**CONTENIDO COMPLETO DE LA SENTENCIA EN LA PÁG. 2 O HACIENDO CLICK AQUÍ**



|  |
| --- |
| http://www.tsj.gov.ve/graficos/encabezadotsj.jpg |

Ponencia del Magistrado OMAR ALFREDO MORA DÍAZ.

                   En el juicio que por cobro de diferencia de prestaciones sociales, sigue el ciudadano **BACHAR BITTAR YAKOUP**,representado judicialmente por los abogados Ramón Escovar León, Ramón J. Escovar Alvarado, Juan Enrique Croes Campbell y Juan Andrés Suárez, contra la sociedad mercantil **ASEA BROWN BOVERI (ABB), S.A.**, representada judicialmente por los abogados Arminio Borjas Hernández, Justo Oswaldo Páez Pumar, Rosa Amalia Páez Pumar de Pardo, Enrique Lagrange, Arminio F. Borjas Herrera, Manuel Acedo Sucre, Carlos E. Acedo Sucre, Resemary Thomas R., Alfonso Graterol Jatar, José Manuel Lander C., Carlos Luis Bello A., Esteban Palacios Lozada, Juan A. Ramírez Torres, Julio I. Páez Pumar, Luisa Acedo de Lepervanche, Carlos I. Páez Pumar, María del C. López Linares, Cristhian Geovanny Zambrano Valle, Luis Teresa Lepervanche Acedo, María Genoveva Páez Pumar, Carlos Mario Salas P., Elsy Bettencourt de Sousa, Diego Lepervanche Acedo, Karin Gil, Victoria Cárdenas Socorro, Doralice Bolívar, Dailyng Ayestaran y Ritza Quintero; el Juzgado Segundo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, conociendo en apelación, publicó sentencia definitiva en fecha 27 de abril de 2009, mediante la cual declaró: 1°) parcialmente con lugar el recurso de apelación ejercido por la parte actora, contra la decisión proferida en fecha 13 de febrero de 2009, por el Juzgado Décimo Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial; 2°) parcialmente con lugar el recurso de apelación ejercido por la representación judicial de la parte demandada, en contra de la misma decisión de Primera Instancia; y 3) parcialmente con lugar la acción intentada por el actor en la presente causa.

                  Contra la decisión emitida por la Alzada, en fecha 30 de abril de 2009 y 5 de mayo de 2009, la parte actora y demandada, respectivamente, anunciaron recurso de casación, los cuales, una vez admitidos fueron remitidos a esta Sala de Casación Social.

                  Recibido el expediente, en fecha 21 de mayo de 2009, se dio cuenta en Sala correspondiéndole la ponencia al Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz.

Mediante Resolución Nº 2009-0062, de fecha 11 de noviembre de 2009, emanada de la Sala Plena de este Alto Tribunal, fue creada la Sala de Casación Social Especial, correspondiéndole el conocimiento del presente asunto; quedando integrada por el Presidente y Ponente, Magistrado OMAR ALFREDO MORA DÍAZ, y los Conjueces Accidentales Principales, abogados JESÚS RAMÓN TORRES PERTUZ y EVELIN EDREY SALAS MORENO.

                  En fecha 2 de noviembre de 2010, por auto de Sala, se ordenó fijar la celebración de la audiencia oral, pública y contradictoria para el día miércoles veinticuatro (24) de noviembre de 2010 a las diez y treinta minutos de la mañana (10:30 a.m.), de conformidad con el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Celebrada la audiencia oral, 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:

**RECURSO DE CASACIÓN AUNCIADO POR LA PARTE DEMANDANTE**

**RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY**

**- I -**

De conformidad con el ordinal 2, del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia el formalizante la violación por parte de la Alzada, del artículo 1.210 del Código Civil por falsa aplicación, y en consecuencia la falta de aplicación del artículo 1.208 del mismo Código.

Alega el formalizante, que los vicios antes denunciados, se configuran toda vez que “…*la recurrida al resolver el punto relativo al reclamo del bono correspondiente al 2007…trajo a colación el artículo 1210 del CC, precepto que establece el derecho del acreedor de una obligación sometida a condición a ejecutar todos los actos que tiendan a conservar sus derechos. Dijo la recurrida que el actor ha podido ejercer acciones tendentes a garantizar el cumplimiento de la condición y que, al no hacerlo se conformó con el despido y con las indemnizaciones que para ese supuesto prevé la LOT. Concretamente, expresa la recurrida que el actor ha podido solicitar la calificación de despido para garantizar su acreencia...Mediante ese razonamiento la recurrida aplica falsamente el artículo 1210…toda vez que los hechos ocurridos en el caso que nos ocupa no pueden subsumirse dentro de la premisa mayor que contiene esa norma. Contrariamente a lo que dice la recurrida, el actor no podía solicitar la calificación de despido ya que ganaba más de tres salarios mínimos al término de la relación laboral y no se encontraba dentro de ningún supuesto de inamovilidad…*”.

En este sentido, expone el recurrente que la falsa aplicación del artículo 1.210 del Código Civil, trajo como consecuencia, la falta de aplicación del artículo 1.208 del mismo Código, el cual consagra que “*La condición se tiene por cumplida cuando el deudor obligado bajo esa condición impide su cumplimiento*”, es decir, el trabajador fue despedido injustificadamente en febrero de 2008, por tal razón no se encontraba en la empresa para el momento del pago del año 2007 (marzo del 2008), por lo que el mismo no le fue pagado.

