la actora y que conoce la composición del salario de todos los trabajadores en cuanto a comisiones que percibían incluida la gerente de tiendas*’.

Alega que en el caso del ciudadano Alcidez José Requena Landaeta, el fallo cuestionado le confirió un tratamiento de testigo referencial, por reconocer  ‘*que nunca laboro (sic) con la actora sino que presto (sic) servicio en otras tiendas de la demandada, no es menos cierto que como prueba indiciaria evidencia que el mismo fue conteste en describir al igual que la testigo Puello (sic) como (sic) era la composición del salario en cuanto a las comisiones recibidas por todos los trabajadores de las tiendas incluidos los gerentes*’.

Explica que si bien, la Alzada citó las declaraciones, omitió completamente analizar las respuestas a las repreguntas, en tanto que la comisión por inventario –*negada por la demandada*- fue establecida por la recurrida, por medio de la prueba de testigos, “*producto de un acto arbitrario, irreflexivo*” al desconocer la obligación que tiene de efectuar una valoración integral de la prueba testimonial, en correspondencia con el fallo de esta Sala pronunciado en sentencia N° 383 de 9 de agosto de 2000.

Para decidir se observa:

Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo de Justicia, se presenta el vicio de inmotivación del fallo por silencio de prueba cuando el Juez omite toda mención de la existencia de un acta probatoria o cuando, aun señalando su existencia, se abstiene de analizarla y señalar el valor probatorio que le asigna.

En materia laboral, la valoración y apreciación de las pruebas corresponde hacerla al Juez de conformidad con las reglas de la sana crítica, debiendo analizar y juzgar todas las pruebas que hayan sido promovidas y evacuadas en la oportunidad legal prevista para ello, aun aquellas que, a su juicio, no aporten ningún elemento de convicción sobre los hechos controvertidos en el proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil (Sentencia N° 1434 de 1 de octubre de 2009, caso *Edixon Márquez Molina vs. Metropolitan Distributors, C.A.*).

Acerca del vicio de silencio parcial de pruebas, en sentencia N° 1895 de 25 de septiembre de 2007 (caso *Isaac Enrique Mosquera Sánchez vs. Asociación Civil Centro Médico Docente La Trinidad*), esta Sala falló en los siguientes términos:

(…) uno de los supuestos que sustenta el vicio de silencio de prueba, está fundamentado en el hecho de que en la recurrida se omita de manera total el pronunciamiento sobre una o todas las pruebas promovidas. En tal sentido, los Jueces tienen el deber impretermitible de examinar cuantas pruebas se hayan aportado a los autos, para de esta manera no incurrir en la violación del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece:

Los Jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresando siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas.

De otra parte, ha sido criterio pacífico y reiterado de la Sala, el cual se ha sostenido, entre otras, en sentencia de fecha 22 de marzo del año 2000, lo siguiente:

(...) un silencio absoluto de pruebas e incluso un análisis parcial del material probatorio, produce una sentencia carente de motivos, contrariando el mandato del artículo 243, ordinal 4º del Código de Procedimiento Civil que señala que el Juez debe expresar los motivos de hecho y de derecho de la decisión. Así la jurisprudencia reiterada de este Máximo Tribunal ha señalado al respecto que el análisis parcial o incompleto de prueba y el silencio absoluto o relativo de la misma constituye falta de motivación de la recurrida, denunciable por defecto de actividad.

Por tanto, es deber de los jueces el análisis del material probatorio ya sea para apreciarlo o desecharlo, por cuanto la disposición legal citada supra constriñe a hacer un análisis de todo el material probatorio cursante en autos, aunque éstas sean inocuas, improcedentes o impertinentes.

A fin de verificar si la sentencia impugnada incurre en la infracción delatada, se transcribe en su parte pertinente lo siguiente:

Promovió la prueba testimonial de los ciudadanos DOUGLAS GONZALEZ, ZURIMA PUELLO y ALCIDES JOSE REQUENA LANDAETA, de los cuales solamente comparecieron a declarar los ciudadanos ZURIMA PUELLO y ALCIDES LANDAETA, quienes en sus deposiciones expresaron lo siguiente: En cuanto a la ciudadana Zurima Puello en su declaración a las preguntas y repreguntas expuso lo siguiente: “ A (*sic*) pregunta formulada por el apoderado de la parte actora en los siguientes términos: ¿Diga si conoce de vista, trato y comunicación a la ciudadana Mayra Alejandra Añanguren Pelaez?, la misma respondió: Si, ella fue mi gerente en Pronto. 2.- ¿En que (*sic*) fecha usted presto servicio en Pronto? Respondió: en el 2006. 3.- Cuando señala que es Pronto, es una de las compañías o firmas que trabaja representaciones vernuscol (*sic*)? Respondió: Si la que tiene en el recreo (*sic*). 4.- ¿Cuál (*sic*) era el cargo que usted desempeñaba en la tienda Pronto de representaciones vernuscol (*sic*) ?. Respondió: Vendedora. 5.- ¿Como (*sic*) era su salario? Respondió: era un sueldo básico, nosotros ganábamos por comisión por meta e inventario. 6.- ¿Además de ese salario básico y salario variable, cuales (*sic*) son los componentes del salario?. Respondió: por lo menos en los recibos no aparecían las comisiones de meta e inventario, eso lo que hacían era enviarnos unas hojas la llenaban a mano con el dinero envuelto, si el vendedor estaba lo pagaban si no a veces no se recibía. 7.- Usted habla del caso suyo en particular, tiene conocimiento si los Gerentes ganaban un salario por inventario y por bono meta? Respondió: Si ellos ganaban casi igual que nosotros, si la tienda cumplía la meta nos pagaban el bono meta y cuando hacían inventario a todos nos descontaban igualito. 8.- ¿Cuando dice descontar es por que (*sic*) tenían derecho a percibir un salario por inventario? Respondió: yo digo que si por cuanto nosotros todo el mes luchando vendiendo y cuidando la tienda y cuando hacían el inventario y se perdía algo nos descontaban a nosotros. 9.- ¿Si había pérdidas no le pagaban el inventario? Respondió: Si había pérdida no nos pagaban el inventario. ¿Sabe cual (*sic*) era el porcentaje que ganaba por esas comisiones por inventario la ciudadana Mayra Alejandra Añanguren? Respondió: Si creo que era 0,6% de inventario y 0,5% por meta. 10.- ¿ A (*sic*) presentado usted algún tipo de reclamo contra la empresa Vernuscol (*sic*)?. Respondió: NO. A las repreguntas del apoderado judicial de la demandada respondió: 1.- ¿usted podría ser mas especifica de que fecha a que fecha (*sic*) presto (*sic*) servicio en la tienda el recreo (*sic*). Respondió: yo empecé a trabajar en diciembre de 2006 y no me fui sino que me hicieron renunciar, hasta el 2008, ya iba a cumplir 2 años. 2.- ¿entendí esta grabado que solo laboro en el 2006? Respondió: No, 2006 hasta el 2008. 3.-¿ como le consta a usted cual (*sic*) era el salario, los ingresos, de la señora Añanguren? Respondió: No sabia (*sic*) cual era el ingreso, a todos nos pasaban una hoja de lo que nos tenían que cancelar a cada quien y si no lo pasaban por la computadora. 4.- Déjeme plantearle la pregunta de otra manera. ¿Usted en alguno momento tuvo acceso a un documento donde dijera lo que iba a ganar la señora Aranguren (*sic*) mientras presto (*sic*) servicio a Vernuscol (*sic*). Respondió: No por que (*sic*) ella a veces se descuidaba y nosotros lo veíamos por la computadora. El apoderado de la demandada a este respuesta dijo que ello le traía confusión por que (*sic*) primero dijo que era una hoja y ahora por computadora. La testigo aclara y dijo que primero lo enviaban por computadora y luego lo enviaban en una hoja a parte, venia el auditor y entregaba los reales y si no lo depositaban en la cuenta de la gerente y ella nos pagaba y si el vendedor no estaba en ese momento y si se había retirado se lo devolvían a la empresa y si no estaban igual, y luego reclamaban muchas veces no se lo pagaban. 5.- ¿Es decir no era un pago seguro y permanente, como era el salario básico que lo percibían todas las quincenas? Respondió: No por cuanto si la gente robaba no, no los pagaban. 6.- ¿y eso que tiene que ver con lo que usted dice y el apoderado de la actora? Respondió: tiene que ver que si nosotros no hacíamos meta nosotros no lo cobrábamos, y cuando hacíamos inventario así no hiciéramos metas ni nada igualito nos lo descontaban, y eso no estaba especificado en los bauches (*sic*), el apoderado de la demandada pregunto. 7.-¿Y de donde se lo descontaban?: Respondió: podía ser del salario y si hacíamos meta nos lo descontaban de las metas, y a veces no cobrábamos nada.

 En cuanto a la valoración de esta testimonial este despacho vista que la testigo fue conteste en todas sus afirmaciones y no hubo contradicción en sus declaraciones, se le otorga pleno valor probatorio, en el sentido de demostrar que laboro (*sic*) con la actora y que conoce la composición del salario de todos los trabajadores en cuanto a las comisiones que percibían incluida la gerente de tiendas. Así se establece.

 En cuanto al testigo Alcides Landaeta (*sic*) a las preguntas formuladas por el apoderado del actor contesto (*sic*): 1.- Conoce de vista, trato y comunicación a la ciudadana Mayra Alejandra Añanguren? Respondió. Si. 2. ¿Diga si trabajo para representaciones vernuscol c. a (*sic*)? Respondió: Si, trabaje (*sic*) en varias, en Pronto en Boleita (*sic*), en scul (*sic*) del Sambil. 3.- ¿En que (*sic*)  fecha presto (*sic*) servicios para ellos? Respondió: en el año 2007, febrero y salí 2 de diciembre de 2008. 4.- ¿usted puede decir como (*sic*) era el salario en el sitio que usted laboraba, la forma como estaba constituido? Respondió: Era un salario básico alrededor de Bs. 400, comisiones por ventas de 0,7% y 0,3 de incentivo. 4.- Además de eso percibía usted algún otro salario? Respondió: eran bonificaciones que habían dependiendo de las ventas del mes, habían bonificaciones, si se llegaba a la meta mensual que se fijara en la venta, y si el inventario cuadraba. 5.- ¿Conoce si la Gerente aquí presente de tienda percibía un sistema de salario similar al que usted percibía? Respondió: Si, lo que pasa es que cambiaba el porcentaje, la de los vendedores era individual, la de los gerentes era general de lo que hacían en la tienda. 6.- ¿y conoce esos porcentajes que generaba la gerente Mayra Alejandra Añanguren Pelaez? Respondió: de la gerente no, sabia los míos mas no de los gerentes. 7.- ¿Pero en cuanto a ese porcentaje o comisiones era igual para todos los trabajadores incluyendo los gerentes? Respondió: No, no era igual. El apoderado reformula la pregunta; se que no era igual el porcentaje, pero, ¿si había un pago de las comisiones por las ventas, estimulo? Respondió: Si, exactamente, independientemente del cargo que tuviéramos todos percibíamos esas comisiones. 8.- ¿Puede explicar como (*sic*) era el pago de las comisiones por inventario? Respondió: se pagaban personalmente, en efectivo, por auditores que hacían el inventario en las tiendas, luego que se entregaban muy tardío el resultado del inventario, los auditores iban personalmente a pagarlos en efectivo en las tiendas y cancelaban allí si tocaba el pago por inventario o meta. 9.- ¿Cuando dice que se lo pagaban en efectivo quiere decir que no estaba reflejado en los recibos? Respondió: No, por que (*sic*) era únicamente firmado en una hoja en donde estaba la cantidad que nos estaban entregando, lo que nos tocaba. 10.- ¿y como (*sic*) era pactado ese porcentaje de comisiones por inventario y meta era por computadora, por fax, o cartel de la compañía? Respondió: No, era personal. 11.- ¿A usted le llegaron a pagar el bono inventario? Respondió: Si a veces me lo pagaron. 11.- ¿y las veces que no se lo pagaron es por que (*sic*) había perdidas en la compañía? Respondió: habían faltantes en el inventario de la tienda. 12.- ¿Eso era por cuanto ustedes los trabajadores asumían lo que sustraían los clientes? Respondió: Clientes y no clientes. 13.- ¿Se lo pagaban en una cuenta particular o en efectivo? Respondió: En principio era en efectivo, pero luego como se tardaban mucho se decidió pagar por una tarjeta de debito plata de una cuenta que aperturaron (*sic*), pero igualmente era muy tardío el pago de las pocas veces que lo cobre por allí. 14.- ¿Podemos concluir que esas comisiones nunca se reflejaron en los recibos de pago? Respondió: yo personalmente firme un documento donde decía que era lo que iba recibir, pero los pagos nunca se reflejaban en los recibos, allí se reflejaba el salario básico y la comisión por venta. A las repreguntas del apoderado judicial de la parte actora expuso: 1.- ¿Usted reconoce que le hacían unos pagos en efectivo? Respondió: Si, recibí dinero en efectivo siempre o la mayoría del tiempo, recibí el pago en efectivo y luego con una tarjeta. 2.- ¿Usted me dice que trabajo (*sic*) en Boleita (*sic*) y el Sambil? La demandante nunca trabajo en esa tienda con usted. Respondió: No, conmigo no trabajo. 3.- ¿Alguna vez usted vio algún un documento de venuscol (*sic*) donde le dijeran a la actora cuales (*sic*) iban a ser sus ingresos? Respondió: En ningún momento tuve ese contacto. 4.- ¿De lo que usted declara es sobre su situación personal como empleado pero usted no puede dar fe de lo que pasaba con la señora Añanguren? Respondió: exactamente, no puedo dar fe, solo que trabajamos para la misma empresa.

