



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

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia del Magistrado **Dr. JESUS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO.**

En el juicio que por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales sigue el ciudadano **ALEJANDRO SANTIAGO MONSANTO RODRÍGUEZ**, representado judicialmente por los abogados Evelyn Molleda Bracho y Andrés Salazar Ruiz, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 58.378 y 69.791, en su orden, contra la sociedad mercantil **CORPORACIÓN LA BRASA DE ORO, C. A.**, representada judicialmente por los abogados Rosemary Thomas, Alfonso Graterol, Esteban Palacios, Carlos Páez, María López, María Páez, Cristhian Zambrano, Diego Lepervanche, Dailyng Ayesterán, Adriana Díaz, Stephany De Silva y Marco Pulgar, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 21.177, 26.429, 53.899, 72.029, 79.492, 85.558, 90.812, 118.753, 129.814, 201.096, 202.865 y 220.893, respectivamente; el Juzgado Segundo Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia de fecha 23 de julio de 2015, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada -sin indicar cómo quedó la demanda- y modificó el fallo proferido por el Juzgado Décimo Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial, en fecha 22 de mayo de 2015, que declaró con lugar la demanda.

Contra la decisión de alzada, en fecha 31 de julio de 2015, las representaciones judiciales de la parte actora y demandada, ejercieron recurso de casación y una vez admitidos por el Juzgado Superior en auto de fecha 3 de agosto de 2015, fueron remitidos a esta Sala de Casación Social.

Recibido el expediente, la representación judicial de la parte demandada recurrente presentó oportunamente escrito de formalización por ante la Secretaría de esta Sala. No hubo contestación.

En fecha 27 de octubre de 2015, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada doctora Carmen Elvigia Porras de Roa.

Por cuanto en fecha 23 de diciembre de 2015, tomó posesión en su cargo el Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonso; designado en esa misma fecha por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela por un período constitucional de doce (12) años; se reconstituyó la Sala de Casación Social y con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y en aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de justicias la Sala quedó conformada de la manera siguiente: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella; Magistrado Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Magistrado Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonso.

En fecha 12 de enero de 2016, se reasignó la ponencia al Magistrado Dr. JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO, quien con tal carácter suscribe la decisión.

Esta Sala de Casación Social en sentencia N° 503 del 24 de mayo de 2016, declaró perecido el recurso de la parte actora, en virtud que no fue formalizado.

Concluida la sustanciación del recurso, las partes comparecen a la audiencia oral, pública y contradictoria celebrada en fecha 13 de octubre de 2016, a las diez y diez de la mañana (10:10 am), y se dictó fallo oral e inmediato, a tenor de lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En esta oportunidad, pasa la Sala a publicar la sentencia, de conformidad con lo establecido en la citada disposición legal, conforme a los siguientes términos:

RECURSO DE CASACIÓN

Por razones estrictamente metodológicas, se altera el orden para conocer de las denuncias formuladas en el escrito de formalización de la parte demandada, analizando preliminarmente la novena delación.

IX

INFRACCION DE LEY

De conformidad con lo previsto en el numeral 2, del artículo 168, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se denuncia la falta de aplicación del artículo 159 *eiusdem*, incurriendo la recurrida en indeterminación objetiva.

Sobre el particular alega el formalizante lo siguiente:

Aun cuando en su dispositivo declaró parcialmente con lugar la apelación de nuestra representada y **modifico el fallo apelado, omitió indicar cuál fue el objeto de la condena**. En efecto, la recurrida no indicó en modo alguno cuáles de los conceptos demandados fueron procedentes ni cuáles improcedentes, infringiendo así el artículo 159 de la LOPT, pues se limitó a señalar en su pág. 12, cómo debía determinarse el salario del accionante, ordenando realizar una experticia complementaria sólo para ello, pero sin indicar en modo alguno qué conceptos condenaba a pagar con dicho salario, ni ordenando al experto calcularlos. De modo que, de la lectura de la sentencia, **no es posible saber**

qué fue lo condenado, lo cual es indispensable para entender la decisión y poder controlar la legalidad del fallo, en armonía con el principio de que la sentencia debe bastarse por sí misma.
(Resaltado del escrito de formalización)

Denuncia que el sentenciador de la recurrida incurrió en el vicio de indeterminación objetiva omitiendo señalar el objeto de la condena, por cuanto modificó el fallo de la primera instancia en cuanto a la base salarial y no procedió a indicar los conceptos que condenaba a pagar con dicho salario. Asimismo, refiere que se ordenó calcular por experticia complementaria conceptos que componen el salario que debió percibir el accionante y no sobre los demás conceptos reclamados.

La Sala para decidir observa:

Por disposición del artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda sentencia deberá contener “*la determinación del objeto o la cosa sobre la cual recaiga la decisión*”, requerimiento legal que guarda estrecha relación con los principios procesales de “*autosuficiencia*” y “*unidad del fallo*”, así, según el **primero**, la sentencia debe bastarse a sí misma, sin que la prueba de su legalidad dependa de otros elementos extraños que la complementen o la perfeccionen, por ello es la exigencia de mencionar en el fallo el objeto sobre el que recae la decisión, para así cumplir la necesidad de precisar los límites objetivos de la controversia a fin de conocer y facilitar la recta ejecución de la misma; de conformidad con el **segundo**, el fallo en todas sus partes (narrativa, motiva y dispositiva) constituye un todo indisoluble vinculado por enlaces de necesaria lógica, por lo que el requisito que contiene el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se encuentra cumplido no sólo en el dispositivo de la decisión, sino en cualquier parte de la misma siempre que conste en forma clara y precisa.