Para decidir, la Sala observa:

                  El recurso de casación laboral, ha dicho la Sala es conocido como un recurso extraordinario, en el entendido que como medio de impugnación se circunscribe especialmente a atacar motivos concretos, va dirigido a verificar si una decisión emanada de un Juzgado Superior se encuentra o no ajustada a derecho y así controlar su legalidad, respetando la soberanía de los Jueces de Instancia, en la apreciación y convicción de los hechos discutidos.

      En este sentido, es necesario reiterar lo dicho en anteriores oportunidades, en cuanto a que este Tribunal no se trata de una Tercera Instancia, por cuanto se quebrantaría la naturaleza jurídica y la razón de un recurso de casación, por lo que es de la soberana apreciación de los Jueces el determinar, de conformidad con la Ley, la jurisprudencia y lo alegado y probado en autos, la procedencia o no de los conceptos que se reclaman.

En este sentido, se verifica que, la Alzada, en cuanto al bono de desempeño durante el año 2007, concluye que debían configurarse dos condiciones para la procedencia del mismo, a saber: que se alcanzaran las metas previamente fijadas o al menos un porcentaje de ellas; y, que el trabajador se encontrara activo dentro de la empresa para el momento del pago de dicho bono.

Así las cosas, luego del estudio que conforman las actas del presente asunto, señala la Alzada que las condiciones antes descritas no se configuraron en el presente caso, es decir, contestes como fueron las partes en cuanto a la fecha del pago del bono (marzo de cada año), luego de consolidarse a nivel mundial las metas fijadas, determinó que para el momento del despido, no se había cumplido aun con tal condición.

En este mismo orden de ideas, expone la Juzgadora, que como segunda condición, el actor debía ser un trabajador activo de la empresa para el momento del pago del bono referido, por lo que finalizando la relación de trabajo, en fecha 7 de febrero de 2008, y recibiendo el pago de sus prestaciones sociales y demás conceptos laborales en fecha 5 de marzo de 2008, demuestra que el trabajador se conformó con el despido, lo cual pudo enervar interponiendo en su momento una solicitud de calificación de despido.

Ahora bien, alega el recurrente, que la demandada pagó al actor las indemnizaciones correspondientes por despido injustificado, en consecuencia, al tratarse el actor de un trabajador que devengaba más de tres salarios mínimos y, que no se encontraba amparado por alguno de los supuestos de inamovilidad laboral, mal podía interponer una calificación de despido.

Considera esta Sala, que tal argumento es errado, toda vez que, ciertamente, el actor ha podido ejercer medios idóneos a fin de conservar sus derechos, comenzando por no aceptar el pago de las indemnizaciones correspondientes al despido, y proceder a solicitar ante la jurisdicción laboral la calificación del mismo, al considerarlo injustificado, lo cual sin duda alguna, mantendría una expectativa de derecho respecto del carácter del mismo.

En consecuencia, al no verificarse el vicio que se le imputa en la presente denuncia, la misma es declarada sin lugar. Así se decide.

- **II** -

                   De conformidad con el ordinal 2, del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, delata el formalizante la violación por parte de la recurrida, al incurrir en la errónea interpretación del Parágrafo Primero del artículo 174 de la Ley Orgánica del Trabajo.

                   Señala el recurrente, que la Alzada, yerra al establecer como base de cálculo para las utilidades el salario normal, las cuales deben cancelarse tomando como base el salario integral, de conformidad con el Parágrafo Primero del artículo 174 de la Ley Orgánica del Trabajo.

                   Para decidir, la Sala observa:

                   El artículo 174 de la Ley Orgánica del Trabajo, señala expresamente, lo siguiente:

“Las empresas deberán distribuir entre todos sus trabajadores por lo menos el quince por ciento (15%) de los beneficios líquidos que hubieren obtenido al fin de su ejercicio anual. A este fin, se entenderá por beneficios líquidos la suma de los enriquecimientos netos gravables y de los exonerados conforme a la Ley de Impuesto Sobre la Renta.

A los efectos de este Capítulo, se asimilarán a las empresas los establecimientos y explotaciones con fines de lucro.

**Parágrafo Primero.-** Esta obligación tendrá, respecto de cada trabajador, como límite mínimo, el equivalente al salario de quince (15) días y como límite máximo el equivalente al salario de cuatro (4) meses. El límite máximo para las empresas que tengan un capital social que no exceda de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00) o que ocupen menos de cincuenta (50) trabajadores, será de dos (2) meses de salario. Cuando el trabajador no hubiese laborado todo el año, la bonificación se reducirá a la parte proporcional correspondiente a los meses completos de servicios prestados. Cuando la terminación de la relación de trabajo ocurra antes del cierre del ejercicio, la liquidación de la parte correspondiente a los meses servidos podrá hacerse al vencimiento de aquél.

(*omissis*)”.

                   Considera quien recurre, que la Alzada, erró en la interpretación acerca del contenido y alcance del Parágrafo Primero del artículo 174 denunciado, al ordenar el pago de las utilidades tomando como base el salario normal, siendo que -a decir del formalizante-, las mismas deben ser pagadas tomando como base el salario integral.

                   Pues bien, esta Sala ha dicho, que el artículo 174 no se refiere al salario base que debe tomarse en cuenta para el cálculo del pago de las utilidades, sino “*…a las reglas de distribución de dicho beneficio…*” (Sentencia Nº 538 del 31 de mayo de 2005), por lo que en este sentido, la interpretación del artículo en cuestión no determinará la base de cálculo para tal concepto (salario normal o salario integral), sin embargo, es criterio reiterado de esta Sala, que el salario base de cálculo para el pago de las utilidades, es el salario normal que se encontraba vigente para el momento en que se generó dicho pago.

                   En consecuencia, al no constatar esta Sala el vicio que se le imputa en la presente delación, la misma es declarada sin lugar. Así se decide.