 En cuanto a la declaraciones de este testigo aun cuando es un testigo referencial por reconocer que nunca laboro (*sic*) con la actora sino que presto (*sic*) servicios en otras tiendas de la demandada, no es menos cierto que como prueba indiciaria evidencia que el mismo fue conteste en describir al igual que la testigo Zurima Puello como era la composición del salario en cuanto a las comisiones recibidas por todos los trabajadores de las tienda incluido los gerentes, por lo cual se apreciara solo como prueba indiciaria. Así se establece.

                  De un análisis a las deposiciones evacuadas con arreglo a las reglas de la sana crítica, la Sala extrae como conclusiones que, si bien los testigos, afirmaron que las comisiones discutidas -*por “inventario” y por “bono meta”*- eran pagadas, al mismo tiempo manifestaron que eran descontadas del salario de los trabajadores, *“cuando se perdía o se robaban algo de la mercancía de la tienda*” y que no siempre se las pagaban, bien sea por no alcanzarse las metas o por faltantes en el inventario, razón por la que, a partir de las deposiciones no se puede inferir si esos pagos que se mencionan, se trataban de activos que se incorporaban al patrimonio y del cual tenían derecho a disponer los trabajadores; si se correspondía a una remuneración segura o más bien discrecional, si su otorgamiento estaba sujeto al cumplimiento o no de objetivos y metas, entre otras, a los efectos de poder así determinar el derecho que tenía la accionante de percibir tales percepciones.

                  Contrario a ello, de la lectura a la cita de la sentencia cuestionada se desprende la ausencia de un examen integral y concomitante entre las respuestas de las preguntas con las dadas a las repreguntas formuladas a los testigos, pues de haber actuado la Alzada conforme a derecho, no hubiese arribado al establecimiento de las remuneraciones de comisiones por *“inventario”* y por *“bono meta”*, negadas por la demandada en su contestación, incurriendo así en el vicio de inmotivación por silencio parcial de pruebas, que condujo a la recurrida a una conclusión errada por no estar ajustada a la realidad, motivo por el cual, procede la denuncia. Así se decide.

Por las razones expuestas, prospera la denuncia analizada, se anula el fallo recurrido, resultando inoficioso conocer las restantes delaciones formuladas en el recurso de casación formalizado por la parte demandada, así como el recurso de casación ejercido por la parte demandante, toda vez que de conformidad con el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, corresponde a esta Sala decidir el fondo de la controversia, lo que procede a hacer en los siguientes términos:

**DECISIÓN DE MÉRITO**

Afirma la demandante en su escrito libelar, haber prestado servicios desde el 7 de mayo de 2004, en una de las tiendas de la demandada conocida como “*PRONTO*”, ubicada en el Centro Comercial Las Trinitarias de Barquisimeto; luego fue trasladada al Área Metropolitana de Caracas, para desempeñarse en la tienda del empleador conocida como “*PRONTO*” y “*ARMY*”, en el Centro Comercial Boleíta Center, en donde se desempeñó como Gerente de las dos tiendas, posteriormente, fue trasladada a la tienda “*PRONTO*” ubicada en el Centro Comercial El Recreo, por más de tres años y medio. Por último fue trasladada, aproximadamente en octubre de 2008, a la tienda “*PRONTO*” del Centro Comercial Plaza Las Américas, donde terminó la relación de trabajo.

Aduce que su jornada estaba comprendida entre las 10:00 a.m. a 7:00 p.m., durante miércoles, jueves, viernes, sábados, domingos y lunes. El martes de descanso.

Señala que por la prestación de los servicios, el empleador se comprometió a pagar, además de un salario básico (fijo), unas comisiones (variables), que dependían del volumen de ventas de la tienda. El salario básico (fijo) siempre fue inferior al salario mínimo legal establecido por el Ejecutivo Nacional. El valor de las comisiones era el correspondiente al 2,10% del volumen de ventas de la tienda, las cuales fueron discriminadas de la siguiente manera: 0,7% denominadas comisiones por ventas, y se pagaban en la primera quincena de cada mes; 0,3% comisiones por bono estímulo, y se pagaban el 30 de cada mes; 0,6% comisiones por inventario y 0,5 % comisiones por bono meta. En conclusión, explica que el salario siempre fue mixto.

Agrega que de los diferentes conceptos que forman parte de las comisiones del 2,10% del volumen de las ventas, el patrono siempre le retuvo lo correspondiente al 0,6% del inventario y el 0,5% de las comisiones del bono meta, esto es, el salario correspondiente al 1,1% del volumen de las ventas. Según la demandada, la finalidad de tal proceder, era para que la demandante le pusiera más dedicación al trabajo y estuviera pendiente de que en la tienda no desapareciera la mercancía, con la finalidad de lograr los montos preestablecidos por las ventas esperadas.

Indicó que la relación de trabajo se mantuvo hasta el 25 de mayo de 2009, oportunidad en la que decidió renunciar al cargo de Gerente que venía desempeñando,  que agotadas todas las posibles gestiones en forma conciliatoria y de manera personal para que le pagaran lo correcto, el 30 de junio de 2009, la demandada pagó lo que consideraba como deuda por los diferentes conceptos derivados de la relación de trabajo, la cantidad de mil novecientos ochenta y cinco bolívares con sesenta y cuatro céntimos (Bs. 1.985,64), previa deducción de la indemnización por el preaviso omitido.

Po no haber incluido ciertos conceptos y la incidencia de los mismos en los diferentes beneficios, se reclama lo siguiente:

Diferencia de salario mínimo y sus intereses moratorios, derivada de haber percibido durante toda la relación de trabajo, un salario básico inferior al mínimo obligatorio, en inobservancia al artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), lo que arroja una deuda de diecinueve mil bolívares (Bs. 19.000,00), que generaron intereses por la cantidad de seis mil seiscientos ochenta y dos bolívares con sesenta y dos céntimos (Bs. 6.682,62).

Salarios retenidos y sus intereses moratorios, por no haber pagado la demandada el salario variable completo, es decir, el 2,10% del volumen de las ventas de las tiendas donde prestó el servicio, sino solamente el 0,7% de las comisiones propiamente dichas y el 0,3% de la comisiones por bono incentivo, reteniendo el 1,10% restante, relativo a los porcentajes por inventario (0,6%) y por el bono meta (0,5%), razón por la cual se le adeuda la cantidad de noventa y cuatro mil cuatrocientos veinte y cuatro bolívares con veinte y cinco céntimos (Bs. 94.424,25) y setenta y ocho mil seiscientos ochenta y seis bolívares con ochenta y ocho céntimos (Bs. 78.686,88), respectivamente, más los intereses moratorios estimados en treinta y un mil sesenta y nueve bolívares con setenta y seis céntimos (Bs. 31.069,76) y veinticinco mil ochocientos noventa y un bolívares con cuarenta y siete céntimos (Bs. 25.891,47), respectivamente.

Que durante toda la relación de trabajo, la demandada le pagó los días de descanso (martes) y feriados, únicamente con base a la parte fija del salario, sin considerar la parte variable (comisiones) para el pago de tales días, en tal sentido reclama la incidencia de esa parte variable del salario en los días de descanso y feriados, para un total de 306 días desde el 2004 a 2009, lo que arroja la cantidad de ciento once mil ochenta y siete bolívares con dieciocho céntimos (Bs. 111.087,18), cuyo cálculo fue estimado con base al salario variable promedio diario que la demandada pagó y que le retuvo en el último año de trabajo efectivo trescientos sesenta y tres bolívares con tres céntimos (Bs. 363,03).

Por prestación de antigüedad e intereses, reclama un total de 305 días de salario integral, estimados en la cantidad de ciento cuatro mil novecientos cuatro bolívares con cuatro céntimos (Bs. 104.904,04), a lo que le deduce la cantidad de veintidós mil seiscientos un bolívares con veintiún céntimos (Bs. 22.601,21), recibidos como anticipos, lo que arroja como cifra adeudada ochenta y dos mil trescientos tres bolívares con ochenta y tres céntimos (Bs. 82.303,83); más veintinueve mil ciento sesenta bolívares con noventa y nueve céntimos (Bs. 29.160,99) de intereses sobre prestación de antigüedad.

Diferencia en el pago de las vacaciones y del bono vacacional, por el período 2004-2005, mil ciento veintitrés bolívares con tres céntimos (Bs. 1.123,03) por concepto de vacaciones y seiscientos sesenta y nueve bolívares con setenta y siete céntimos (Bs. 669,77), por concepto de bono vacacional; por el período 2005-2006, mil ochocientos treinta y nueve bolívares con noventa y cinco céntimos (Bs. 1.839,95) por concepto de vacaciones y mil doscientos sesenta y cuatro bolívares con tres céntimos (Bs. 1.264,03), por concepto de bono vacacional; por el período 2006-2007, dos mil trescientos setenta y cinco bolívares con setenta y nueve céntimos (Bs. 2.375,79) por concepto de vacaciones y mil novecientos doce bolívares con veinticinco céntimos (Bs. 1.912,25) por concepto de bono vacacional; por el período 2007-2008, tres mil novecientos setenta y ocho bolívares con treinta y nueve céntimos (Bs. 3.978,39) por concepto de vacaciones y dos mil ochocientos sesenta y cuatro bolívares con noventa y un céntimos (Bs. 2.864,91), por concepto de bono vacacional; por el período 2008-2009, cinco mil cuatrocientos cuarenta y seis bolívares con cincuenta y tres céntimos (Bs. 5.446,53) por concepto de vacaciones y tres mil cuatrocientos treinta y nueve bolívares con noventa y un céntimos (Bs. 3.439,91), por concepto de bono vacacional. Además de lo anterior por ser beneficios retenidos, la demandada le adeuda sus respectivos intereses moratorios, estimados en la cantidad de cinco mil ochocientos cuarenta y siete bolívares con veinticinco céntimos (Bs. 5.847,25).

Diferencias en el pago de las utilidades, para el año 2004, la fracción de 60 días de utilidades, es decir, 35 días por 7 meses de servicio prestado, la cantidad de tres mil doscientos cincuenta y dos bolívares con setenta y dos céntimos (Bs. 3.252,72); para los restantes años, 60 días de utilidades, cuyas diferencias adeudas son: año 2005, siete mil novecientos setenta y seis bolívares con ocho céntimos (Bs. 7.976,08); año 2006, trece mil treinta y seis bolívares con veintiocho céntimos (Bs. 13.036,28); año 2007, dieciséis mil cuarenta y siete bolívares con ochenta y cuatro céntimos (Bs. 16.047,84), año 2008, diecisiete mil seiscientos treinta y cuatro bolívares con treinta y nueve céntimos (Bs. 17.634,39); año 2009, la fracción correspondiente a los 60 días de utilidades, siete mil ciento sesenta y siete bolívares con cuarenta y ocho céntimos (Bs. 7.167,48). Además de lo anterior, reclama una deuda de dieciocho mil cuatrocientos cincuenta y un bolívares con ochenta y cinco céntimos (Bs. 18.451,85), por los intereses moratorios derivadas de las diferencias dejadas de pagar.