Ahora bien, si el ejecutor tiene que desarrollar una labor de interpretación o de complementar, quiere decir que el fallo es oscuro, dudoso o insuficiente; si el fallo no determina la cosa u objeto sobre el que recae es inejecutable y no pueden establecerse los límites de la cosa juzgada, se configura el vicio de indeterminación objetiva.

Al respecto, esta Sala de Casación Social mediante sentencia N° 125 del 24 de mayo de 2000 (caso: *Ender Darío Parra Fernández contra Tiendas Montana C.A.*), estableció que la indeterminación objetiva se configura cuando el sentenciador es tan impreciso en su fallo, que hace imposible su ejecución.

Asimismo, esta Sala de Casación Social en sentencia Nro. 2.469 de fecha 11 de diciembre de 2007, (caso: *Edih Ramón Báez Martínez contra Trattoria L’Ancora, C.A.*), dejó establecido lo siguiente:

En torno a este particular, se ha señalado en múltiples oportunidades que toda sentencia debe contener la determinación de la cosa u objeto sobre el que recae la decisión, toda vez que de ello depende la ejecución del fallo y el alcance de la cosa juzgada, de allí que el incumplimiento de éste requisito constituye el vicio de indeterminación objetiva.

El fallo cuya legalidad se somete en esta ocasión al control de esta Sala, sin lugar a dudas también se encuentra afectado del mencionado vicio, ya que bajo la premisa de circunscribir su decisión a los puntos objeto de apelación, la Juez omite reproducir conceptos que fueron

demandados por el actor y condenados por el sentenciador de primera instancia, tales como intereses sobre prestaciones sociales, intereses moratorios e indexación. **Silenciar tales aspectos sustentando tal conducta en que se decide con apego al principio devolutivo de la apelación, acarrea como consecuencia que conceptos que fueron condenados en primera instancia, al no ser delimitados en la oportunidad correspondiente dentro del ámbito de la apelación, no se reflejen en el fallo de alzada a ejecutar y para ello éste tendría que acudir obligatoriamente a la decisión de primera instancia.** Esto, evidentemente pone de manifiesto la insuficiencia del fallo para lograr su objetivo que no es otro que lograr la efectiva resolución de la controversia, lo cual no se obtiene si el fallo depende del auxilio de otro documento distinto al mismo para determinar el alcance de la cosa juzgada y materializar su ejecución.

Como corolario de lo anterior debe concluirse lo siguiente, si el objeto de la apelación se encuentra delimitado, se produce un efecto devolutivo parcial, pero ello no puede constituirse en óbice para que el Juez de Alzada cumpla con el principio de autosuficiencia del fallo, razón por la cual su pronunciamiento versará en primer término sólo sobre las cuestiones sometidas a su dictamen, pero para garantizar la autosuficiencia del fallo y su adecuada ejecución, en el dispositivo deberá reproducir todos los conceptos condenados con inclusión de aquellos que no fueron apelados y que por ende quedaron firmes con la decisión del *a quo*, cuidando de no desnaturalizar la misma.

A la luz de tales consideraciones, se declara con lugar el recurso de control de la legalidad interpuesto por la parte actora, no sin antes advertir a los Juzgadores de Alzada sobre la necesidad de encontrar el equilibrio entre los principios procesales a los que se ha hecho alusión en la presente decisión, de modo tal de garantizar la ejecución del fallo, aún en aquellos casos en los que el examen de la controversia se encuentre limitado a un aspecto en concreto. **En estos casos, deberán necesariamente especificarse todos los conceptos sobre los que recaiga la condena con las razones por las cuales unos han resultados inalterados (con el carácter de cosa juzgada) y otros han sido modificados o desestimados (aquellos que abarquen el ámbito sobre el que se tiene fuero).** (Destacado de la Sala).

Ahora bien, sobre la determinación del objeto sobre la cual recaiga la decisión, la Sala ha mantenido el criterio según el cual, aun cuando no se hayan especificado en la sentencia condenatoria los parámetros para la ejecución del fallo, el juez de ejecución, deberá, para lograr la concretización de la tutela judicial efectiva para la parte que fue favorecida por el pronunciamiento judicial, tomar las medidas necesarias para la ejecución de dicha decisión. (*Vid.* sentencia de la Sala Constitucional N° 3.350, de fecha 3 de diciembre de 2003, caso: *Victor Rafael Reyes Corredor*).

Asimismo, en atención al criterio anterior, la Sala ha venido aplicando lo sentado por la Sala Constitucional al establecer que, el juez *ad quem* no había incurrido en el vicio de indeterminación objetiva porque al conocer en alzada ratificó la decisión del Tribunal de la primera instancia “*con distinta motivación*”, de manera que, de la simple lectura del dispositivo de la sentencia de la primera instancia, el Juez de la causa, a quien le compete pronunciarse sobre la ejecución del pronunciamiento que fue confirmado, puede determinar la conducta que había sido ordenada a la parte demandada perdidosa. (*Vid.* sentencia N° 721 de la Sala Constitucional, del 19 de mayo de 2011, caso: *Seguridad Venezuela, C.A.*).

De manera que, no existe indeterminación objetiva si el fallo de la primera instancia ha sido ratificada y desarrolla detalladamente cuáles son los conceptos condenados así como los montos que debe cancelar la empresa demandada, estando los mismos adecuadamente determinados, lo cual permite la ejecución del fallo.