- **III** -

                   En atención al ordinal 2, del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, delata el recurrente la violación por parte de la Alzada del artículo 223 de la Ley Orgánica del Trabajo, por errónea interpretación.

                   De conformidad con el artículo 223 denunciado como infringido, el bono vacacional debe ser pagado al momento del disfrute de las vacaciones, cuyo fin es sufragar los gastos de recreación y esparcimiento. Así las cosas, aduce el recurrente que, cuando dicho bono no es pagado durante la relación de trabajo, tiene derecho a recibir el pago de dicho concepto al finalizar la relación de trabajo.

                   En este sentido, expone el recurrente que la accionada no pago el bono vacacional para el momento del disfrute de las vacaciones, sino que el concepto que la demandada denominó “bono vacacional” era cancelado en el mes de cumpleaños del actor, por ello -a decir de quien recurre- no debe considerarse como un bono vacacional, ya que no cumple con la razón de ser de dicho bono, sin embargo, la Alzada declaró improcedente tal pago, al considerar que los mismos habían sido cancelados por la demandada.

                   Para decidir, la Sala observa:

                   En el caso objeto de estudio, la Alzada en cuanto a la reclamación por concepto de bono vacacional, establece en su sentencia, lo siguiente:

                   “*…De la forma como fue planteada la controversia en el punto que se analiza se evidencia que la parte actora reconoce que le fueron pagados todos los bonos vacacionales durante la vigencia del vínculo laboral pero aduce que estos no fueron cancelados al momento del disfrute efectivo, por lo que se desnaturalizaría su finalidad. La Juez al momento de la audiencia ante el Superior interrogó a ambas partes sobre el mismo tópico en cuanto, a cuando se produjo el disfrute de la vacación durante la vigencia de la relación, ya que este hecho es sumamente importante para decidir lo peticionado. Ninguna de las partes supo expresar cual fue esa oportunidad, si ésta se produjo cuando efectivamente se causaban- año a año luego del inicio de la relación, tomando como fecha la del ingreso- o en cual otra oportunidad. Al no existir en los autos ningún elemento de convicción, ni ningún elemento probatorio que conduzca a determinar que estos pagos, correspondientes al bono vacacional, lo fueren cumpliendo otra finalidad o lo fueren en fraude a los derechos del trabajador, esta Alzada concluye en la improcedencia de lo peticionado…* ”.

      Reiterando lo dicho en la denuncia anterior, en cuanto a la soberana apreciación de los Jueces, la Alzada, luego del estudio de las actas que conforman el expediente, las pruebas aportadas por las partes, así como los alegatos y defensas de las partes, concluye que no encuentra elementos de convicción que le hagan determinar que el “*bono vacacional*” cancelado por la demandada, tenía una finalidad distinta a la que se satisface con dicho beneficio, por lo que al ser aceptado por las partes el pago del mismo, en este sentido, considera que la petición del actor resulta improcedente.

      Así las cosas, no encuentra la Alzada, violación por parte de la Alzada al artículo 223 de la Ley Orgánica del Trabajo, por lo que la presente denuncia, es declarada sin lugar. Así se decide.

**RECURSO POR DEFECTO DE ACTIVIDAD**

**- I -**

                   De conformidad con lo establecido en el ordinal 3, del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 159 de la misma Ley Adjetiva, denuncia el recurrente la violación del artículo 243 ordinal 5 del Código de Procedimiento Civil, al padecer la sentencia del vicio de incongruencia, al haber tergiversado los alegatos expuestos en el libelo de demanda.

                   Expone quien recurre que, uno de los conceptos reclamados en el libelo es el pago correspondiente a los días de descanso y feriados comprendidos dentro de los 105 días hábiles de vacaciones pendientes que tenía el trabajador, reclamo que se fundamenta en el artículo 95 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, sin embargo, dicho concepto fue negado por la Alzada al considerar que “…*al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación ninguna de las partes pudo expresar a qué períodos correspondían los días hábiles de vacaciones pendientes…*”.

                   Ahora bien, expresa el recurrente que del libelo de demanda se desprenden los períodos a los que corresponden los días de vacaciones pendientes, en este sentido, concretamente en el punto referido a las diferencias en el pago de las vacaciones disfrutadas por el actor y las diferencias en el pago de las vacaciones pendientes se elaboró un cuadro explicativo de las vacaciones disfrutadas y las diferencias existentes de tales vacaciones, así como las vacaciones pendientes por disfrutar, de tal manera, puede apreciarse claramente que el actor disfrutó sus vacaciones hasta el período correspondiente a los años 2003/2004. Por lo que, los días hábiles de vacaciones pendientes al término de la relación de trabajo, son 6 días del mencionado período, y los correspondientes a los años 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007 y 2007/2008, tal y como se señaló en el libelo, lo cual indica que la Alzada pudo apreciar los períodos a los que correspondían los días hábiles pendientes de vacaciones al momento de finalizar la relación de trabajo.

                   Para decidir, la Sala observa:

Ha dicho la Sala que el vicio de incongruencia se configura, cuando existe discrepancia entre lo alegado por las partes (*libelo y contestación*) y lo decidido por el Juzgado que conoce la causa, es decir, cuando el sentenciador se pronuncia sobre un alegato no formulado (*incongruencia positiva*) u omite pronunciarse sobre algún punto planteado dentro de los límites de la *littis* (*incongruencia negativa*).

Por lo tanto, como se ha dicho, una sentencia resultará congruente cuando guarde relación con lo pedido en el libelo y lo contestado por el demandado.