Por su parte, la parte demandada, en su escrito de contestación, reconoció que la actora  prestó servicios desde el 7 de mayo de 2004 hasta el 25 de mayo de 2009, por renuncia, sin dar aviso previo. Reconoció que la actora en diferentes tiendas, se desempeñó como Sub-Gerente desde el 7 de mayo de 2004 hasta julio de 2006, y como Gerente, a partir de agosto de 2006.

Reconoce que el salario estaba integrado por un salario integral comprendido por: a) salario básico mensual, pagado en forma fraccionada en dos (2) cuotas quincenales, por las cantidades de ciento sesenta bolívares (Bs. 160,00), ciento ochenta bolívares (Bs. 180,00); doscientos dieciséis bolívares (Bs. 216,00) y doscientos ochenta bolívares (Bs. 280,00), durante la prestación del servicio; b) además desde 01/08/2004 al 31/07/2006, el 0,3% por concepto de comisión y el 0,2% por concepto de bono estímulo, (alega que este último comenzó a pagársele a partir de septiembre de 2004), porcentajes éstos que se pagaban sobre el sub-total de la venta global mensual de la tienda; mientras desempeñó el cargo de Sub-Gerente; c) desde 01/08/2006 hasta la fecha de terminación de la prestación del servicio, el 0,7% por concepto de comisión y el 0,3% por concepto bono estímulo, porcentajes éstos que se pagaban sobre el sub-total de la venta global mensual de la tienda, a partir que comenzó a desempeñar el cargo de Gerente.

Alega que se le garantizó y cubrió el salario mínimo nacional de la Ley vigente durante la relación laboral, en el caso de no cubrirlo con los ingresos percibidos en el mes por concepto de salario básico, comisiones y bono estímulo. Se reconoce que a la actora se le rebajó el preaviso, en aplicación del artículo 107, parágrafo único de la Ley Orgánica del Trabajo (1997).

Negó que a la actora le corresponda pago alguno, por concepto de diferencia de salario mínimo establecido por el Ejecutivo Nacional, ni que el salario percibido fuera inferior al mínimo obligatorio, ni que no haya cumplido con la obligación contenida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), así como que no le haya garantizado la certeza de disfrutar, en todo momento, del salario mínimo obligatorio. Niega que a la actora le corresponda pago alguno por supuesta diferencia de salario mínimo, por la cantidad de diecinueve mil bolívares (Bs. 19.000,00), y menos aún que se le adeude el pago por intereses moratorios generados, por la cantidad de seis mil seiscientos ochenta y dos bolívares con sesenta y dos céntimos (Bs. 6.682,62).

Niega que la empresa haya acordado o convenido el salario variable (comisión y bono estímulo) por el 2,10% del volumen de ventas de las tiendas donde prestó servicios, por cuanto los únicos pagos que convino con la actora fueron el salario básico antes indicado, y mientras ejerció el cargo de Sub-Gerente de tienda (01/08/2004), el 0,3% por concepto de comisión mensual y el 0,2% por concepto de bono estímulo a partir del mes de septiembre de 2004; posteriormente, cuando se desempeñó como Gerente a partir del 01/08/2006, el 0,7% por concepto de comisión mensual y el 0,3% por concepto de bono estímulo. En consecuencia, niega y rechaza cualquier pago distinto al salario básico, las comisiones mensuales y el bono estímulo, y que la empresa haya convenido o pactado ningún otro tipo de comisiones o bonos como lo pretende la actora, ni que éstos lo sean por supuestas comisiones por inventario, ni por bono meta, por el 0,6% y por el 0,5%, respectivamente, para un supuesto total de 2,10%. Niega que le adeude a la actora, ni que le haya retenido el supuesto salario del 1,1% por las supuestas comisiones por inventario y bono meta, ni que le adeude las cantidades peticionadas, ni los intereses moratorios.

Niega que no se le hubiera pagado a la actora, los días de descanso y feriados desde el 2004 al 2009, con base a las comisiones y el bono estímulo devengados durante la prestación de servicio y por ende niega que se le adeude monto alguno por tales conceptos y menos aún por las comisiones que pretende la actora por bono inventario y bono meta. Sin que implicase aceptación alguna, señaló que la demandante pretende reclamar como descansos y feriados, días que se encuentran incluidos y que fueron pagados a la actora durante el disfrute de vacaciones y reposo.

Niega la diferencia por prestación de antigüedad, por cuanto la actora pretende que se recalculen los pagos mensuales equivalentes a cinco (5) días de salario, siendo que se insiste que los únicos pagos que se debían tomar en cuenta eran el salario básico, las comisiones equivalentes al 0,3% o 0,7% y el 0,2% o 0,3% por bono estímulo, que constan en los recibos de nómina, así como los domingos y recargos trabajados, horas extras, bono nocturno y las alícuotas de bono vacacional y utilidades, ésta última en base a cuarenta y cinco (45) días por año y no en base a sesenta (60) días como pretende la actora. Agrega que de las documentales denominadas “*Finiquito por Culminación de Relación de Trabajo*”, se desprende el pago de 280 días por concepto de antigüedad depositados en el fideicomiso de prestaciones sociales del Banco Provincial, asimismo, se evidencia el pago de siete (7) días, de conformidad con lo previsto en el artículo 108, parágrafo primero de la Ley Orgánica del Trabajo (1997). Por otra parte, indica que para el pago de la prestación de antigüedad, debe deducirse y no incluirse, el 20% de salario el cual sería de eficacia atípica, tal y como se desprende de la documental consignada por la actora marcada “S”.

Finalmente, rechaza las supuestas diferencias en el pago de las vacaciones, bono vacacional y utilidades, por cuanto fueron calculados a salario normal y niega que para el pago de utilidades sean sesenta (60) días por año como pretende la actora, sino debe ser con base a cuarenta y cinco (45) días por año. Agrega que no debe incluirse el 20% de salario de eficacia atípica.

Expuestos los alegatos, se tiene como admitida la relación laboral, la fecha de ingreso (7 de mayo de 2004) y de finalización (25 de mayo 2009), el motivo de terminación del vínculo, esto es, por renuncia de la trabajadora, y los salarios básicos mensuales percibidos durante la relación de trabajo, además de las percepciones por concepto de comisión y bono estímulo.

Asimismo, la jornada de trabajo establecida por la demandante, en su escrito libelar, de miércoles a lunes, teniendo como descanso los martes, en el horario de 10:00 a.m. hasta las 7:00 p.m., debe tenerse como admitida, toda vez que la misma no fue negada expresamente por la parte accionada, en su escrito de contestación.

                   Conteste con lo previsto en los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el régimen de distribución de la carga probatoria en materia laboral, se fijará de acuerdo con la forma en que el accionado dé contestación a la demanda.

                  El artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dispone que la carga de la prueba corresponda a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga alegando nuevos hechos. No obstante, cuando se han alegado condiciones y acreencias distintas o en exceso de las legales, como un preaviso en monto equivalente a cuatro o seis meses de salario, o especiales, circunstancias de hecho como horas extras o días feriados trabajados, pues, a la negación de su procedencia y/u ocurrencia en el mundo de lo convenido o llevado a cabo no hay, salvo algún caso especial, otra fundamentación que dar; siendo necesario analizar y exponer las demostraciones y razones de hecho y de derecho conforme a las cuales sean o no procedentes los conceptos y montos correspondientes.

Siendo así la controversia se circunscribe a determinar la procedencia o no de las diferencias por salario mínimo, en virtud a que se alegó que la parte fija (salario básico) pagada a la trabajadora fue inferior a la establecida por el Ejecutivo Nacional; la procedencia o no de lo reclamado por salarios retenidos, derivados de las comisiones por inventario y por bono meta; la procedencia o no de los días de descanso y feriados, con base a la parte variable de salario (comisiones); la existencia o no de un salario de eficacia atípica; y, la procedencia o no de las diferencias por prestaciones sociales, vacaciones, bono vacacional y utilidades.

                   Establecidos como han quedado los términos del contradictorio, esta Sala pasa a analizar las pruebas promovidas y evacuadas, a los fines de establecer cuáles de los alegatos han sido demostrados.

**ANÁLISIS PROBATORIO**

**Pruebas de la parte demandante**

Marcada con la letra “A”, inserta al folio 2 del cuaderno de recaudos, copia fotostática de planilla denominada “*FINIQUITO POR CULMINACIÓN DE RELACIÓN DE TRABAJO*”, promovida también por la parte demandada en original, razón por la cual esta Sala le confiere pleno valor probatorio, de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, demostrativa de los conceptos laborales pagados por la empresa a la accionante, al término de la relación de trabajo.

Marcada con la letra  “B”, cursante al folio 3 del cuaderno de recaudos, copia fotostática de cheque emitido por la empresa “*Representaciones Venuscol”*, por la cantidad de mil novecientos ochenta y cinco bolívares con sesenta y cuatro céntimos (Bs. 1.985,64), a favor de la ciudadana Mayra Alejandra Añanguren Peláez, el cual, al no ser impugnado por la parte a quien se le opone, se le confiere pleno valor probatorio, de conformidad con los artículo 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De esta instrumental, se evidencia el pago de los conceptos laborales señalados en el finiquito por culminación de la relación de trabajo, mediante cheque N° 21004185, de 30 de junio de 2009.

Insertas a los folios 4 y 5 del cuaderno de recaudos, consignó dos (2) constancias de trabajo de 5 de agosto y 19 de junio, ambas de 2008, las cuales, al no ser desconocidas por la parte a quien se les fue opuesta, esta Sala les confiere pleno valor probatorio, de conformidad con los artículo 10 y 86 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sin embargo, no aportan elementos para la resolución de la controversia, toda vez que la relación laboral y la fecha de ingreso, resultaron hechos no controvertidos y en cuanto al salario promedio mensual devengado por la trabajadora que se refleja en cada una de las constancias, esta Sala no puede determinar cuáles son sus elementos integradores.

Cursa a los folios 6, 7 y 8 del cuaderno de recaudos, originales de planillas de Registro de Asegurado ante el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, Participación de Retiro del Trabajador y Constancia de Trabajo para el I.V.S.S., respectivamente, a las cuales esta Sala confiere valor probatorio, de conformidad con el artículo 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al tratarse de documentos públicos administrativos que, al no ser impugnados, gozan de presunción de veracidad y legitimidad, sin embargo, no aportan elementos para la resolución de la presente controversia.

Marcadas con las letras “D”, “E”, “F”, “G” y “H”, insertas a los folios 9 al 13 del cuaderno de recaudos, instrumentos privados emanados de tercero (Banco Mercantil), los cuales, al no ser ratificados en juicio, carecen de eficacia probatoria, de conformidad con el artículo 79 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Cursantes a los folios 14 al 115 del cuaderno de recaudos, fueron recibos de pago, cuya exhibición también fue solicitada a la parte demandada. Estos documentos no fueron impugnados por la accionada, por el contrario, los reconoció como copias exactas de los que ella posee, razón la cual esta Sala les otorga valor probatorio. De dichas documentales, se derivan cuáles eran las percepciones salariales efectivamente recibidas por la demandante, en cada uno de los períodos especificados, tales como: sueldo básico, horas extras, domingo o feriado, comisiones, bono estímulo, utilidades, descanso trabajado, vacaciones, bono vacacional, entre otros.

Marcado con la letra “S”, documental que cursa al folio 116 del cuaderno de recaudos, denominada “*SALARIO INTEGRAL DE GERENTES*”, de 12 de septiembre de 2006, dirigida a la accionante y suscrita por la ciudadana Scarlet Contreras, Jefe de Recursos Humanos de la accionada, que al no haber sido desconocida, esta Sala le confiere pleno valor probatorio, de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De la misma se evidencia que la empresa informó a la accionante el salario integral que percibiría por la prestación de sus servicios, conformado por “*salario básico y comisiones sobre la venta*”, discriminados así: noventa mil bolívares (Bs. 90.000,00), en cada quincena, además del 0,7% por concepto de comisión y el 0,3% por concepto de bono estímulo. Asimismo, demuestra que las partes convienen en que el 20% del salario citado, sería un salario de eficacia atípica y por lo tanto no se incluiría para el cálculo de la prestación social por antigüedad, indemnizaciones (preaviso e indemnización por despido injustificado) y utilidades o participación en los beneficios de fin de año, de conformidad con el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), en su parágrafo primero, en concordancia con el artículo 51 de su Reglamento. Por otra parte, se indica que la empresa garantizaría a la trabajadora el salario mínimo nacional de Ley vigente, en el caso de no cubrirlo con los ingresos percibidos en el mes por concepto de salario básico y comisiones.