Por otra parte, esta Sala ha establecido que al no estar determinado cuál es el régimen jurídico sobre el cual deben ser calculados los conceptos condenados, ello no es dable ni al juez executor ni a los expertos precisar en la ejecución del fallo, en virtud de que no se trata de un simple parámetro, sino el derecho aplicable. (*Vid.* sentencia Nro. 312 del 1° de abril de 2016, caso: *Eli Alonso Soto y otros contra Hotel Tamanaco, C.A.*).

En el caso que se examina, se desprende de la reproducción audiovisual de la audiencia celebrada ante el Juzgado Segundo Superior del Trabajo, que la parte demandada delimitó su apelación a tres aspectos: **1)** Improcedencia de los montos establecidos en el libelo por derecho a percibir propina y porcentaje sobre el consumo, por cuanto las cantidades que debían tomarse en cuenta eran las reflejadas en un control de ingresos económicos que se presentó para su exhibición en la audiencia de juicio, no siendo agregado a los autos en la primera instancia. **2)** Improcedencia de las horas extraordinarias o su establecimiento en el límite legal. **3)** Improcedencia de la indemnización por terminación de la relación laboral.

Así las cosas, el fallo pronunciado por la alzada, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y modificó la decisión del *a quo*, en los siguientes términos:

En consideración a lo expuesto, este juzgador declara parcialmente con lugar este punto recurrido por la parte demandada, ratificando los demás conceptos que forman parte del salario señalados por el a-quo. Es decir, el experto encargado de realizar la experticia complementaria del fallo, deberá determinar el salario en consideración a lo siguiente: **SALARIO BASICO**: se obtendrá de los montos establecidos en los recibos de pago, y en los meses donde no exista recibos de pago, deberá considerar el salario alegado por la actora en folio 7, del libelo de la demanda; **PORCENTAJE SOBRE EL CONSUMO** (10), será obtenido de la revisión que haga el experto en los libros correspondiente o recibos de venta emitidos por la entidad de trabajo, durante la vigencia de la relación de trabajo; **DERECHO A RECIBIR PROPINA**, debe ser la cantidad de cuarenta por ciento, (40 %), del salario base que devengaba el trabajador, durante el periodo que generaba propinas y consecuentemente se hacia (sic) acreedor del derecho a recibir propinas, el cual consta en el libelo se inicia en **enero 2012**, hasta la fecha cuando finaliza la relación de trabajo, folio 7, de expediente. **DOMINGO, DESCANSO Y DÍAS FERIADOS**; Debe (sic) ser cancelados durante toda la relación de trabajo, habida cuenta que el salario, era mixto. **HORAS EXTRAORDINARIAS**: Se ordena el pago de las horas extraordinarias, hasta un máximo de cien (100) por año; **ALICUOTAS DE UTILIDADES, Y BONO VACACIONAL**, tal como detalladamente lo señala la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; **ASI SE ESTABLECE**. (Énfasis del texto).

(*Omissis*)

Por todos los razonamientos antes expuestos este Juzgado Segundo Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la ley, **Declara: PRIMERO: PARCIALMENTE CON LUGAR** el Recurso de Apelación, interpuesto por el abogado **MARCO PULGAR, I.P.S.A N° 220.893**, en su condición de apoderado judicial de la parte demandada, contra la decisión dictada en fecha 22 de mayo de 2015, por el Juzgado Décimo Primero (11°) de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas.. **SEGUNDO: Se Modifica** el fallo apelado. No habiendo condenatoria en costas. (Énfasis del texto).

Del análisis de la recurrida, se observa que el juez de alzada modificó la sentencia que fuera apelada sólo por la parte demandada, ordenando la designación de un experto para que éste calcule mediante experticia complementaria del fallo el concepto que resultó modificado con ocasión de la apelación interpuesta por la demandada, relativo a las horas extraordinarias sobre el mínimo legal –sin indicar parámetros para el salario-; asimismo, estableció que, para calcular el monto del salario normal del actor, el cual devengaba un salario mixto con un componente variable, se debía tomar en consideración la incidencia por los siguientes conceptos que resultaron igualmente objeto de modificación: **a)** porcentaje sobre el consumo, el cual ordena calcular mediante experticia sobre los libros y facturas de venta, durante la vigencia de la relación de trabajo –se demandaron desde enero 2012-, **b)** derecho a percibir propina, el cual estima el *ad quem* en cuarenta por ciento “40 % del salario base”. Finalmente, establece que para obtener el salario normal deben considerarse además: **c)** domingo, descanso y días feriados, que se desprenden de los recibos de pago, **d)** horas extraordinarias nocturnas, en cien (100) por año; y para el integral, las alícuotas de utilidades y de bono vacacional; modificando de esta manera la forma de cálculo para la composición salarial de los conceptos; no obstante, observa esta Sala **omite la recurrida indicar los conceptos que fueron demandados por el actor y condenados por el a quo, siendo que estaba modificando el salario base de cálculo, aunado al hecho que no se ordenó realizar experticia sobre estos conceptos.**

Ahora bien, en la parte narrativa de la decisión recurrida se indican los conceptos demandados por “*Prestaciones sociales... Días adicionales... Vacaciones Fraccionadas año 2014... Bono Vacacional Fraccionado año 2014... Utilidades Fraccionadas... Indemnización por terminación de la relación laboral... horas extras nocturnas no canceladas desde el 2006, al 2013*”, de lo cual pudiera entenderse que se encuentran evidenciados en la sentencia apelada; no obstante, al verificar la sentencia del Tribunal de Juicio, para constatar si se encuentran adecuadamente determinados, observa esta Sala que en la misma se ordenó el cálculo de las vacaciones fraccionadas, bono vacacional fraccionado y utilidades fraccionadas conforme al último salario –no en el promedio de Ley-, horas extraordinarias con el último salario –no el devengado durante la jornada respectiva-, sobre las prestaciones sociales y días adicionales cuantifica igualmente el monto con el último salario aduciendo que no constaba en autos el histórico salarial o salarios devengados mes a mes –siendo que valoró los recibos de pago-, todo lo cual, **no fue corregido conforme a derecho por el Superior al omitir mencionar dichos conceptos, a su vez, el a quo determina cantidades exactas que deben cancelarse al actor y sin ordenar por ello experticia complementaria alguna, por lo que no pueden tenerse dichos conceptos como confirmados.**