En el caso objeto de estudio, alega el actor que la accionada pagó 105 días hábiles de vacaciones pendientes por disfrutar, correspondientes a varios períodos, sin embargo, omitió el pago de los días hábiles y de descanso que le hubieren correspondido de haber disfrutado tales vacaciones.

Pues bien, en cuanto a esta reclamación, la Alzada, expresamente en su sentencia señaló que “…*al momento de la audiencia ante el Superior interrogó a ambas partes sobre el mismo tópico en cuanto a que períodos correspondían los 105 días sufragados por concepto de vacaciones, ya que el actor afirma…se refieren a disfrutes vacacionales pendientes correspondientes a ‘varios periodos’. Ninguna de las partes supo expresar cuáles eran esos periodos pendientes, solo estaban contestes en que se pagaron 105 días…Ahora bien,…el artículo 157 establece que los días comprendidos dentro del período de vacaciones, sean hábiles feriados de remuneración obligatoria o de descanso semanal, serán remunerados, y el artículo 217 establece que cuando el salario se haya convenido de manera mensual estará comprendido en él los días feriados y de descanso obligatorio. En tal sentido, en el presente caso se estableció una remuneración mensual, al cual se pretende la adición de algunas sumas percibidas por éste que considera salario, y que se están analizando en la presente sentencia, por lo que esta Alzada concluye en la improcedencia de lo peticionado…*”.

En este orden de ideas, se evidencia de la decisión impugnada, que la razón por la cual no es concedido lo peticionado por el actor en cuanto a este punto, es que la remuneración pactada para el trabajador, era una remuneración mensual por lo que, el pago de los días hábiles y de descanso obligatorio, resultan de conformidad con la Ley, incluidos en la misma, es decir, el fundamento de la Alzada para negar dicho concepto, no se corresponde con la indeterminación de los períodos de vacaciones, tal y como lo señala quien recurre.

Así las cosas, el supuesto vicio de incongruencia delatado en esta oportunidad, no resultaría determinante en el dispositivo del fallo, en consecuencia, se declara sin lugar la presente denuncia. Así se decide.

- **II** -

                   De conformidad con el ordinal 3, del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con los artículos 159 y 160 de la misma Ley, delata el recurrente la inmotivación en la que incurre la Alzada.

                   Alega el formalizante que, se desprende de la decisión recurrida que la Alzada ordena el pago de las diferencias en determinados conceptos laborales (antigüedad, vacaciones anuales y fraccionadas, bonos vacacionales anuales y fraccionados, indemnización por despido injustificado, entre otros), al acordar la naturaleza salarial de elementos como: bono anual por desempeño pagado desde 1998 hasta el 2007, 90% del fondo de ahorro, porción denominada salario de eficacia atípica y el denominado reembolso de gastos, sin embargo, para calcular dichos conceptos ordena la realización de una experticia complementaria del fallo, siendo la base de cálculo el último salario normal devengado.

                   De tal manera que, incurre la Juzgadora de Alzada en contradicción en su motivación, al otorgarle carácter salarial a determinados elementos y luego ordena pagar las diferencias de los conceptos laborales antes mencionados, sin incluir en la base de cálculo de dichos conceptos los elementos considerados como salario normal.

                   Para decidir, la Sala observa:

                   La contradicción en los motivos se configura, cuando las razones expuestas en el fallo se destruyen entre si, es decir, cuando los motivos chocan por contradicciones insostenibles, lo que hace equipararse a una falta absoluta de motivos de la sentencia.

                   La Alzada, luego del estudio pormenorizado de las actas que conforman el presente asunto, determinó que los elementos demandados como “*bono por desempeño anual*; *reembolso de gastos*; *fondo de ahorros* y *salario de eficacia atípica”*, tienen naturaleza salarial, y por tales motivos ordena incluir dichas incidencias en el salario normal del trabajador, los cuales deberán ser cancelados en todos los conceptos demandados por el actor.

                   En tal sentido, expresamente ordena la Alzada la realización de una experticia complementaria del fallo, bajo los siguientes términos:

“…debe ordenarse a la demandada la cancelación de las diferencias en los conceptos de Prestación de Antigüedad, vacaciones anuales y fraccionadas, bono vacacional anuales y fraccionados, utilidades anuales y fraccionados, Indemnización por despido injustificado, e Indemnización sustitutiva de preaviso, intereses sobre la prestación de antigüedad, pagados de manera incorrecta por la demandada, según la planilla de liquidación que riela a los autos; intereses moratorios e indexación, los cuales deberán ser calculados y determinados mediante experticia complementaria del fallo a cargo de un único experto de conformidad con el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuyos gastos serán sufragados por ambas partes en igualdad de condiciones. ASÍ SE DECIDE.

El experto que resulte designado determinará el salario integral progresivo histórico devengado por el accionante, para lo cual deberá servirse del salario normal del actor, el cual se desprende de los recibos de pago consignados por las partes, a lo cual debe adicionarse las incidencias fondo de ahorro desde septiembre de 1996 hasta abril de 2002, salario de eficacia atípica desde mayo 2002 hasta la finalización de la relación laboral , el Bono de Desempeño Anual desde 1998 hasta 2006 y el Bono Rembolso…desde septiembre de 1998 hasta enero 2006, cuantificando así la diferencia que existe por la prestación de antigüedad y la diferencia que surge por concepto de indemnizaciones por despido injustificado. ASÍ SE DECIDE…”.

                  En este orden de ideas, no encuentra la Sala que existan en la decisión objeto de estudio, contradicciones inconciliables que puedan traducirse en carencia absoluta de motivos, en virtud que se desprende de la transcripción anterior que la Alzada, luego de verificada la procedencia de los distintos elementos salariales, ordenó su adición al salario que venía devengando el actor como normal, el cual se evidencia de los recibos de pago.