Cursante a los folios 117 al 124 del cuaderno de recaudos, copia fotostática de acta de inspección levantada por la Unidad de Supervisión del Trabajo y de la Seguridad Social e Industrial, adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, de 21 de mayo de 2009, efectuada en la tienda “*ARMI*”, propiedad de la demandada, ubicada en el centro comercial Unicentro El Marqués, nivel Sanz, local 250-D, avenida Francisco de Miranda, Municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda, que es valorada por esta Sala, de conformidad con el artículo 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al tratarse de un documento público administrativo que al no ser impugnado, goza de presunción de veracidad y legitimidad. Por medio de la misma, se hizo constar que la demandada no cumple con el pago del salario mínimo establecido por el Ejecutivo Nacional, no paga los días de descanso y feriados (no trabajados), entre otros.

Promovió documentales contentivas de estados de cuentas y movimientos de cuentas de ahorro del Banco Mercantil, que cursan a los folios 127 al 181 del cuaderno de recaudos, carentes de eficacia probatoria, al tratarse de documentos emanados de terceros no ratificados en juicio, de conformidad con el artículo 79 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Corren insertos a los folios 182 al 187 del cuaderno de recaudos, auto de 28 de enero de 2009, dictado por la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, escrito de solicitud de autorización para laborar los días domingos y feriados realizado por la Jefe de Recursos Humanos de la demandada, presentado ante dicha Inspectoría del Trabajo y certificado de registro, las cuales, al no haber sido impugnadas, esta Sala les confiere pleno valor probatorio, sin embargo, nada aportan a la resolución de la controversia.

Documentales que cursan a los folios 188 al 194, contentivas de estados de cuentas, las cuales carecen de sello, firma, logo, por lo que no se puede identificar de quién emanan, razón por la que se le resta valor probatorio.

Solicitó la exhibición de las siguientes documentales:

Finiquito por culminación de la relación de trabajo, cuyo original fue promovido por la parte demandada y analizado en acápites anteriores.

Acta de inspección levantada por la Unidad de Supervisión del Trabajo y de la Seguridad Social e Industrial, adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, el cual ya fue objeto de valoración por parte de esta Sala y la demandada reconoció como fidedigna la copia consignada por la actora.

Recibos de pago de salarios, cuyas copias fueron presentados por la parte actora, los cuales ya fueron objeto de valoración por parte de esta Sala y la demandada los reconoció como fidedignos.

Auto de 28 de enero de 2009, emanado de la Inspectoría del Trabajo del Este del Área Metropolitana de Caracas, el cual ya fue objeto de valoración y la demandada reconoció como fidedigna la copia consignada por la actora.

Carteles de horario de trabajo, exigidos por la Inspectoría del Trabajo, conforme a la Ley Orgánica del Trabajo (1997), presentados y aprobados en los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009. Estos documentos no fueron exhibidos, sin embargo, nada aportan a la resolución de la controversia, por encontrarse admitidos la jornada de trabajo y el horario alegado por la actora, en su escrito libelar, al no haber efectuado la demandada una negativa expresa sobre dichos alegatos, en la oportunidad de la contestación de la demanda.

Comunicación de 12 de septiembre de 2006 que cursa al folio 116 del cuaderno de recaudo, la cual ya fue objeto de valoración y la demandada reconoció como fidedigna la copia consignada por la actora.

Comunicación inserta a los folios 125 y 126 del cuaderno de recaudos. Dicha documental fue impugnada por la parte accionada, por no emanar de ella y por cuanto no tiene firma, ni emitente, en consecuencia, esta Sala le resta valor probatorio, por cuanto, en efecto, carece de firma y la parte promovente no aportó medio de prueba demostrativa de la presunción de que dicho instrumento se halla en poder de su adversario.

Liquidaciones de las vacaciones correspondientes a los períodos 2004-2005, 2005-2006, 2006-2007, 2007-2008 y 2008-2009, en cuya oportunidad de exhibición, la parte demandada adujo que las mismas estaban incorporadas en el expediente, recaudos probatorios que fueron rechazados por la parte actora, con excepción a la documental cursante al folio 100. En tal sentido, esta Sala le otorga pleno valor probatorio a la documental inserta al folio 100, al haber sido reconocida por la parte demandante y con relación a las restantes documentales solicitadas producidos por la demandada en la oportunidad de promoción de pruebas, serán analizadas cuando se examinen las pruebas de la mencionada parte.

Liquidaciones de utilidades correspondientes a los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009. Estos instrumentos fueron producidos por la parte demandada en la oportunidad de promoción de pruebas, por ello se analizarán cuando se examinen sus pruebas.

Informes al Banco Mercantil, cursantes a los folios 108 al 118 de la pieza principal, razón por la cual esta Sala les otorga pleno valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sin embargo, nada aportan a la resolución de la controversia.

Informes al Banco Provincial, cursantes a los folios 120 al 122 de la pieza principal, razón por la cual esta Sala les otorga pleno valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; demostrativos de los aportes efectuados por la empresa en el fideicomiso de la trabajadora, los anticipos solicitados y las cantidades correspondientes al pago de los intereses generados desde la fecha de apertura  (03/11/2004) hasta su liquidación (14/07/2009).

Informes a Corp Banca, cursantes a los folios 129 y 130 de la pieza principal, razón por la cual esta Sala les otorga pleno valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; demostrativas del cobro de cheque N° 21004185 girado a favor de la actora, con motivo del pago de los conceptos laborales señalados en el finiquito por culminación de la relación de trabajo, conclusión que se extrae luego de efectuarse un estudio adminiculado de las pruebas, con especial correspondencia a las cursantes a los folios 2 y 3 de la pieza de recaudos (finiquito y copia fotostática de cheque).

Informes al Banco Exterior, cursantes a los folios 90 al 104 de la pieza principal, razón por la cual esta Sala les otorga pleno valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sin embargo, nada aportan a la resolución de la controversia.

Testimonial del ciudadano Douglas González, la cual no fue evacuada en la oportunidad legal, motivo por el que no hay deposiciones que valorar.

Testimoniales de los ciudadanos Zurima Puello y Alcides Landaeta, cuyas declaraciones se analizan a continuación:

La ciudadana Zurima Puello, en su declaración a las preguntas y repreguntas expuso lo siguiente:

¿Diga si conoce de vista, trato y comunicación a la ciudadana Mayra Alejandra Añanguren Pelaez? Respondió: Si, ella fue mi gerente en Pronto. ¿En qué fecha usted prestó servicio en Pronto? Respondió: en el 2006. ¿Cuando señala que es Pronto, es una de las compañías o firmas que trabaja Representaciones Venuscol? Respondió: Si la que tiene en El Recreo. ¿Cuál era el cargo que usted desempeñaba en la tienda Pronto, de Representaciones Venuscol? Respondió: Vendedora. ¿Cómo era su salario? Respondió: era un sueldo básico, nosotros ganábamos por comisión por meta e inventario. ¿Además de ese salario básico y salario variable, cuáles son los componentes del salario? Respondió: por lo menos en los recibos no aparecían las comisiones de meta e inventario, eso lo que hacían era enviarnos unas hojas, la llenaban a mano con el dinero envuelto, si el vendedor estaba lo pagaban, si no a veces no se recibía. Usted habla del caso suyo en particular, ¿tiene conocimiento si los Gerentes ganaban un salario por inventario y por bono meta? Respondió: Si ellos ganaban casi igual que nosotros, si la tienda cumplía la meta nos pagaban el bono meta y cuando hacían inventario a todos nos descontaban igualito. ¿Cuándo dice descontar, es porque tenían derecho a percibir un salario por inventario? Respondió: Yo digo que si, por cuanto nosotros todo el mes luchando vendiendo y cuidando la tienda y cuando hacían el inventario y se perdía algo nos descontaban a nosotros. ¿Si había pérdidas, no le pagaban el inventario? Respondió: Si había pérdida no nos pagaban el inventario. ¿Sabe cuál era el porcentaje que ganaba por esas comisiones por inventario, la ciudadana Mayra Alejandra Añanguren? Respondió: Si creo que era 0,6% de inventario y 0,5% por meta. ¿Ha presentado usted algún tipo de reclamo contra la empresa Venuscol? Respondió: No.

A las repreguntas del apoderado judicial de la demandada respondió: ¿En qué fecha prestó servicio, en la tienda del Recreo. Respondió: yo empecé a trabajar en diciembre de 2006 y no me fui, sino que me hicieron renunciar, hasta el 2008, ya iba a cumplir 2 años. Entendí que sólo laboró en el 2006? Respondió: No, 2006 hasta el 2008. ¿Cómo le consta a usted, cuál era el salario, los ingresos, de la señora Añanguren? Respondió: No sabía cuál era el ingreso, a todos nos pasaban una hoja de lo que nos tenían que cancelar a cada quien y si no lo pasaban por la computadora. ¿Usted en alguno momento tuvo acceso a un documento donde dijera lo que iba a ganar la señora Añanguren, mientras prestó servicio a Venuscol. Respondió: No, porque ella a veces se descuidaba y nosotros lo veíamos por la computadora. El apoderado de la demandada a este respuesta dijo que ello le traía confusión porque primero dijo que era una hoja y ahora por computadora. La testigo aclara y dijo que primero lo enviaban por computadora y luego lo enviaban en una hoja aparte, venía el auditor y entregaba los reales y si no lo depositaban en la cuenta de la gerente y ella nos pagaba y si el vendedor no estaba en ese momento y si se había retirado se lo devolvían a la empresa y si no estaban igual, reclamaban muchas veces pero no se lo pagaban. ¿Es decir no era un pago seguro y permanente, como era el salario básico que percibían todas las quincenas? Respondió: No, por cuanto si la gente robaba, no lo pagaban. ¿Y eso que tiene que ver con lo que usted dice y el apoderado de la actora? Respondió: tiene que ver que si nosotros no hacíamos meta, no lo cobrábamos, y cuando hacíamos inventario, así no hiciéramos metas, ni nada igualito nos lo descontaban, y eso no estaba especificado en los vauchers. ¿Y de dónde se lo descontaban? Respondió: podía ser del salario y si hacíamos meta nos lo descontaban de las metas, y a veces no cobrábamos nada.

El ciudadano Alcides Landaeta, a las preguntas formuladas por el apoderado del actor contestó: ¿Conoce de vista, trato y comunicación a la ciudadana Mayra Alejandra Añanguren? Respondió. Si. ¿Diga si trabajo para Representaciones Venuscol? Respondió: Si, trabaje en varias, en Pronto de Boleíta, en sucursal del Sambil. ¿En qué fecha prestó servicios para ellos? Respondió: en el año 2007, febrero y salí 2 de diciembre de 2008. ¿Usted puede decir como era el salario en el sitio donde laboraba, la forma como estaba constituido? Respondió: era un salario básico alrededor de Bs. 400, comisiones por ventas de 0,7% y 0,3 de incentivo. Además de eso percibía usted algún otro salario? Respondió: eran bonificaciones que se desprendían de las ventas del mes, habían bonificaciones, si se llegaba a la meta mensual que se fijara en la venta, y si el inventario cuadraba. ¿Conoce si la Gerente aquí presente de tienda, percibía un sistema de salario similar al que usted percibía? Respondió: Si, lo que pasa es que cambiaba el porcentaje, la de los vendedores era individual, la de los gerentes era general de lo que hacían en la tienda. ¿Y conoce esos porcentajes que generaba la gerente Mayra Alejandra Añanguren Pelaez? Respondió: de la gerente no, sabía los míos, mas no de los gerentes. ¿Pero en cuanto a ese porcentaje o comisiones era igual para todos los trabajadores incluyendo los gerentes? Respondió: No, no era igual. El apoderado reformula la pregunta: se que no era igual el porcentaje, pero, ¿si había un pago de las comisiones por las ventas, estímulo? Respondió: Si, exactamente, independientemente del cargo que tuviéramos todos percibíamos esas comisiones. ¿Puede explicar cómo era el pago de las comisiones por inventario? Respondió: se pagaban personalmente, en efectivo, por auditores que hacían el inventario en las tiendas, luego que se entregaban muy tardío el resultado del inventario, los auditores iban personalmente a pagarlos en efectivo en las tiendas y cancelaban allí si tocaba el pago por inventario o meta. ¿Cuando dice que se lo pagaban en efectivo, quiere decir que no estaba reflejado en los recibos? Respondió: No, porque era únicamente firmado en una hoja, en donde estaba la cantidad que nos estaban entregando, lo que nos tocaba. ¿y cómo era pactado ese porcentaje de comisiones por inventario y meta, era por computadora, por fax, o cartel de la compañía? Respondió: No, era personal. ¿A usted le llegaron a pagar el bono inventario? Respondió: Si, a veces me lo pagaron. ¿Y las veces que no se lo pagaron, es porque había pérdidas en la compañía? Respondió: habían faltantes en el inventario de la tienda. ¿Eso era por cuanto ustedes los trabajadores asumían lo que sustraían los clientes? Respondió: Clientes y no clientes. ¿Se lo pagaban en una cuenta particular o en efectivo? Respondió: en principio era en efectivo, pero luego como se tardaban mucho, se decidió pagar por una tarjeta de débito plata de una cuenta que aperturaron, pero igualmente era muy tardío el pago de las pocas veces que lo cobre por allí. ¿Podemos concluir que esas comisiones nunca se reflejaron en los recibos de pago? Respondió: yo personalmente firme un documento donde decía que era lo que iba recibir, pero los pagos nunca se reflejaban en los recibos, allí se reflejaba el salario básico y la comisión por venta.