De manera que, al proceder el *ad quem* a determinar otros parámetros para la composición salarial modificando con ello el fallo apelado, no indicó qué conceptos condenaba a pagar con dicho salario ni cómo resultaba su aplicación –histórico o último salario- a cada uno de los conceptos demandados y acordados procedentes por el *a quo*, por lo que no pueden tenerse los conceptos del *a quo* calculados por el último salario como confirmados, ni tampoco expresa las razones por las cuales unos conceptos se mantienen con el carácter de cosa juzgada, ni otros han sido modificados o desestimados, aunado al hecho que no estableció expresamente la cuantificación de los demás conceptos a cancelar al actor mediante designación de experto al haber modificado la base salarial, y siendo que el *a quo* no lo había ordenado por haberlos calculado con el último

salario, lo cual, se traduce en la omisión de cumplir con lo establecido en el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, norma que exige la determinación de la cosa u objeto sobre la cual recaiga la decisión, dificultando la ejecución, pudiendo conllevar a que se produzcan extralimitaciones en la experticia a ser realizada. Así se decide.

En tal sentido, al no estar delegada la labor de cálculo mediante experticia complementaria del fallo de la totalidad de los conceptos declarados procedentes al actor, en la sentencia del *a quo* ni en la alzada, ni con los respectivos parámetros -ajustados a derecho- para su realización y que no se pueden dejar a la precisión del experto, esta Sala de Casación Social declara procedente la denuncia bajo estudio por la infracción del artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al no cumplir la recurrida con la finalidad de resolver la controversia con suficientes garantías para las partes y determinar el objeto sobre el cual recae la decisión conforme lo indica la precitada norma, en consecuencia, resulta procedente la presente denuncia al observarse una decisión oscura, dudosa e insuficiente, resultando por tanto inejecutable. Así se decide.

Dada la procedencia de la denuncia analizada, resulta inoficioso para la Sala entrar a resolver las restantes delaciones formuladas en el escrito de formalización. Por lo tanto, el recurso de casación anunciado por la parte demandada debe ser declarado con lugar; en consecuencia, se anula el fallo recurrido y se procede a dictar sentencia sobre el fondo de la controversia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en los siguientes términos:

DEL MÉRITO DE LA CONTROVERSI

Mediante **escrito libelar** presentado el 8 de octubre de 2014, alega el ciudadano Alejandro Santiago Monsanto Rodríguez que laboró para la sociedad mercantil Corporación la Brasa de Oro, C. A., desde el día 5 de octubre de 2005, desempeñando el cargo de mesonero, prestando sus servicios hasta el 12 de mayo de 2014, fecha en la cual fue despedido injustificadamente.

Señala que cumplía un horario de turnos rotativos donde existían tres (3) tipos de semana de la siguiente manera: semana de apertura, iniciaba a las 9:00 a.m. hasta las 6:30 p.m.; semana intermedia, iniciaba de 11:30 a.m. hasta las 3:00 p.m. y de 6:00 p.m. a 10:30 p.m.; “***La semana de Cierre, iniciaba: 6:00 P.M. hasta las 4:00 a.m.***”.

Indica que corresponden horas extraordinarias nocturnas no canceladas desde octubre de 2005 hasta mayo de 2013, dado que a partir del mes de junio se comenzaron a cancelar, al laborar 4 horas diarias nocturnas, para 24 horas nocturnas semanales, por lo que reclama 264 horas extras en el año 2005; 960 horas extras en el año 2006; 984 horas extras en los años 2007 y 2008; 960 horas extras en el año 2009; 936 horas extras en los años 2010, 2011 y 2012; y 408 horas extras en el año 2013, que deben cancelarse con el último salario, así como su inclusión en el salario normal.

Aduce que devengaba un salario variable “ya que además del sueldo básico mensual asignado, conformado por el Salario Mínimo Nacional, percibía el pago de Propinas, Porcentaje (10%) de consumo, que se dividía entre 5 (cuatro mesoneros y La Casa) y era cancelado (sic)... en efectivo”, más las horas extras diurnas y nocturnas, y días feriados laborados, por lo que señala como último salario normal mensual aproximado de Bs. 18.609,51, discriminado de la siguiente forma: salario básico mensual que corresponde al salario mínimo Bs. 4.251,78, horas extras (promedio) Bs. 462,28, días feriados (promedio) Bs. 858,45, propinas (promedio) Bs.1.711,00 y porcentaje (promedio) Bs. 11.326,00.

Afirma que el porcentaje sobre el consumo era pagado al trabajador en efectivo todos los lunes de la semana y se repartía entre los cuatro (4) mesoneros que existía para el momento y “La casa”, es decir, que se dividía entre cinco (5) para determinar el monto por porcentaje que correspondía a cada uno y se anotaba en un cuaderno el monto del respectivo porcentaje; en cuanto a las propinas, se juntaban en un pote que era repartido al final de la jornada entre los mesoneros del turno respectivo e igualmente eran anotadas en un cuaderno.