                  En consecuencia, resulta a todas luces improcedente la presente denuncia. Así se decide.

**SOLICITUD DE DECLARATORIA DE LA UNIDAD ECÓNMICA DE LAS EMPRESAS ASEA BROWN BOVERI, S.A. Y ASEA BROWN BOVERI, LTD**

La parte demandante en el presente juicio, introdujo ante la secretaría de esta Sala de Casación Social, escrito mediante el cual “*…considera la necesidad de solicitar a este Tribunal la declaratoria de grupo de empresas y, por tanto, la unidad económica entre Asea Brown Boveri, S.A., y Asea Brown Boveri, Ltd., ante la posible insolvencia de la primera de dichas empresas para enfrentar el potencial pago de la diferencia de prestaciones sociales de nuestro representado…*”.

Ante tal petición, reitera la Sala que este Tribunal se trata de un Tribunal de derecho y no de una tercera instancia en la que se quebrantaría la naturaleza jurídica de un recurso de casación, así las cosas, se ha dicho que resulta de la soberana apreciación de los Jueces el determinar, de conformidad con la Ley, la jurisprudencia y lo alegado y probado en autos, la procedencia o no de las peticiones y defensas de las partes en juicio, en este sentido, la declaratoria de unidad económica en virtud del grupo de empresas alegado, versa sobre un punto que debe necesariamente ser conocido y probado por los Jueces de Instancia, es decir, sobre un pedimento de fondo al cual, sólo en casos excepcionales, puede la Sala descender.

En consecuencia, dicha petición, resulta en esta oportunidad improcedente. Así se decide.

**RECURSO DE CASACIÓN ANUNCIADO POR LA PARTE DEMANDADA**

- **I** -

                   Bajo el amparo del artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia el recurrente el vicio de incongruencia negativa, previsto en el ordinal 5 del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 244 del mismo Código Adjetivo.

                   Señala el formalizante, que dicho vicio se configura toda vez que la Alzada omitió pronunciarse sobre las defensas expuestas por la demandada, en su contestación, en cuanto al bono anual o de desempeño. En este sentido, alega el recurrente que en el escrito de contestación, se dijo que dicho bono no dependía del esfuerzo individual del demandante, sino de los resultados económicos del Grupo Asea Brown Boveri a nivel mundial, así como de los resultados del área a la cual estaba adscrito el actor, por lo que al depender dicho bono de factores externos, el mismo debía entenderse como una gratificación o incentivo, sin naturaleza salarial.

                   Así las cosas, explica el formalizante que, al ignorar la Alzada tales defensas, incurrió en el vicio de incongruencia delatado.

                   Para decir, la Sala observa:

                  En cuanto al vicio de incongruencia, ha dicho la Sala que el mismo se configura cuando el Juzgador incumple su deber de dictar una decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones y defensas opuestas, en este sentido, debe el Juez decidir sobre todo lo alegado por las partes, de manera tal que, la sentencia resulta congruente cuando existe  relación entre los pedimentos del libelo y las defensas del demandado en su contestación.

                  Quien demanda en su libelo, reclama la naturaleza salarial del bono por desempeño anual recibido por el actor durante la relación de trabajo, al respecto, contesta la demandada que dicho bono “*…no dependía del esfuerzo individual del demandante: dependía de los resultados del Grupo ABB a nivel mundial, así como de los resultados del área a la cual estaba adscrito el actor…*”, por lo que tales características desvirtuaban el carácter salarial del mencionado bono por desempeño.

                  En cuanto a este punto, expresamente la Alzada señaló, lo que de seguidas se transcribe:

“…esta Alzada observa de las pruebas aportadas al proceso que el referido Bono se constituyó en una percepción que era entregada todos los años, habría que entonces verificar si dicha percepción tenía el carácter de accidental o no, para colocarla como parte del salario integral o por el contrario, como parte del salario normal. Por otra parte se observa de las pruebas que los trabajadores de la empresa tenían que cumplir una serie de requisitos tanto cuantitativos como cualitativos para obtener la escala y proceder a otorgar y ejecutar el pago del Bono…pero lo que realmente hace la diferencia es la seguridad de la percepción en cuanto al Bono, es decir, si el Bono iba a ser entregado de manera segura, ello así que dicho bono era cancelado una vez realizada la declaración del impuesto sobre la renta…el 31 de marzo de cada período fiscal.

**Bono por Desempeño Anual** debe ser considerado como parte integrante del salario normal. Dicho esto, tenemos que la inclusión del Bono…en el salario normal del actor…origina diferencias dinerarias que deben ser canceladas al accionante en todos los conceptos derivados de la prestación de sus servicios. Así se decide…”

                  En este orden de ideas, no evidencia esta Sala el vicio de incongruencia que se le imputa en la presente denuncia, toda vez que siendo un hecho controvertido la naturaleza salarial del *bono por desempeño*, la Alzada de manera soberana concluyó que la naturaleza del mencionado bono es de carácter salarial, en virtud de las características con las que el mismo era otorgado al trabajador.

                  En consecuencia, de conformidad con lo antes expuesto, se declara sin lugar la presente denuncia. Así se decide.

- **II** -

                   De conformidad con el ordinal 3, del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, delata el recurrente el vicio de inmotivación en el que incurre la Alzada, al existir contradicción en la motivación que se equipara a una falta de motivación.