A las repreguntas, del apoderado judicial de la parte demandada expuso: ¿Usted reconoce que le hacían unos pagos en efectivo? Respondió: Si, recibí dinero en efectivo, siempre o la mayoría del tiempo, recibí el pago en efectivo y luego con una tarjeta. ¿Usted me dice que trabajo en Boleíta y el Sambil, la demandante nunca trabajo en esa tienda con usted? Respondió: No, conmigo no trabajó. ¿Alguna vez usted vio algún un documento de Venuscol, donde le dijeran a la actora cuáles iban a ser sus ingresos? Respondió: En ningún momento tuve ese contacto. ¿De lo que usted declara, es sobre su situación personal como empleado, pero usted no puede dar fe de lo que pasaba con la señora Añanguren? Respondió: exactamente, no puedo dar fe, solo que trabajamos para la misma empresa.

Respecto a la declaración de los testigos, esta Sala les otorga valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Los mismos fueron contestes en afirmar que la demandante devengaba un salario variable, hecho no controvertido. En cuanto a los llamados bonos por meta y por inventario, afirman que eran pagados en efectivo, inicialmente, y luego mediante una tarjeta bono llamada plata, que eran descontados del salario cuando se perdía o se robaban algo de la mercancía de la tienda y que no siempre se los pagaban bien sea por no alcanzarse las metas o por faltantes en el inventario, no se trataba de un pago seguro.

**Pruebas de la parte demandada**

Marcada con el número “1” al cuaderno de recaudos, original de “*FINIQUITO DE CULMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO*”, el cual ya fue analizado por esta Sala en párrafos precedentes, por lo que se reproduce la valoración ofrecida.

Marcado con el número “2” al cuaderno de recaudos, carta de renuncia de 2 de mayo de 2009, debidamente suscrita por la demandante, razón por la cual merece pleno valor probatorio, sin embargo, nada aporta a la resolución de la controversia, al no resultar controvertido el motivo de culminación de la relación de trabajo.

Marcados con los números “3”, “5”, “6”, “8”, “9”, “11”, “12”, “14”, “15”, “17”, “19”, “21”, “24”, “26”, “28”, “29”, “31”, “33”, “34”, “36”, “38”, “40”, “41”, “43”, “45”, “46”, “51”, “52”, “54”, “56”, “57”, “59”, “60”, “62” y “64” al cuaderno de recaudos, recibos de pago quincenal suscritos por la demandante, los cuales, al no ser desconocidos, esta Sala les otorga pleno valor probatorio, de conformidad con los artículos 10 y 86 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De dichas documentales, se derivan cuáles eran las percepciones salariales efectivamente pagadas a la demandante, en cada uno de los períodos especificados, tales como: sueldo básico, domingo o feriado, comisiones, horas extras, bono estímulo, utilidades, vacaciones, entre otros.

En cuanto a las documentales marcadas con los números “4”, “7”, “10”, “13”, “16”, “18”, “20”, “22”, “23”, “25”, “27”, “30”, “32”, “35”, “37”, “39”, “42”, “44”, “47”, “48”, “49”, “50”, “53”, “55”, “58”, “61”, “63”, “65”, “66”, “67”, “68”, “69”, “70”, “71”, “72”, “73”, “74”, “75”, “76”, “77”, “78”, “79”, “80”, “81”, “82”, “83”, “84”, “85”, “86”, “87”, “88”, “89”, “90”, “91”, “92”, “93”, “94”, “95”, “96”, “97”, “98”, “103” y “104” al cuaderno de recaudos, esta Sala no les confiere valor probatorio, en virtud que no se encuentran suscritos por la parte a quien les fue opuestas.

Marcadas con los números “99” y “101” al cuaderno de recaudos, planillas de liquidación de vacaciones, suscritas por la demandante, las cuales, al no ser desconocidas, esta Sala les otorga pleno valor probatorio, de conformidad con los artículos 10 y 86 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De dichas documentales, se derivan los montos pagados a la accionante por dicho concepto, correspondiente a los períodos 2004-2005 y 2005-2006. En cuanto a la documental marcada con el número “100”, la cual ya fue valorada en acápites anteriores, se extraen las percepciones salariales efectivamente pagadas a la demandante, en el período especificado.

Marcada con el número “102” al cuaderno de recaudos copia fotostática de liquidación de vacaciones, fue impugnada por la actora, razón por la cual esta Sala le resta valor probatorio, al no haberse constatado su autenticidad con auxilio de otro medio probatorio, de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Copias fotostáticas marcadas con los números “105” y “106” al cuaderno de recaudos, contentivas de certificados de incapacidad emanados del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, a las cuales esta Sala les confiere valor probatorio de conformidad con el artículo 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por tratarse de documentos públicos administrativos que, al no ser impugnados, gozan de presunción de veracidad y legitimidad. De las mismas, se evidencia que la demandante estuvo de reposo médico prescrito por dicho organismo, durante los períodos del 29 de abril de 2009 al 13 de mayo de 2009 y del 11 de febrero de 2008 al 16 de junio de 2008.

En copia fotostática, instrumental marcada con el número “107” al cuaderno de recaudos, contentiva de contrato de fideicomiso, suscrito entre la demandada y el Banco Provincial, debidamente autenticado por ante la Notaría Pública Vigésima Novena del Municipio Libertador del Distrito Capital, a la cual esta Sala le otorga pleno valor probatorio, de conformidad con los artículos 10 y 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sin embargo, nada aporta a la resolución de la controversia.

Insertos a los folios 310 y 311 del cuaderno de recaudos, instrumentos privados emanados de tercero (Banco Provincial), los cuales, al no ser ratificados en juicio, carecen de eficacia probatoria, de conformidad con el artículo 79 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcada con el número “109” del cuaderno de recaudos, documental suscrita por la demandante, en donde declara que a partir del 1º de agosto de 2004, el salario que devengaría, estaría integrado de la siguiente manera: salario básico ciento ochenta bolívares (Bs. 180,00), más el 0,3% de comisión mensual sobre la ventas brutas de la tienda a la que estaba asignada, la cual, al no haber sido desconocida, esta Sala le confiere valor probatorio, de conformidad con los artículos 10 y 86 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcadas con los números “110” y “111” del cuaderno de recaudos, instrumentales contentivas de comprobante de cheque y hoja descriptiva del pago por diferencia de horas extras, suscritas por la actora, por lo que al no ser desconocidas por la parte a quien le fue opuesta, merecen pleno valor probatorio, de conformidad con los artículos 10 y 86 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, demostrativas del pago por concepto de diferencias por horas extras y utilidades, el 11 de septiembre de 2009, por la cantidad de trece mil ciento setenta y siete bolívares con cincuenta y dos céntimos (Bs. 13.177,52).

Testimoniales de los ciudadanos Anyelyn Laline Lozada Rodríguez, Julián Josefina Tovar Díaz y Gixy Johana González Valiente, las cuales no fueron evacuadas en la oportunidad legal, razón por la cual esta Sala no tiene deposiciones que analizar.

En cuanto a los informes solicitados al Banco Provincial y al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, la Sala observa que en el acta levantada el 8 de diciembre de 2010, con motivo de la celebración de la audiencia de juicio, se dejó constancia del desistimiento por parte de la demandada, motivo por el cual no hay material probatorio que analizar.

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

**Diferencias por salario mínimo:**

En el presente caso, quedó establecido que el salario percibido por la demandante estaba compuesto por una parte base y otra variable (comisiones), aduciendo que la porción base (salario básico) fue inferior a la establecida por el Ejecutivo Nacional.

La demandada reconoció los salarios básicos percibidos por la demandante, sin embargo, negó que deba pagarle diferencia alguna por tal motivo, ya que en todo momento le garantizó el pago del salario mínimo obligatorio, según se desprende de la documental marcada con la letra “S”, inserta al folio 116 del cuaderno de recaudos que, en su parte *in fine,* reza lo siguiente: “(…) *DE IGUAL MANERA LA EMPRESA GARANTIZA AL TRABAJADOR EL SALARIO MINIMO (sic) NACIONAL DE LEY VIGENTE EN EL CASO DE NO CUBRIRLO CON LOS INGRESOS PERCIBIDOS EN EL MES POR CONCEPTO DE SALARIO BASICO (sic) Y COMISIONES*”, a la cual se le otorgó pleno valor probatorio.

                  El artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), dispone lo siguiente:

**Artículo 129.** El salario se estipulará libremente, pero en ningún caso podrá ser menor que el fijado como mínimo por la autoridad competente y conforme a lo prescrito por la Ley.

Por su parte, el artículo 139 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), establece la posibilidad de estipular el salario por unidad de tiempo, por unidad de obra, por pieza o a destajo o por tarea; debiendo el patrono hacer constar el modo de calcularlo, cuando se hubiere pactado por unidad de obra, por pieza o a destajo, por tarea o a comisión, modalidades estas de salario variable.

En el caso bajo estudio, ambas partes están de acuerdo que el salario que la demandante percibió estaba conformado por una porción base (salario básico) y comisiones, siendo esta la parte variable del total de la remuneración devengada durante la relación, lo que implica que se trataba de un salario mixto.

Habiendo sido pactado libremente por las partes el salario en una porción base (salario básico) y otra, conformada por comisiones; y demostrado como fue que la demandada se comprometió a garantizar a la trabajadora el salario mínimo nacional de Ley vigente, en el caso de no cubrirlo con los ingresos percibidos en el mes por concepto de salario básico y comisiones, mediante la documental  marcada “S” (folio 116 del cuaderno de recaudos) a la cual se le confirió pleno valor probatorio, se concluye que la demandada obró ajustada a la previsión contenida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), que no permite la fijación de un salario inferior al fijado como mínimo por la autoridad competente, sin distinción de la clase de salario de que se trate. Así se declara.

En el caso concreto, de los recibos de pago cursantes a los folios 14 al 115 del cuaderno de recaudos, a los cuales se les otorgó pleno valor probatorio, esta Sala constató que el salario efectivamente pagado a la demandante por la accionada, estuvo compuesto además de la parte básica, por las comisiones derivadas de las ventas y el bono estímulo, el cual, durante la relación de trabajo, en ningún momento fue inferior al salario mínimo obligatorio, fijado en cada período por el Ejecutivo Nacional, en observancia a la norma contenida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997). Así se declara.

No pasa inadvertido para esta Sala significar que, cuando se esté en presencia de un salario mixto, el empleador –*sea de carácter público o privado*- debe garantizar que en ningún caso, el trabajador o trabajadora perciba un salario inferior al fijado como mínimo por la autoridad competente,  en atención al derecho que tienen todos los trabajadores y trabajadoras a devengar un salario mínimo vital, -*artículo 91 constitucional*-, con independencia de la clase de salario que las partes libremente hayan acordado.