En tal sentido, reclama el porcentaje sobre el consumo y el derecho a percibir propina para su inclusión en el salario normal a partir del mes de enero de 2012, en las siguientes cantidades:

CUADRO N° 1

propina y porcentaje	
ene-12	Bs. 4.189,00
feb-12	Bs. 5.556,00
mar-12	Bs. 4.272,00
abr-12	Bs. 3.968,00
may-12	Bs. 6.760,00
jun-12	Bs. 5.727,00
jul-12	Bs. 6.692,00
ago-12	Bs. 7.671,00
sep-12	Bs. 6.716,00
oct-12	Bs. 5.993,00
nov-12	Bs.10.302,00
dic-12	Bs. 9.498,00
ene-13	Bs.14.160,00
feb-13	Bs. 00,00
mar-13	Bs. 8.380,00
abr-13	Bs.17.525,00
may-13	Bs.10.945,00
jun-13	Bs.18.300,00
jul-13	Bs. 8.740,00
ago-13	Bs. 00,00
sep-13	Bs. 9.200,00
oct-13	Bs. 8.275,00
nov-13	Bs. 00,00
dic-13	Bs. 00,00
ene-14	Bs. 3.982,00
feb-14	Bs. 00,00
mar-14	Bs. 14.182,00

abr-14	Bs. 12.835,00
may-14	Propina Bs. 1.711,00. Porcentaje Bs.11.326,00

Finalmente, reclama el pago de los siguientes conceptos:

1.- Prestaciones sociales en 300 días, de conformidad con el literal c) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, al considerarlo el más favorable al trabajador en Bs. 164.710,50.

2.- Días adicionales de prestaciones sociales, de conformidad con el literal b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en 18 días calculados con el último salario integral en Bs. 9.882,54.

3.- Intereses sobre prestaciones sociales en Bs. 13.474,00.

4.- Vacaciones fraccionadas año 2014, en 11,49 días calculadas con el último salario normal en Bs. 6.935,81.

5.- Bono vacacional fraccionado año 2014, en 8,49 días calculado con el último salario normal en Bs. 5.124,81.

6.- Utilidades fraccionadas año 2014, en 13,33 días calculadas con el último salario normal en Bs. 8.048,39.

7.- Horas extraordinarias nocturnas no canceladas desde octubre de 2005 hasta mayo de 2013, con el último salario, así como su inclusión en el salario normal, en Bs. 852.830,40.

8.- Indemnización por terminación de la relación laboral, conforme lo previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras Bs. 164.710,50.

9.- indexación o corrección monetaria e intereses de mora.

Para un total demandado de Bs. 1.293.557,50.

Por su parte la demandada en su **escrito de contestación**, reconoce y admite la relación laboral, la prestación de servicio de mesonero desempeñado desde el 5 de octubre de 2005. Igualmente, reconoce que el actor devengó un salario básico mensual equivalente al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional y vigente para el momento, siendo el último salario devengado en mayo de 2014 en el básico mensual de Bs. 4.251,78, más un componente variable que dependía de la propina recibida directamente de manos de los comensales, y sin intervención alguna de la demandada y, el 10% sobre el consumo, cuyo importe era repartido

entre todos los mesoneros del restaurante según el acuerdo que de forma privada y discrecional mantenían dichos mesoneros y del cual no formaba parte “*Brasa de Oro*” en su condición de patrono.

Niega el salario normal alegado en la cantidad de Bs. 18.609,51, por cuanto, no se establece en el libelo el modo de determinación de las cantidades percibidas por la propina y el porcentaje.

En cuanto a lo alegado referente al despido, niega, rechaza y contradice que el actor fue despedido de forma injustificada. En tal sentido, aduce que éste no asistió a su puesto de trabajo a partir del 12 de mayo de 2014, lo cual, evidencia un abandono de su puesto de trabajo manifestando su voluntad tácita de poner fin a la relación de trabajo; posteriormente el 30 de octubre de 2014, fue notificada de un reclamo interpuesto en fecha 2 de junio de 2014 por cobro de prestaciones sociales, en consecuencia, niega la procedencia de la indemnización por terminación de la relación laboral.

De otra parte, niega que el actor laborara en un turno de lunes a lunes y niega que se le adeude la cantidad de horas extraordinarias nocturnas que aduce en la demanda.

Señala que la parte actora incurrió en una confesión en la página 2 y 3 del libelo de la demanda, al indicar “*que las horas extras diurnas y nocturnas, así como el pago de los días feriados, le era cancelados todos los lunes de la semana en efectivo*”, por lo que mal podría demandarse conceptos que ya fueron pagados en su oportunidad.

Sostiene que cumplió con su obligación en el pago de las horas extras nocturnas cuando de forma excepcional fueron trabajadas y que se evidencian de los recibos de pago y, en el supuesto negado que se declare con lugar el reclamo, solicita se limite su cálculo a cien horas por año.

Aduce que durante la vigencia de la relación laboral le otorgaron al actor adelantos de antigüedad por la cantidad de Bs. 46.788,16, que debe ser descontada ante una eventual condena.

Finalmente, reconoce adeudar los conceptos de vacaciones fraccionadas, bono vacacional fraccionado y utilidades fraccionadas, sin embargo, niega que los mismos deban ser calculados sobre la base salarial reclamada.

-

Para decidir se observa:

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

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

presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal. (Destacado de la Sala).

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

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

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

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

Así las cosas, planteados como han quedado los hechos alegados por el actor, así como las excepciones y defensas opuestas por la demandada, aprecia la Sala que no resultó objeto del contradictorio, la existencia de la relación laboral, la fecha de ingreso el 5 de octubre de 2005 y egreso del 12 de mayo de 2014, el cargo aducido por el trabajador (mesonero), que el salario percibido estaba conformado por el salario mínimo nacional, más las propinas recibidas de los comensales y el porcentaje del 10% sobre el consumo, cuya forma de distribución era la de repartir el importe entre todos los mesoneros del restaurante, según el acuerdo que mantenían dichos mesoneros.