                   Expresamente señala el recurrente, lo siguiente:

“…declaro que la demandada debía pagar las diferencias en los conceptos de prestación de antigüedad, vacaciones anuales y fraccionadas, bono vacacional anuales y fraccionados, utilidades anuales y fraccionadas, indemnización por despido injustificado, indemnización sustitutiva de preaviso, e intereses sobre la prestación de antigüedad. Ordenó también la designación de un experto para determinar el salario histórico del actor y adicionar las incidencias de los referidos conceptos, de manera de cuantificar las diferencias condenadas a pagar. Sin embargo, en la pág. 36, dispuso que respecto de las vacaciones anuales, las vacaciones fraccionadas, el bono vacacional fraccionado, las utilidades anuales, y las utilidades fraccionadas, debían calcularse atendiendo al último salario normal devengado por el actor…la recurrida, por una parte, ordenó la determinación de unas diferencias según el salario normal histórico del actor, entre otros conceptos de vacaciones, bono vacacional y utilidades anuales y fraccionadas, por la incidencia salarial que asignó el 90% del aporte patronal al fondo de ahorros, al bono anual o desempeño, al llamado ‘reembolso de gastos’, y al ‘salario de eficacia atípica’, pero, por otra parte dispuso que esos conceptos debían calcularse según el último salario normal del actor, lo cual revela una contradicción grave e inconciliable, que genera la falta de fundamentos que denunciamos…”.

                   Para decidir, la Sala observa:

                  En esta oportunidad, reitera la Sala, lo expuesto en el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte demandante, en cuanto a que no se configura, en este caso, el vicio de inmotivación de la sentencia puesto que no se desprende de la misma contradicción insostenible que pueda traducirse en carencia absoluta de motivos.

                  En este sentido, se evidencia de la decisión impugnada que la Alzada ordena expresamente la inclusión de las incidencias en el salario normal del trabajador, razón por la cual, tal inclusión acarreará las diferencias en el pago de las mismas, las cuales fueron pagadas en base a un salario al que no se le había incluido los elementos de: salario de eficacia típica, bono por desempeño anual, reembolso de gastos y fondo de ahorros.

                  Así las cosas, no constata la Sala contradicción insostenible que genere como consecuencia una falta absoluta de motivos, por el contrario, es clara la decisión al ordenar la inclusión de los elementos declarados por la Alzada de naturaleza salarial, al salario que venía devengando el actor como *normal*, inclusión que deberá efectuar el experto designado para tal fin, luego del cual, se constatará el *salario normal* real del accionante, y en este sentido, a partir de este se determinará el monto a pagar por concepto de diferencia de vacaciones anuales, vacaciones fraccionadas, bono vacacional anual y fraccionado, utilidades anuales y fraccionadas, las cuales deberán calcularse en base al salario normal.

                  En consecuencia, se declara sin lugar la presente denuncia. Así se decide.

- **III** -

                   Señala el formalizante expresamente, lo que de seguida se transcribe:

“Casación prevista en el numeral 2 del artículo 168 de la LOPT, por haber infringido la recurrida el parágrafo primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT); el 71 de esa Ley; los artículos 1.133, 1.140, 1.141 y 1.138 del Código Civil; y el artículo 74 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) vigente hasta el 25 de abril de 2006, y el cual se corresponde con el artículo 51 del Reglamento vigente de la LOT.

Al pronunciarse sobre la documental que produjo ABB, marcada ‘B’, mediante la cual el actor manifestó haber convenido con la empresa en la exclusión de una porción de su salario, a titulo de salario de eficacia atípica, la recurrida, en la pág. 12, la valoró, pero declaró que dicha documental no reunía los requisitos establecidos por la ley para ser considerada como ‘convenio’ o ‘contrato’ previstos en los artículos 1.133, 1.140 y 1.141 del Código Civil, así como en el artículo 71 de la LOT, para declarar que dicha documental no había cumplido con los requisitos esenciales establecidos por el legislador y con las condiciones esenciales para su existencia, como es el consentimiento de las partes, al no estar suscrita por ABB. También dispuso que como dicha documental no había cumplido con los requisitos del artículo 133 de la LOT, en su parágrafo primero, procedía incluir entonces dicha incidencia en el salario normal del actor, ordenando pagar las respectivas diferencias.

Ahora bien, en el caso particular, el convenio entre ABB y el demandante sobre la exclusión de una porción del salario para el cálculo de los beneficios laborales…no esta sujeto, por ley, al formalismo impuesto por la Alzada…De manera que ni el contrato de trabajo, ni el referido pacto al cual alude el artículo 74 del Reglamento de la LOT (hoy artículo 51 del Reglamento vigente de la Ley Orgánica del Trabajo), exigen de la forma escrita como requisito *ad substantiam*, para acreditar su existencia…el consentimiento de las partes en la formación del contrato, no debe constar, necesariamente, por escrito, puede estar expreso o tácito, en virtud del principio de la libertad de forma. Según el artículo 1.138 del Código Civil, la ejecución supone la formación del contrato, y en el caso que nos ocupa, es un hecho cierto que ABB procedió efectivamente a excluir una porción del salario del demandante para el cálculo de sus beneficios laborales…Por consiguiente, al omitir la recurrida que las exclusiones efectuadas por ABB al salario del demandante, evidenciaban el consentimiento de ABB, y perfeccionaron la existencia de un contrato entre las partes, infringió, por falta de aplicación, el artículo 1.138 del Código Civil…”.

                   En este mismo orden de ideas, alega el recurrente que la Alzada, al declarar que dicho contrato, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en su parágrafo primero, quebrantó por error de interpretación el mencionado dispositivo legal, al hacer depender la eficacia del pacto entre las partes de un requisito, que la norma no exige.