En virtud de las consideraciones expuestas, no prospera el pedimento por diferencias de salario mínimo. Así se declara.

**Salarios retenidos productos de las comisiones por inventario y por bono meta:**

                  En relación con la porción variable del salario (comisiones), la actora alegó que devengaba comisiones del 2,10% sobre el monto de las ventas de la tienda, discriminadas de la manera siguiente: 0,7% por comisiones por ventas, 0,3% por bono estímulo, 0,5% por inventario y 0,6% por bono meta. Por su parte, la demandada afirmó que las únicas comisiones pactadas, fueron las correspondientes por ventas y por bono estímulo, negando rotundamente que se hayan pactado las comisiones por “*inventario*” y por “*bono meta*”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos; se debe concluir que, en el caso de autos, al haber negado la parte demandada pacto alguno con respecto a las comisiones denominadas por “*inventario*” y por “*bono meta*”, correspondía a la accionante probar el hecho por ella esgrimido.

                  Delimitado en estos términos el debate entre las partes, debe concluirse que la parte demandante, no demostró por ningún medio probatorio que la demandada haya pagado o quedado obligada a pagarle a la accionante las comisiones denominadas por “*inventario*” y por “*bono meta*”.

                  Por el contrario, del análisis probatorio efectuado en acápites anteriores, se logró demostrar a través de los recibos de pago que corren insertos en autos que el salario efectivamente pagado a la demandante por la accionada, estuvo compuesto además de la parte básica, por las comisiones derivadas de las ventas y el bono estímulo, no así por las comisiones denominadas por “*inventario*” y por “*bono meta*”.

                  Por otra parte, si bien de la declaración de los testigos, esta Sala extrajo que éstos afirmaron que las comisiones discutidas eran pagadas, al mismo tiempo señalaron que eran descontadas del salario de los trabajadores, “*cuando se perdía o se robaban algo de la mercancía de la tienda*” y que no siempre se las pagaban, bien sea por no alcanzarse las metas o por faltantes en el inventario, razón por la cual, a partir de dichas deposiciones no se puede definir si esos pagos que se mencionan, se trataban de activos que se incorporaban al patrimonio y del cual tenían derecho a disponer los trabajadores; si se trataba de una remuneración segura o más bien discrecional, si para su otorgamiento se dependía o no del cumplimiento de objetivos y metas, entre otras, para poder así determinar el derecho que tenía la accionante de percibir tales percepciones.

                   En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala declara improcedente lo peticionado por la accionante con fundamento en las denominadas comisiones por “*inventario*” y por “*bono meta*”. Así se declara.

                   **De los días de descanso y feriados reclamados con base a la parte variable de salario (comisiones)**:

Como se estableció en el punto anterior, la demandante devengaba un salario mixto, compuesto por una porción base y por otra variable, la cual según se determinó estaba constituida solamente por las comisiones sobre las ventas y las comisiones denominadas “*bono estímulo*”.

La accionante reclamó, en su escrito libelar, la incidencia de las diferentes comisiones en el pago de los días de descanso y feriados, pretensión rechazada por la parte accionada, quien negó deuda alguna por concepto de días de descanso y feriados no pagados, con base a la incidencia de las comisiones, incluso en su contestación señaló *“menos aún con las supuestas comisiones que pretende la actora por ‘bono inventario’, ‘bono meta’ y ‘otras comisiones’ la actora pretende reclamar como días de descansos y feriados”*.

                  Al no haber logrado acreditar la demandante la percepción de las comisiones denominadas por “*inventario*” y por “*bono meta*”, negadas por la demandada, no prosperan las incidencias por días de descanso y feriados demandadas. Así se declara.

**Salario de eficacia atípica:**

En relación con el salario de eficacia atípica, el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), en su parágrafo primero, establece:

(*Omissis*)

**Parágrafo primero:** Los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial. Las convenciones colectivas y, en las empresas donde no hubiere trabajadores sindicalizados, los acuerdos colectivos, o los contratos individuales de trabajo podrán establecer que hasta un veinte por ciento (20%) del salario se excluya de la base de cálculo de los beneficios, prestaciones o indemnizaciones que surjan de la relación de trabajo, fuere legal o convencional. El salario mínimo deberá ser considerado en su totalidad como base de cálculo de dichos beneficios, prestaciones o indemnizaciones.

Del análisis de esta norma, conjuntamente con el artículo 51 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, se desprende la posibilidad de excluir hasta un 20% por ciento del salario de la base de cálculo de los beneficios, prestaciones o indemnizaciones que surjan de la relación de trabajo, siempre que se haya pactado en la convención colectiva y, en caso de trabajadores no sindicalizados, en los acuerdos colectivos o contratos individuales de trabajo.

Esta exclusión debe respetar en su integridad el salario mínimo nacional y en aquellos trabajadores que devenguen un salario superior al mínimo, se debe respetar el salario percibido para la fecha en que se acuerde la exclusión, de tal manera que la misma se haga sobre un aumento de salario, bien en la oportunidad de acordarla o posterior, en cuyo momento es que se puede aplicar la exclusión por el denominado salario de eficacia atípica, pues, lo contrario implicaría inobservancia de los principios de irrenunciabilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores, protegidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la legislación del trabajo.

En el caso concreto, alegó la demandada que según documental inserta al folio 116 de la pieza de recaudos, marcada con la letra “S”, debe deducirse y no incluirse el 20% de salario, para el cálculo de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales. Efectivamente, de la instrumental referida se desprende que en el transcurso de la relación de trabajo, esto es, el 12 de septiembre de 2006, las partes convinieron en que el 20% del salario sería considerado como de eficacia atípica y por lo tanto no se incluiría para el cálculo de la prestación por antigüedad, indemnizaciones y utilidades, empero, no se evidencia que dicho acuerdo se hubiese materializado a partir de un aumento salarial reconocido a la demandante en esa oportunidad o posterior a ella que impidiera una merma del salario que ya venía percibiendo, razón por la cual la prueba de la existencia del convenio para acoger la modalidad del salario de eficacia atípica no tiene validez. Así se declara.

Como consecuencia de la declaratoria de improcedencia de las pretensiones por concepto de diferencias de salario mínimo e incidencia de la parte variable del salario (comisiones) en los días de descanso y feriados, no prosperan las diferencias por prestaciones sociales y otros conceptos laborales –*vacaciones, bonificación especial para el disfrute de las vacaciones y participación en los beneficios*- accionadas. Así se declara.

En mérito de las consideraciones expuestas, se declara sin lugar la demanda. Así se decide.

**D E C I S I Ó N**

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la Ley declara: PRIMERO: **CON LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2011, por el Juzgado Noveno Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. SEGUNDO: **NULA** la decisión recurrida. TERCERO: **SIN LUGAR** la demanda.

No se condena en costas a la demandante, de conformidad con el artículo 64 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Trabajo arriba identificada, a los fines consiguientes. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen antes mencionado, todo de conformidad con el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social, del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los diecisiete (17) días del mes de diciembre de dos mil trece. Años: 203º de la Independencia y 154º de la Federación.

El Presidente de la Sala

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ

                 La Vicepresidenta,                                          Magistrado Ponente,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_       \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA        OCTAVIO JOSÉ SISCO RICCIARDI

Ma-

 gistrada,                                                                                      Magistrada,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_     \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

SONIA COROMOTO ARIAS PALACIOS       CARMEN ESTHER GÓMEZ CABRERA

El Secretario,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

MARCOS ENRIQUE PAREDES

**R.C.**. N° AA60-S-2011-0000500

**Nota**: Publicada en su fecha a

El Secretario,

Los Magistrados Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, Sonia Coromoto Arias Palacios, manifiestan su discrepancia con la decisión que antecede, por lo que proceden a salvar su voto, con base en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, diferimos con respecto a la resolución del fondo de la controversia efectuada por la mayoría sentenciadora, en cuanto al reclamo por diferencia de salario mínimo y su incidencia en las prestaciones sociales y otros conceptos laborales, para lo cual la accionante sostuvo que el salario percibido durante toda la relación de trabajo estuvo compuesto por una parte fija (básico) y otra variable (comisiones), siendo la porción básica inferior al salario mínimo obligatorio establecido por el Ejecutivo Nacional.

Sobre tal particular, se destaca que la parte demandada reconoció los salarios básicos percibidos por la trabajadora, sin embargo, negó que deba pagarle a la demandante diferencia alguna, ya que en todo momento garantizó el salario mínimo obligatorio, cuya demostración la procuró establecer por medio de documental inserta al folio 116 del cuaderno de recaudos, la cual, en su parte *in fine*, reza lo siguiente: *“(…) DE IGUAL MANERA LA EMPRESA GARANTIZA AL TRABAJADOR EL SALARIO MÍNIMO NACIONAL DE LEY VIGENTE EN EL CASO DE NO CUBRIRLO CON LOS INGRESOS PERCIBIDOS EN EL MES POR CONCEPTO DE SALARIO BÁSICO Y COMISIONES*”.

Con relación a lo anterior, en el fallo aprobado por la mayoría de los integrantes de la Sala, al conocer del mérito de la controversia, se estableció lo siguiente:

En el caso bajo estudio, ambas partes están de acuerdo que el salario que la demandante percibió estaba conformado por una porción base (salario básico) y comisiones, siendo esta la parte variable del total de la remuneración devengada durante la relación, lo que implica que se trataba de un salario mixto.

Habiendo sido pactado libremente por las partes el salario en una porción base (salario básico) y otra, conformada por comisiones; y demostrado como fue que la demandada se comprometió a garantizar a la trabajadora el salario mínimo nacional de Ley vigente, en el caso de no cubrirlo con los ingresos percibidos en el mes por concepto de salario básico y comisiones, mediante la documental marcada “S” (folio 116 del cuaderno de recaudos) a la cual se le confirió pleno valor probatorio, se concluye que la demandada obró ajustada a la previsión contenida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), que no permite la fijación de un salario inferior al fijado como mínimo por la autoridad competente, sin distinción de la clase de salario de que se trate. Así se declara.

Así las cosas, según el criterio que hasta la presente fecha ha mantenido la Sala de Casación Social, en sentencia Nº 1.438 del 1º de octubre de 2009, caso: *Carlos Eduardo Chirinos Castellanos contra Desarrollos Hotelco C.A.*, reiterado en decisiones Nros. 1.716 del 6 de noviembre de 2011 (caso: *José Farfán Rollincontra Ferre Herramientas Mex, C.A.*), 1.154 del 23 de octubre de 2012 (caso: *Joselyn Elena Vargas contra Representaciones Venuscol, C.A.)*, y 40 del 14 de marzo de 2013 (caso*: Diego José Ramírez Betancourt contra La Casa Agustín, C.A.)*, con relación a la interpretación del contenido y alcance del artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, en aquellos casos donde el trabajador percibe un salario mixto integrado por una parte fija y otra variable, se determinó que:

(…) el salario es definido como la remuneración, provecho o ventaja de cualquier nombre o método de cálculo, evaluable en efectivo, correspondiente al trabajador por los servicios prestados. En ese mismo orden, el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que el salario se estipulará libremente por las partes. De allí que se diga que el salario constituye el valor que de modo voluntario las partes convienen en atribuir al tiempo, cantidad, calidad y eficiencia de la labor a realizarse. De esta manera, las condiciones de trabajo particulares de la labor a realizar sirven a un tiempo para determinar las exigencias manuales e intelectuales del servicio a prestar, como de medida para justipreciar la compensación equivalente que debe corresponderle.

De esta definición del salario, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han extraído, entre otras, las siguientes características: es estipulado libremente por las partes; es una prestación inmediata o directa por constituir percepciones del trabajador pagadas a costa del patrimonio del empleador para retribuir el servicio recibido; es una prestación cierta y segura, no sujeta a ninguna contingencia que pueda afectar la existencia de la retribución y su exigibilidad inmediata.

Sin embargo, no todas las percepciones integradoras del salario son estipuladas libremente por las partes, ni son pagadas a costa del patrimonio del empleador, como tampoco son ciertas y seguras; pues estas características confluyen solamente en una porción básica, la cual es complementada con percepciones unas veces de carácter variable, eventual y aleatorio, como es el pago de comisiones, horas extras, etc.; otras veces no poseen la cualidad ordinaria del salario que es el pago de la remuneración a costa del patrimonio del empleador, pero son consideradas salario por el legislador, como es el recargo de un porcentaje sobre el consumo en los locales en que se acostumbra cobrar al cliente por el servicio, y las propinas.