Ahora bien, evidencia esta Sala que los **límites en los que ha quedado circunscrita la controversia**, están dirigidos a determinar: **i)** los montos que corresponden por derecho a percibir propina y porcentaje sobre el consumo desde enero de 2012 al 12 de mayo de 2014, **ii)** el horario de trabajo, **iii)** la procedencia o no del reclamo por horas extraordinarias nocturnas no canceladas desde octubre de 2005 hasta mayo de 2013, o su establecimiento en el límite legal, **iv)** la forma de terminación de la relación laboral, **v)** la procedencia o no de los conceptos reclamados por prestaciones sociales e indemnización por terminación de la relación laboral, **vi)** la procedencia o no del descuento liquidación de prestaciones sociales y otros conceptos.

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

Establecidos como han quedado los términos del presente contradictorio y la carga de la prueba, esta Sala pasa a analizar las pruebas promovidas y evacuadas por las partes, conforme las reglas de sana crítica y el principio de la comunidad de la prueba:

En la oportunidad procesal para ello –inicio de la audiencia preliminar- las partes hicieron uso de su derecho, promoviendo la parte actora documentales, exhibición y testimoniales, y la parte demandada documentales y testimoniales. El Tribunal de Juicio por autos de fecha 9 de marzo de 2015 –folios 114 al 117 de la pieza principal- se pronunció admitiendo las pruebas promovidas, a su vez hizo saber a las partes que deberían de comparecer a la audiencia de juicio, a los efectos de la declaración de parte establecida en el artículo 103 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Los testigos promovidos no asistieron a rendir declaración.

Pruebas de la parte demandante

Documentales:

1) A los folios 40 al 63 de la pieza principal, cursan copias al carbón de **recibos de pago** a nombre del demandante, emanados de la entidad de trabajo Corporación la Brasa de Oro, C. A., correspondientes al período 1° de octubre de 2005 hasta el 30 de abril de 2014, los cuales no fueron desconocidos en la audiencia de juicio por lo que se les otorga valor probatorio de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de los mismos se desprenden los salarios mensuales cancelados al actor compuestos por el salario básico, domingos y feriados laborados, así como, el pago de horas extraordinarias nocturnas y días nocturnos (entiéndase bono nocturno) en los meses de junio a diciembre 2013 y de enero hasta abril de 2014. Asimismo, se observa en el recibo de pago deducciones por Seguro Social Obligatorio, Paro Forzoso y Política Habitacional. Se detalla seguidamente las asignaciones que percibió:

CUADRO N° 2

Período	Salario básico MENSUAL	Horas extras	Domingos	Feridos	Días nocturnos (entiéndase bono nocturno)
oct-05	Bs. 371,23				
nov-05	Bs. 371,23				
dic-05	Bs. 371,23				
ene-06	Bs. 371,23				
feb-06	Bs. 426,92				
mar-06	Bs. 426,92				
abr-06	Bs. 426,92				

may-06	Bs. 465,75			
jun-06	Bs. 465,75			
jul-06	Bs. 465,75			
ago-06	Bs. 465,75			
sep-06	Bs. 512,32			
oct-06	Bs. 512,32			
nov-06	Bs. 512,32			
dic-06	Bs. 512,32			
ene-07	Bs. 512,32			
feb-07	Bs. 512,32			
mar-07	Bs. 512,32			
abr-07	Bs. 512,32			
may-07	Bs. 614,79			
jun-07	Bs. 614,79			
jul-07	Bs. 614,79			
ago-07	Bs. 614,79			
sep-07	Bs. 614,79			
oct-07	Bs. 614,79			
nov-07	Bs. 614,79			
dic-07	Bs. 614,79			
ene-08	Bs. 614,79			
feb-08				
mar-08	Bs. 614,79			
abr-08				
may-08	Bs. 799,00			
jun-08				
jul-08	Bs. 799,00			
ago-08	Bs. 799,00		Bs. 199,75	
sep-08				
oct-08	Bs. 799,00		Bs. 159,80	
nov-08	Bs. 799,00		Bs. 159,80	
dic-08	Bs. 799,00		Bs. 159,80	
ene-09	Bs. 799,00		Bs. 159,80	
feb-09	Bs. 799,00			
mar-09	Bs. 799,00		Bs. 199,75	
abr-09	Bs. 799,00		Bs. 159,80	
may-09	Bs. 879,30		Bs. 219,83	
jun-09	Bs. 879,30		Bs. 219,83	
jul-09	Bs. 879,30		Bs. 219,83	
ago-09	Bs. 879,30		Bs. 219,83	
sep-09	Bs. 2.047,56		Bs. 511,88	
oct-09	Bs. 967,50		Bs. 193,50	
nov-09	Bs. 967,50		Bs. 241,88	
dic-09	Bs. 967,50		Bs. 193,50	
ene-10	Bs. 967,50		Bs. 193,50	
feb-10	Bs. 967,50		Bs. 290,25	
mar-10	Bs. 1.064,25		Bs. 212,85	
abr-10	Bs. 1.064,25		Bs. 266,06	
may-10				
jun-10	Bs. 1.223,89			Bs. 305,97
jul-10	Bs. 1.223,89			Bs. 305,97