                   Para decidir, la Sala observa:

Reiterando lo dicho en anteriores oportunidades, este Tribunal no se trata de una Tercera Instancia, pues de ser así, quebrantaría la naturaleza jurídica y la razón de un recurso de casación, en este sentido, se ha dicho que resulta de la soberana apreciación de los Jueces el determinar, de conformidad con la Ley, la jurisprudencia y lo alegado y probado en autos, la procedencia o no de los conceptos que se reclaman.

                  En el caso objeto de estudio, quien Juzga en Alzada, luego del estudio exhaustivo de las actas que conforman el presente expediente, de los alegatos y defensas de las partes y de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, concluye que el denominado *salario de eficacia atípica* tiene carácter salarial, en este sentido, expresamente señaló, lo que de seguida se transcribe:

 “…Asimismo la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 05/0’5/2005 Nº 406, con ponencia del Magistrado ALFONSO RAFAEL VALBUENA CORDERO caso SOCIEDAD MERCANTIL C.A. VENEZOLANA DE GUIAS (CAVEGUÍAS) señaló lo siguiente:

(Omissis)

En el presente caso, cuando demandamos a la empresa CAVEGUÍAS por diferencia de prestaciones sociales, por no haber tomado en cuenta el porcentaje que por concepto de Fideicomiso de Ahorro le pagaba la empresa al trabajador, la demandada se excepciona y alega que ese porcentaje es salario de eficacia atípica, y nos opone una ‘carta’ y la pretende hacer valer como un contrato individual, nominado, consensual y obligatorio entre las partes, carta que es valorada en la recurrida como un contrato válido, donde se establece el salario de eficacia atípica, a pesar de que reconoce que dicha carta no está firmada por ningún representante de CAVEGUÍAS. En consecuencia, la recurrida viola el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo al calificar a dicha carta como contrato individual de trabajo en donde consta el salario de eficacia atípica, al no tomar en cuenta que dicho documento no cumple con las exigencias establecidas en los artículos 1.133 y 1.141 del Código Civil; así como también, el artículo 71 de la Ley Orgánica del Trabajo para calificarla como contrato. El 1.133 establece el concepto de contrato …, y el 1.141 porque falta el consentimiento de la Empresa por cuanto en esa carta no hay firma del representante de CAVEGUÍAS, y el artículo 71 de la Ley Orgánica del Trabajo porque establece los requisitos que deben tener los contratos de trabajo, entre otros, que se deben identificar a las partes, y en esa carta solamente se identifica al trabajador, es decir, una sola parte; el salario y la forma de calcularlo (Aquí se podía incluir el salario de eficacia atípica). Aunado a esto, en dicha carta no se establece qué beneficio recibirá el trabajador en contraprestación por la exclusión del 20% para el cálculo y pago de sus prestaciones sociales, por lo que, si se va a calificar de algo a esa carta es de renuncia de derechos, y esto va en contra del principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores establecido en la Ley y la Constitución Nacional…

Para decidir, se observa:

Fundamentan los formalizantes su denuncia alegando que fue infringida la segunda parte del Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, por falsa aplicación, por cuanto la recurrida calificó como salario de eficacia atípica, a un porcentaje de dinero que fue excluido del salario que sirvió de base de cálculo de las prestaciones sociales y demás beneficios laborales, el cual, a su decir, debió ser considerado como parte de éste, puesto que de haber aplicado los artículos 1.133, 1.140 y 1.141 del Código Civil, así como el artículo 71 de la Ley Orgánica del Trabajo, debió haber concluido que la documental suscrita por el actor en la que manifestó su voluntad de aceptar que parte de lo cancelado mensualmente no se le considerara para la base de cálculo de los referidos beneficios, no cumplía los requisitos legales para ser valorado como un contrato individual donde se establecía el salario de eficacia atípica.

En relación a la valoración del referido instrumento, en la sentencia recurrida se expresó lo siguiente:

PRUEBAS PROMOVIDAS POR LA DEMANDADA.- 1. Documentales: 1.1. Cursa al folio 83, primera pieza, original de documental suscrita por el accionante en fecha 18-06-1997, en la cual manifiesta ‘...su formal consentimiento de que, a partir del día 18 de junio de 1997, hasta un veinte por ciento (20%) del salario fijado de común acuerdo por las partes sea excluido de la base de cálculo de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones... el cual recibirá la denominación de Fideicomiso de Ahorro... acepto que Caveguías me pague un salario normal mensual de salario + fideicomiso de ahorro de ... (Bs. 250.383,00), de los cuales por concepto del Fideicomiso de Ahorro (salario de eficacia atípica) se incluye la cantidad de ... (Bs. 41.730,00) (sic)... Queda entendido que los sucesivos incrementos salariales estarán igualmente sometidos a lo acordado a través del presente documento’. Igualmente, en el documento se detallaron los diferentes conceptos, cuyas base de cálculos se les excluirá hasta un 20% del salario. La firma del actor no fue desconocida y alegó vicios en el consentimiento que no fueron demostrados, por lo que se le otorga al instrumento valor probatorio, con respecto a que manifestó su voluntad en los términos antes expuestos, de conformidad con los artículos 86 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.

(Omissis)   
  
En el presente caso, en el análisis de las pruebas, se le reconoció mérito probatorio a la documental suscrita por el actor en fecha 18-06-1997 (folio 83, primera pieza), en cuanto a la manifestación de voluntad de aceptar que parte de lo cancelado mensualmente no se le considerara para la base de cálculo de prestaciones sociales, sin evidenciarse en autos que hubo vicios en la voluntad del otorgante. Por otra parte e independientemente que la accionada no suscribió la documental mencionada, lo cierto es que ambas partes acordaron excluir hasta un 20% del salario para el cálculo de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones, independientemente de la denominación otorgada a esta exclusión.