De manera que, no todas las ventajas consideradas salario son en rigor retribución del trabajo, por ser sumas eventuales, no ciertas ni determinables de antemano, sino formas o modos de determinarla; por ello resulta, si no imposible cuando menos muy difícil, que las partes puedan estipular de antemano la totalidad de la suma a percibir por el trabajador considerando todos los elementos que integran el salario, por lo que esta Sala considera que solamente una porción básica de éste puede determinarse con antelación, resultando entonces que sólo en esa porción básica pueden precisarse las características a que antes se aludió.

Por tales razones, concluye la Sala que esa porción básica estipulada de antemano por las partes es la que no debe ser inferior al salario mínimo en los términos establecidos en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En el caso de autos, las partes estipularon el salario en una cantidad fija básica inferior al monto del salario mínimo, por lo que el demandante reclamó el pago de la diferencia de salario y su incidencia en la prestación de antigüedad. Sin embargo, el Sentenciador de alzada, en virtud de que el demandante percibía, además, una parte variable en razón de la distribución que del porcentaje sobre el consumo cobrado por el establecimiento a los clientes hace el empleador, y dado el carácter salarial que el legislador le otorga a esta percepción, declaró improcedente el reclamo por considerar que si estas percepciones alcanzan o coadyuvan a alcanzar el límite establecido como salario mínimo, deberá entenderse cumplida la obligación de pagarlo y sólo si no se alcanza ese límite mínimo es que quedaría obligado el empleador a complementar ese monto hasta alcanzar el mínimo.

Así las cosas, resulta obvio que el Juez de la recurrida infringió el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo al incluir, a los fines de alcanzar el límite mínimo, percepciones salariales que no reúnen las características de certeza, seguridad y correspondencia. (Subrayado añadido)

Como se aprecia de los pasajes ante transcritos, la Sala de Casación Social concluyó en esa oportunidad que solamente en una porción básica determinada con antelación, confluyen las características de certeza y seguridad que recaen sobre la definición de salario, razón por la cual dicha parte no debe ser inferior al salario mínimo en los términos establecidos en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En opinión de quienes suscriben, lo establecido en el criterio jurisprudencial aludido, el cual no acoge la mayoría sentenciadora en el fallo que impulsa el presente voto salvado, resulta acertado en mérito de las siguientes consideraciones:

El artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone:

Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.

De dicha norma constitucional, se extrae como premisa orientadora para el caso bajo análisis la suficiencia del salario que pretende garantizar a los trabajadores y a su núcleo familiar la satisfacción de sus necesidades básicas. Por tal motivo, el Estado a través del Ejecutivo Nacional, impone un salario mínimo vital que debe regir para todos los trabajadores. Así, aunque el salario pueda estipularse libremente por los sujetos de la relación laboral, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, éste no podrá ser inferior al fijado como mínimo (*ex* artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo).

Por su parte, el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo -*aplicable ratio temporis* al proceso en revisión, por vía del recurso de casación-, conceptualiza el salario bajo el siguiente tenor:

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

Entonces, bajo una acepción restringida, el salario se define como la remuneración, provecho o ventaja que el patrono entrega al trabajador por los servicios prestados.

Partiendo de esta definición del salario y teniendo en cuenta que éste procura la satisfacción de las necesidades básicas del trabajador y su familia que les permita tener una vida digna y decorosa, se hace preciso mencionar que el criterio jurisprudencial reflejado en acápites anteriores despliega alguna de sus características, las cuales, analizadas a partir de los principios protectores que garantizan dicho objetivo primordial en virtud de la naturaleza alimentaria de la prestación, se concluye que el salario debe constituir una percepción cierta y segura, no sujeta a contingencias que pueda afectar su existencia y exigibilidad.

En referencia a las características de la prestación salarial, cabe citar lo reseñado por la doctrina patria especializada en la materia, cuyo tenor se reproduce a continuación:

Además de la *disponibilidad patrimonial* de la prestación salarial, interesa destacar que las percepciones del carácter citado son siempre: a) *inmediatas o directas*, por constituir percepciones del trabajador pagadas por su patrono para retribuir la labor ejecutada; b) *proporcionales* al esfuerzo o rendimiento individual del empleado u obrero; c) desprovistas, al menos parcialmente, en una porción básica, de *álea*, esto es, *seguras*, no sujetas a ninguna contingencia que pueda afectar la existencia de la retribución y su exigibilidad inmediata; y d) *generales*, por representar ventajas o beneficios proyectados para toda una universalidad de personas en idénticas condiciones de eficiencia en el trabajo.

En otras palabras, y a modo de síntesis, el ingreso en dinero, o en especie, pero evaluable económicamente, formará parte integrante del salario cuando sea el resultado seguro, directo y proporcionado del esfuerzo individual realizado por el trabajador.

Mas, debe anotarse que no todos los elementos que integran el salario deben ser ciertos y seguros, pues a la porción básica, que sí requiere certeza, pueden y suelen complementarla elementos de carácter variable, eventual y aleatorio, como son el pago de horas extras, comisiones complementarias, participación en las utilidades etc.

Todos estos atributos doctrinarios se infieren de la expresión “por causa de la labor”, empleada por la Ley de 1966, equivalente a la utilizada por la Ley Orgánica del Trabajo: “que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios”. El salario es, en consecuencia, una prestación voluntaria, duradera, regular, correspondiente, segura, como el servicio a que el trabajador está obligado por el contrato o la relación de trabajo. (Alfonzo, Rafael. “*Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*”. Editorial Melvin. Caracas. 2000. p. 168)

En este orden de ideas, para efectos de la controversia bajo análisis, interesa definir lo que debe entenderse por *salario a* *comisión*.

En tal sentido, el autor Alfredo Montoya Meglar, conceptualiza la retribución por comisión como:

(…) es una forma de remuneración consistente en la participación personal en los beneficios derivados de una operación o negociación en la que ha mediado el trabajador, cualquiera que sea el tipo de mediación llevada a cabo: en ventas, compras, seguros, créditos, transportes, publicidad, apertura de cuenta corriente, etc. (“*Derecho del Trabajo*”. Trigésima Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 2009. p. 384.

Por su parte, en la obra de Derecho del Trabajo de Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia, referente a las comisiones, señala: “[e]*s claramente un tipo especial de salario por resultado, peculiar de trabajadores que median en operaciones o transacciones comerciales (vendedores, agentes comerciales, representantes) y calculado sobre el número y cuantía de aquéllas*”. (“*Derecho del* *Trabajo*”, Decimotercera Edición. Editorial Tecnos Madrid. 2004. p. 585).

De igual forma, el autor patrio Rafael Alfonzo Guzmán, en cuanto al salario a comisión expresa lo siguiente: “*Son cantidades, generalmente porcentuales, en relación con determinado negocio, que el trabajador recibe por haberlo facilitado*.” (“*Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana”*. Ediciones Libra. Caracas. 1988. p. 482.)

Bajo el esquema doctrinario que antecede, el *salario a comisión* se trata de una remuneración producto del resultado de una operación realizada por el trabajador, de lo cual se colige que su nacimiento se perfeccionará una vez se haya efectuado y/o pagado el negocio en el que éste hubiere mediado, por lo tanto ostenta un carácter variable, eventual y aleatorio, no determinable de antemano.

En razón de ello, a criterio de quienes suscriben, la comisión por sí sola, no posee el carácter de certeza y seguridad que recaen sobre la noción de salario así se hubiese pactado libremente por las partes, por lo que debe complementarse con una porción básica estipulada de antemano, que en ningún caso puede ser inferior al salario mínimo obligatorio, partiendo de la premisa inicial ponderada en esta disidencia, en la cual se considera que el salario debe ser una percepción suficiente entregada por el patrono con la finalidad de garantizar a los trabajadores y a su núcleo familiar la satisfacción de sus necesidades básicas.

En segundo lugar, disentimos de lo decidido por la mayoría sentenciadora al conocer el mérito de la controversia, puesto que es evidente que se apartan intempestivamente del criterio establecido en el fallo N.° 1.438 del 1º de octubre de 2009, citado en párrafos anteriores, con relación a la interpretación del contenido y alcance del artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, en aquellos casos en el que trabajador percibe un salario mixto integrado por una parte fija y otra variable, sin que fuera advertido en la decisión aprobada por la Sala y menos aún se efectúo una reflexión que señale en forma expresa los motivos que llevaron a mantener una postura diferente a la previamente asumida, de modo que se le permita entender a los justiciables la asunción del cambio jurisprudencial.

Ante tal proceder, resulta manifiesta la afectación del principio a la seguridad jurídica que produce la decisión objeto de estas disidencias, toda vez que “*la actividad jurisdiccional no puede ni debe convertirse en un ente anárquico, carente de toda racionalidad (moral, ética, política, social), sino que éste debe atender al establecimiento de sus propios límites y el cambio jurisprudencial, debe ser uno de ellos, siguiendo el principio de continuidad jurisprudencial críticamente evaluada*” (Sentencia N° 892 del 12 de julio de 2013, emanada de la Sala Constitucional).

Lo anteriormente puntualizado, se pone aun más de manifiesto al haber sido decidido por la Sala de Casación Social, en sentencia N° 1.154 del 23 de octubre de 2012 (caso: *Joselyn Elena Vargas contra Representaciones Venuscol, C.A.*), un caso totalmente análogo al de autos, soportado bajo el criterio mantenido en el aludido fallo N° 1.438 y en el que se declaró procedente la diferencia por salario mínimo. De manera que, la resolución distinta efectuada por la mayoría sentenciadora en el caso de autos, comprende un trato desigual respecto de quien obtuvo una decisión conforme al criterio que estaba vigente, que desde luego, además de lesionar su derecho a la igualdad, vulnera la confianza legítima y la expectativa plausible de la accionante e indefectiblemente la seguridad jurídica.

Respecto a estos principios, la Sala Constitucional de este alto Tribunal, se ha pronunciado reiteradamente y ha señalado lo siguiente:

(…) Juzga esta Sala, entonces, que el *thema decidendum* se circunscribe a la determinación de si el fallo objeto de la solicitud vulneró o no los derechos constitucionales a la igualdad y a la defensa de la peticionaria así como los principios jurídicos fundamentales de seguridad jurídica y confianza legítima, como consecuencia del supuesto cambio repentino de criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Civil, para lo cual es indispensable: i) el esclarecimiento de lo que debe entenderse por criterio jurisprudencial; ii) en qué casos se está en presencia de un cambio de criterio jurisprudencial; y iii) bajo qué condiciones puede esta Sala juzgar respecto de la constitucionalidad de tales cambios.

Dichas disquisiciones son relevantes tanto para la decisión del caso *sub examine* como para la generalidad de aquellos (análogos o similares futuros), ya que constituyen el punto de partida para su solución, por cuanto la determinación de la violación de normas y principios jurídicos fundamentales como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica, por un abrupto o irracional cambio de criterio jurisprudencial requiere que se compruebe, con antelación, que en realidad hubo tal cambio, lo cual amerita un cuidadoso examen de los alegatos y probanzas del solicitante.

Según el Diccionario Esencial de la Lengua Española Editorial Larousse, S.A. 1999, criterio es un “*principio o norma de discernimiento o decisión*”, una “*opinión, parecer*”, mientras que jurisprudencia es el “*conjunto de sentencias de los Tribunales”*. “*Norma de juicio que suple omisiones de la ley y que se funda en las prácticas seguidas en los casos análogos”*.

De la conjunción de las definiciones que anteceden se desprende que se está en presencia de un criterio jurisprudencial cuando existen dos o más sentencias con idéntica o análoga *ratio decidendi*, entendiendo por tal la regla sin la cual la causa se hubiera resuelto de un modo distinto o aquella proposición jurídica que el órgano jurisdiccional estima como determinante en la elaboración del fallo, en contraposición con los obiter dicta o enunciados jurídicos que van más allá de las pretensiones y de las excepciones, ya de las partes, ya recogidas de oficio, que no forman parte de la ratio (Cfr. Francisco de P. Blasco Gascó, La norma jurisprudencial, nacimiento, eficacia y cambio de criterio,  Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 53).