ago-10	Bs. 1.223,89			Bs. 305,97	
sep-10	Bs. 1.223,89		Bs. 183,58		
oct-10	Bs. 1.223,89		Bs. 305,97		
nov-10	Bs. 1.223,89		Bs. 244,78		
dic-10	Bs. 1.223,89		Bs. 244,78		
ene-11	Bs. 1.223,89		Bs. 244,78		
feb-11	Bs. 1.223,89		Bs. 244,78		
mar-11	Bs. 1.223,89		Bs. 244,78		
abr-11	Bs. 1.223,89			Bs. 244,78	
may-11					
jun-11	Bs. 1.407,47		Bs. 281,49		
jul-11	Bs. 1.407,47		Bs. 422,24		
ago-11	Bs. 1.407,47		Bs. 281,49		
sep-11	Bs. 1.548,21		Bs. 309,60		
oct-11	Bs. 1.548,21		Bs. 387,00		
nov-11	Bs. 1.548,21		Bs. 309,64		
dic-11	Bs. 1.548,21		Bs. 232,23		
ene-12	Bs. 1.548,21		Bs. 309,64		
feb-12					
mar-12	Bs. 1.548,21		Bs. 309,64		
abr-12	Bs. 1.548,21		Bs. 387,05	Bs. 154,82	
may-12	Bs. 1.780,45		Bs. 356,09	Bs. 89,02	
jun-12	Bs. 1.780,45		Bs. 356,09		
jul-12	Bs. 1.780,45		Bs. 445,00	Bs. 178,05	
ago-12	Bs. 1.780,45		Bs. 356,09		
sep-12					
oct-12	Bs. 2.047,52		Bs. 409,50		
nov-12	Bs. 2.047,52		Bs. 409,50		
dic-12	Bs. 2.047,52		Bs. 409,50		
ene-13	Bs. 2.047,52		Bs. 409,50		
feb-13	Bs. 2.047,52		Bs. 409,50		
mar-13	Bs. 2.047,52		Bs. 511,88		
abr-13	Bs. 1.911,02		Bs. 409,50	Bs. 102,38	
may-13	Bs. 2.457,02		Bs. 491,40	Bs. 122,85	
jun-13	Bs. 2.457,02	Bs. 1.052,56	Bs. 614,26	Bs. 122,85	Bs.00,00
jul-13	Bs. 2.457,02	Bs. 531,60	Bs. 491,40	Bs. 245,70	Bs. 00,00
ago-13	Bs. 2.457,02	Bs. 823,98	Bs. 491,40		Bs. 00,00
sep-13	Bs. 2.702,73	Bs. 157,89	Bs. 675,68		Bs. 54,06
oct-13	Bs.1.171,18	Bs. 160,82	Bs. 135,14	Bs. 135,14	Bs. 65,00
nov-13	Bs. 2.973,00	Bs. 173,25	Bs. 297,30		Bs. 89,16
dic-13	Bs. 2.973,00	Bs. 141,75	Bs. 745,25		Bs. 71,32
ene-14	Bs. 3.270,30	Bs. 233,77	Bs. 490,55		Bs. 78,45
feb-14	Bs. 3.270,30	Bs. 340,03	Bs. 654,06	Bs. 327,03	Bs. 117,68
mar-14	Bs. 3.270,30	Bs. 956,34	Bs. 817,58	Bs. 327,03	Bs. 359,59
abr-14	Bs. 3.270,30	Bs. 318,78	Bs. 490,55	Bs. 327,03	Bs. 143,83

2) A los folios 64 al 85 de la pieza principal, cursan copias certificadas de **documentos públicos administrativos** contentivos del procedimiento de reclamo por pasivos laborales incoado por el trabajador contra la entidad de trabajo Corporación la Brasa de Oro, C. A., por ante la Inspectoría del Trabajo en el Este del

Área Metropolitana de Caracas, documentales que se desechan del controvertido por cuanto nada aportan a la resolución de lo pretendido. Así se establece.

3) A los folios 86 y 87 de la pieza principal, cursan **recibos de pago** a nombre del demandante, emanados de la entidad de trabajo Corporación la Brasa de Oro, C. A., correspondientes a pago por concepto de vacaciones de los períodos 2005-2006 y 2006-2007, por cuanto abarcan períodos no reclamados en la demanda se desechan del material probatorio. Así se establece.

4) A los folios 2 al 199 del cuaderno de recaudos 1, marcados “C” y “C1”, cursan dos (2) cuadernos sin identificación señalando la parte accionante en su escrito de promoción de pruebas que se trata de “**cuadernos de control de pago de propinas y porcentajes**”, correspondientes a los años “2012 y 2014” llevados por los mesoneros, sobre los cuales, la parte demandada en la audiencia de juicio indicó que los mismos no se encuentran suscritos por nadie, no se evidencia de ellos conceptos ni consta autoría alguna, insistiendo la parte actora en su valor al manifestar que dichos cuadernos lo manejaban los mesoneros y “*la Casa*”.

Ahora bien, conforme al principio de alteridad de la prueba bajo el cual “*nadie puede fabricarse su propia prueba*”, ninguna de las partes en juicio puede procurarse unilateralmente una prueba favorable a su pretensión o defensa, sin la intervención de un sujeto distinto de quien pretende aprovecharse del medio de prueba. En tal sentido, dichos documentos no son valorados al emanar unilateralmente de la parte actora quien pretende beneficiarse de las mismas, sin que se evidencie que la demandada haya participado también en su elaboración, por lo que no le resultan oponibles a la parte demandada desechándose del proceso. Así se decide.