(Omissis)

Las citadas disposiciones legales del Código Civil, están referidas a la definición de los contratos, su objeto, al sometimiento de los mismos a las reglas contenidas en dicho cuerpo normativo y a las condiciones esenciales del contrato. En cuanto al artículo 71 de la Ley Orgánica del Trabajo señala cuales son las especificaciones que debe contener el contrato especial de trabajo.

Ahora bien, en el presente caso, de la apreciación de la documental ya referida establece el Juez de Alzada que el trabajador manifestó su voluntad de aceptar que un porcentaje de lo que le es cancelado por la empresa demandada mensualmente no fuera incluido en la base de cálculo de las prestaciones sociales, tal como lo estableció la sentencia recurrida; por otra parte, no quedó demostrada la existencia del convenio entre las partes, puesto que dicho instrumento no está suscrito por la accionada, y no puede materializarse un contrato cuando no cumple con las condiciones esenciales para su existencia, como lo es el consentimiento de las partes.

En consecuencia, la referida documental no debió ser valorada, por la recurrida, como prueba de la existencia de un convenio entre las partes de acoger la modalidad del “salario de eficacia atípica”.

Por las razones expuestas, esta Sala declara la procedencia de la denuncia analizada por la infracción de los artículos 1.140 y 1.141 del Código Civil por falta de aplicación y 133 de la Ley Orgánica del Trabajo por falsa aplicación. Así se decide”.

(Omissis)

Considera quien decide, al igual que el a quo, que si bien es cierto que dicha documental no fue desconocida por la parte demandante, no es menos cierto que dicho acuerdo no cumple los requisitos esenciales establecidos por el legislador y no quedando demostrado la existencia del convenio entre las partes, puesto que dicho instrumento no está suscrito por la accionada, y no puede materializarse un contrato cuando no cumple con las condiciones esenciales para su existencia, como lo es el consentimiento de las partes. En consecuencia, esta Juzgadora al no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 133 parágrafo primero, es procedente lo solicitado por el actor…”.

                  En este orden de ideas, de conformidad con los alegatos y defensas de las partes, con la jurisprudencia de esta Sala y vista las características de la documental con la que se pretende demostrar la exclusión del salario, soberanamente concluye la Alzada, que la misma no cumple con los requisitos legales para que dicho documento sea valorado como un contrato individual, donde se establece el salario de eficacia atípica, por lo que considera procedente incluir dicha incidencia en el salario normal del trabajador.

                  Desde esta orientación, acertadamente la Alzada, interpreta el contenido y alcance del parágrafo primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en consecuencia, no constata esta Sala los vicios que se le imputan en la presente delación, por lo que se declara sin lugar la denuncia planteada por el formalizante. Así se decide.

- **IV** -

                   De conformidad con el ordinal 2, del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, delata el recurrente la errónea interpretación del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, así como del artículo 133 de la vigente Ley Sustantiva del Trabajo, y la falta de aplicación del artículo 72 del Reglamento de la Ley Sustantiva antes mencionada.

                   En este sentido, expone quien recurre que de conformidad con el con el parágrafo único literal c) del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 “…*los aportes del patrono para el ahorro del trabajador, mediante planes de ahorro, no tenían carácter salarial, a menos que el patrono y el trabajador acordaran asignarle tal carácter. De manera que, según el sentido y alcance de esa norma, bastaba que la finalidad del aporte patronal fuera el ‘ahorro’ para que no fuera considerado salario; siendo indispensable un acuerdo de las partes para poder asumir lo contrario.*”.

                   Así las cosas, argumenta el recurrente que, al no haber establecido la Alzada, la existencia de ningún acuerdo entre las partes para asignarle carácter salarial al aporte efectuado por la empresa, ni de alguna simulación, la recurrida, debió declarar, de conformidad con la norma denunciada, que tales aportes no poseen naturaleza salarial.

                   Para decidir, la Sala observa:

Por ser esta Sala, un Tribunal de derecho en el que excepcionalmente puede descender al mérito de la causa que se discute, es así como se ha dicho en reiteradas oportunidades, es de la soberana apreciación de los Jueces de Instancia el determinar, de conformidad con la Ley, doctrina y lo alegado y probado en autos, la procedencia o no de los beneficios reclamados por el actor en la causa que pretende.

Así las cosas, constata esta Sala que, la Alzada, luego de revisar cabalmente cada uno de los elementos aportados a juicio, llega a su soberana convicción, de que efectivamente la demandada constituyó un fideicomiso de ahorro, en este sentido, evidenció, que el actor tenía la disponibilidad inmediata del 90% de los aportes de ahorros efectuados por la accionada, por lo que le otorga carácter salarial a dicho beneficio.

      En consecuencia, resulta improcedente la delación expuesta por el formalizante. 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 y por autoridad de la Ley, declara: 1) **SIN LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la representación judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 27 de abril de 2009; 2) **SIN LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la representación judicial de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 27 de abril de 2009; y, en consecuencia, **SE CONFIRMA** el fallo recurrido.

Dada la naturaleza de la presente decisión, no hay condenatoria en costas.

              Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial 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 veinticinco (25) días del mes de noviembre de dos mil diez. Años: 200º de la Independencia y 151º de la Federación.

El Presidente de la Sala y Ponente,

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

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ

Conjuez Accidental Principal,                        Conjueza Accidental Principal,

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

JESÚS RAMÓN TORRES PERTUZ      EVELIN EDREY SALAS MORENO

El Secretario,

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

JOSÉ E. RODRÍGUEZ NOGUERA

R.C. N° AA60-S-2009-000657

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,

**INICIO DEL DOC**