Para esta Sala la reiteración y la uniformidad constituyen exigencias cardinales para la determinación de la existencia de un criterio jurisprudencial; no obstante, las mismas no son absolutas ya que, algunas veces, la jurisprudencia es vacilante y no se consolida. Por otra parte, en algunos supuestos (excepcionales) podría ser suficiente una sola sentencia como por ejemplo, cuando se produce un cambio de criterio mediante un razonamiento expreso y categórico, o cuando se dilucida por vez primera un asunto o cuando la falta de frecuencia de casos análogos no permitan la reiteración de la doctrina legal.

En anteriores oportunidades esta Sala ha hecho referencia a los criterios jurisprudenciales, sus cambios y la relación que existe entre los mismos y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional en los siguientes términos:

“En sentencia n° 956/2001 del 1º de junio, caso: Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero, que aquí se reitera, esta Sala señaló:

‘La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho’.

Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo ha venido haciendo, frente a circunstancias similares.

Así, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho.  Sin embargo, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso sub iúdice, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la litis y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales.

De tal forma, que en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos.

No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente.

Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (Vid. sentencia nº 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: Salvador de Jesús González Hernández, entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho”. (Subrayado añadido)

Del fallo que antecede cuya doctrina aquí se ratifica se deduce que los cambios de criterios jurisprudenciales se producen cuando el Tribunal altera o modifica explícita o implícitamente la doctrina que había asentado con anterioridad; sin embargo, es preciso el señalamiento de que no todo abandono de un criterio anterior supone indefectiblemente un cambio de criterio jurisprudencial, ya que puede que el mismo sea aparente, fenómeno éste que “*tiene su origen en la inercia de entresacar frases generales de las sentencias sin preocuparse del caso debatido o de limitarse al fallo sin conocer las verdaderas circunstancias del caso”* o “*cuando se invocan sentencias anteriores como contrarias a la actual y las citas extraídas son obiter o bien la invocación es errónea porque la sentencia invocada o no tiene que ver con la cuestión debatida o dice lo mismo que la sentencia actual”*. (Cfr. Puig Brutau, J. Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo, Medio Siglo de Estudios jurídicos, Valencia, España 1997, p. 189).

Tampoco existe cambio de criterio jurisprudencial cuando la nueva doctrina se deriva de un cambio en la legislación o si el Tribunal se pronuncia, por primera vez, respecto del caso en litigio o este es diferente al que invoca la parte como jurisprudencia aplicable.

Asimismo, se desprende de la doctrina que fue transcrita, que la Sala Constitucional tiene potestad para la revisión del cambio de criterio jurisprudencial de las demás Salas de este Tribunal, en tanto y en cuanto dicho cambio vulnere derechos o principios jurídicos fundamentales, bien sea porque carezca de una motivación suficiente y razonable, es decir, aparezca como arbitrario o irreflexivo; o cuando la nueva interpretación de la Ley no sea válida para la resolución de una generalidad de casos, sino tan sólo del caso concreto, o cuando se le dé eficacia retroactiva, es decir a situaciones jurídicas o fácticas que surgieron con anterioridad al cambio pero cuyo litigio se resuelve con base en dicha mutación de criterio jurisprudencial, máxime si la norma incorpora algún obstáculo o requisito procesal o sustantivo que no se exigía para el momento en que se produjo la relación jurídico material o que el mismo entrañe una limitación, desmejora o restricción significativa de un derecho o facultad o comporte una evidente situación de injusticia.

En el caso *sub examine*, advierte esta Sala que en la sentencia n° RC-00457/2004, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia cambió el criterio jurisprudencial que había asentado en decisión n° 58 de 21 de marzo de 2000, caso: Hildegardis Mata de González y otros vs Pedro Rafael Palacios Barrios y Tucker Energy Services de Venezuela S.A. respecto de la aplicación supletoria del artículo 223 del Código de Procedimiento Civil al emplazamiento por carteles que establecía el artículo 77 de la derogada Ley de Tránsito Terrestre de 1996, tal y como lo afirmó la solicitante, lo cual comprobó esta Sala por notoriedad judicial mediante la lectura de ambos fallos en el sitio web de este Tribunal, en el que, además, encontró que, con posterioridad al cambio de criterio en cuestión, se produjo una decisión en un caso análogo en la que se acogió esa nueva doctrina. (Vid. s.S.C.C. RC-00616/2004 de 15 de julio, caso: Sebastiano Mangiafico Latina).

Observa esta Sala que, en la sentencia cuya revisión se pretende, la Sala de Casación Civil no precisó el por qué abandonó o se apartó del criterio que imperaba para ese entonces, es decir, el por qué adoptó la nueva orientación, por lo que dicho cambio jurisprudencial careció de motivación.

Comprueba, además, esta Sala que en dicho veredicto se le dio eficacia retroactiva al cambio de criterio jurisprudencial por cuanto se aplicó para la resolución del caso que lo originó, lo cual vulneró los principios jurídicos fundamentales de seguridad jurídica y confianza legítima, así como el derecho constitucional a la igualdad de la recurrente en casación (aquí solicitante), quien tenía la expectativa plausible de que su asunto se decidiera de acuerdo con la jurisprudencia que imperaba, para ese entonces, en casos análogos.

Bajo tales premisas, concluye esta Sala que ha lugar a la revisión de dicho fallo el cual se apartó de la doctrina vinculante que sentó esta Sala en sentencias n°s 956/2001 del 1º de junio, caso: Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero; 1032/2003 del 05 de mayo, caso: Poliflex C.A.; 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: Salvador de Jesús González Hernández y 401/2004 del 19 de marzo, caso: Servicios La Puerta S.A. (…)”. (Sentencia N° 3057, del 14 de diciembre de 2004, caso: *Seguros Altamira*) (Resaltado añadido).

               Finalmente, discrepamos con respecto a la resolución ofrecida por la mayoría decisora, en cuanto al reclamo efectuado por la accionante por concepto de días de descanso y feriados con base a la parte variable del salario.

En este sentido, tal y como se evidenció en la decisión objeto del presente voto salvado, la demandante devengó un salario compuesto por una parte fija y por otra variable, lo cual según se determinó estaba constituida por las comisiones sobre las ventas y las comisiones denominadas “*bono estímulo*”.

Ahora bien, de la lectura que se hace a las actas del expediente, se verifica que con base a la variabilidad del salario, la accionante reclamó, en su escrito libelar, la incidencia de diferentes comisiones (comisiones, bono estímulo, bono meta y bono inventario) en el pago de los días de descanso y feriados, la cual no fue cancelada por la demandada durante la relación de trabajo. Respecto a tal pretensión, la parte accionada negó deuda alguna por concepto de días de descanso y feriados no pagados, con base a la incidencia de las comisiones, en general.

Así las cosas, la Sala de Casación Social en múltiples oportunidades, ha establecido que para resolver la petición referida al pago de los días de descanso y feriados en aquellos casos en los que el trabajador perciba un salario mixto, conformado por un sueldo fijo, más una parte variable, hay que interpretar, articuladamente, los dispositivos legales 216 y 217 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997).

En este orden, el artículo 217 de la mencionada Ley sustantiva, establece que, cuando se haya convenido un salario mensual, el pago de los días feriados y de descanso obligatorio estará comprendido en la remuneración. Por su parte, el artículo 216 *eiusdem*, dispone que el descanso semanal será remunerado con el pago del salario de un día de trabajo; y, cuando se trate de trabajadores a destajo o con remuneración variable, el salario del día feriado será el promedio de lo devengado en la respectiva semana.

Estas normas hacen una distinción entre los trabajadores que reciben un salario mensual (fijo) y los que tienen un salario a destajo o variable, pues, el salario de estos últimos depende de la cantidad de trabajo realizado. De esta forma, se 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 con el promedio de lo generado durante la semana, para que así su situación se equipare a la de los trabajadores que reciben salario fijo, pues, su retribución comprende los días feriados y de descanso.

Asimismo, el artículo 211 de la ley *in commento*, dispone que todos los días del año son hábiles para el trabajo, excepto los días feriados; y, el artículo 212 *ibidem*,establece 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 tres (3) por año.

De acuerdo con el criterio expuesto, el cual ha sido hartamente reiterado por la Sala, cuando el salario es estipulado por unidad de tiempo, el pago de los días de descanso y feriados está comprendido dentro de la remuneración, pero cuando un trabajador devenga un salario variable, el pago de dichos días deben calcularse con base en el promedio de lo generado en la respectiva semana o con el promedio del mes correspondiente, esto es, cuando las mismas se calculen y liquiden mensualmente (vbg. sentencia N° 633 del 13 de mayo de 2008, caso: *Oswaldo José Salazar Rivas contra Medesa Guayana C.A.*).

De la apreciación que se hace a los recibos de pago que cursan en autos, quien suscribe evidencia la cancelación de la parte fija del salario de la actora, así como de las comisiones y el bono estímulo, además de un pago por día domingo o feriado y horas extras; pero, en ninguno de ellos, se puede constatar pago expreso de la incidencia de la parte variable de la remuneración sobre los días de descanso y feriados.

Es de destacar, que si bien en los recibos de pago aludidos, se refleja una cancelación por concepto de “*DOMINGO O FERIADO*”, ello debe atribuirse al pago de la prestación del servicio efectuada por la demandante en tales días, máxime si se tiene en cuenta que no resultó un hecho controvertido, la jornada de trabajo alegada por la parte actora de miércoles a lunes, teniendo como día de descanso los martes, es decir, que la demandante, al haber laborado en domingo, le correspondía el pago de ese día, además del correspondiente por el trabajo realizado, calculado con base a un recargo del cincuenta por ciento (50%), por mandato de lo establecido en el artículo 154 de la Ley Orgánica del Trabajo; amén que la demandada al referirse a las percepciones contenidas en los recibos de nómina en la contestación, calificó tal rubro como “*domingos y sus recargos trabajados*”.

Ahora bien, la mayoría sentenciadora al resolver el punto bajo análisis, insólitamente estableció lo siguiente:

Como se estableció en el punto anterior, la demandante devengaba un salario mixto, compuesto por una porción base y por otra variable, la cual según se determinó estaba constituida solamente por las comisiones sobre las ventas y las comisiones denominadas “*bono estímulo*”.

La accionante reclamó, en su escrito libelar, la incidencia de las diferentes comisiones en el pago de los días de descanso y feriados, pretensión rechazada por la parte accionada, quien negó deuda alguna por concepto de días de descanso y feriados no pagados, con base a la incidencia de las comisiones, incluso en su contestación señaló “menos aun con las supuestas comisiones que pretende la actora por bono inventario, bono meta y otras comisiones la actora pretende reclamar como días de descanso y feriados”.

Al no haber logrado acreditar la demandante la percepción de las comisiones denominadas por “*inventario*” y por “*bono meta*”, negadas por la demandada, no prosperan las incidencias por días de descanso y feriados demandadas. Así se declara.

Ante tal declaratoria, resulta evidente para quienes disienten lo desacertado de la improcedencia declarada al respecto por la mayoría sentenciadora, por cuanto si bien en la decisión aprobada se estableció como un hecho cierto que la demandante devengaba un salario mixto compuesto por una porción básica y otra variable determinada por las comisiones sobre las ventas y el bono estímulo; posteriormente se obvia esa premisa inicial, cuando se desecha la reclamación por concepto de los días de descanso y feriados con base a la parte variable del salario, considerándose únicamente en la resolución las percepciones denominadas por “*inventario*” y “*bono meta*”, no así las comisiones y el “*bono estímulo*” que fueron expresamente admitidas por la empresa, en su contestación a la demanda; por lo tanto, al no haber acreditado la demandada el pago de la incidencia sobre los días de descanso y feriados de la parte variable de la remuneración que no fue controvertida, resultaba procedente lo peticionado.

Queda así expresado el criterio de los Magistrados disidentes.

Caracas, en fecha *ut supra*.

El Presidente de la Sala y Disidente,

   \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

LUIS E. FRANCESCHI GUTIÉRREZ

        La Vicepresidente y                            Magistrado Ponente,

  \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_       \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA        OCTAVIO JOSÉ SISCO RICCIARDI

             Magistrada Disidente Magistrada,

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_   \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

SONIA COROMOTO ARIAS PALACIOS   CARMEN ESTHER GÓMEZ CABRERA

El Secretario,

   \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

MARCOS ENRIQUE PAREDES

**R.C.** N° AA60-S-2011-000500

**Nota:** Publicada en su fecha a

                                                                                      El Secretario,