Prueba de exhibición:

5) Solicitó la exhibición del “*Control de Ingreso Económico por concepto de Propinas y Porcentaje*” correspondiente a los períodos “2012 y 2014”, del cual consignaba original de “*cuaderno control llevado por el trabajador*”, marcados “C” y “C1”, cursantes a los folios 2 al 199 del cuaderno de recaudos 1.

Al respecto, la parte demandada en la audiencia de juicio indicó que iba a exhibir unas documentales denominadas “*control de ingreso económico por concepto de propinas y porcentaje*” debidamente firmado por los mesoneros, a lo cual, la parte actora adujo que dichas documentales que se pretendían consignar eran copias simples, por las que procedió a impugnarlas e indicando que no se trataba del documento solicitado a exhibir. Por su parte, la Juez de Juicio indicó que dichas documentales debieron ser consignadas en su oportunidad legal, y por tanto, no las recibía; sin embargo, la demandada insistió en la consignación de dichos documentos bajo el fundamento que, los cuadernos consignados por el actor, no los podía exhibir al tratarse de originales de controles personales de los mesoneros para llevar sus cuentas.

Respecto a la exhibición de documentos, el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, establece:

Artículo 82. La parte que deba servirse de un documento, que según su manifestación se halle en poder de su adversario, podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá **acompañar**

una copia del documento o, en su defecto, la **afirmación de los datos** que conozca el solicitante acerca del contenido del documento y, en ambos casos, un medio de prueba que constituya, por lo menos, **presunción grave** de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.

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

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

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

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

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

De manera que, con independencia de que el documento sea o no de los que el empleador debe llevar por mandato legal, **se exhibe es el original que corresponda con la copia o con los datos suministrados por quien promueve la prueba.**

En el caso bajo estudio, se desprende de la revisión de las actas procesales que la parte actora en su escrito de promoción de pruebas –que corre inserto a los folios 34 y 35 de la primera pieza principal-, solicitó la prueba de exhibición de una documental que denomina “*Control de Ingreso Económico por concepto de Propinas y Porcentaje*” correspondiente a los períodos 2012 y 2014, y por ello la parte demandada trajo a la audiencia de juicio para su exhibición una documental que identifica con esa misma denominación; sin embargo, posteriormente señala la promovente que consigna original de una documental con otra denominación relativa a “*cuaderno control llevado por el trabajador*”, por lo que infiere esta Sala que se trata de otra documental

solicitada a exhibir, y por ello, la parte demandada señala que no la puede consignar por ser una original que está en poder del trabajador.

En lo que respecta a la exhibición del denominado por el promovente “**Control de Ingreso Económico por concepto de Propinas y Porcentaje**” correspondiente a los períodos “2012 y 2014”, se observa que la misma es promovida por la accionante sin aportar a los autos copia del documento cuya exhibición se solicita, ni indicar la afirmación de los datos que contiene. Al respecto, cabe indicar el carácter salarial que implica el porcentaje sobre el consumo así como el valor que representa el derecho a percibir propina, a tenor de lo establecido en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y, en el presente caso, la costumbre de repartir el porcentaje y recibir propinas ha quedado aceptada por la demandada así como el hecho de llevar controles; no obstante, ello no exime al actor promovente de la carga de aportar a los autos copia de los documentos cuya exhibición se solicita, o de indicar la afirmación de los datos que contiene, de allí que al no cumplir con la carga objetiva impuesta en el artículo 82 *eiusdem*, se hace inaplicable la consecuencia jurídica prevista en la norma. Así se decide.

Ahora bien, sobre la exhibición del original de dos (2) “**cuadernos de control llevados por el trabajador**” y consignados marcados “C” y “C1”, cursantes a los folios 2 al 199 del cuaderno de recaudos N° 1, -aduciendo la accionante que se trata de la documental solicitada a exhibir-, observa esta Sala que no se desprende de la misma que la demandada haya intervenido en la elaboración o control de tales cuadernos, por cuanto no consta autoría alguna, no se observa ningún distintivo o sello húmedo de la empresa, y la demandada no acepta su participación en la elaboración de los mismos, por lo que no puede desprenderse de los documentos consignados elemento alguno que permita evidenciar que se halla o se ha hallado en poder del adversario; aunado a ello, la accionante en su promoción está consignando las originales, y no copias de los documentos solicitados a exhibir, lo que deviene en la imposibilidad de que la contraparte los exhiba y, esos originales presentados, se trata de documentales realizados unilateralmente de la parte actora, por lo que no le resultan oponibles a la parte demandada de conformidad con el principio de alteridad de la prueba.

En cuyo caso, advierte la Sala que en la forma como fue promovida **la prueba de exhibición de documentos no ha debido admitirse**, al no cumplir en su promoción los requisitos legales, por lo que, no es posible atribuir la consecuencia jurídica establecida por el legislador de tener como cierto su contenido ante la no exhibición establecida en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

Pruebas de la parte demandada

Documentales:

1) A los folios 89 al 93 de la pieza principal, cursan copias simples del **procedimiento de reclamo** incoado por el trabajador contra la entidad de trabajo Corporación la Brasa de Oro, C. A., por ante la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, documentales que se desechan del controvertido por cuanto nada aportan a la resolución de lo pretendido. Así se establece.

2) A los folios 94 y 95 de la pieza principal, cursan originales de **recibos de pago** a nombre del demandante, emanados de la entidad de trabajo Corporación la Brasa de Oro, C. A., correspondientes al período 1° de noviembre de 2013 hasta el 30 de abril de 2014, sobre los cuales indica la representación judicial de la parte demandada en la audiencia de juicio del minuto 18:23 al minuto 18:45 que “*en algunos meses y en algunos años no se evidencia, no se refleja, el pago por concepto de horas extras, pero eso no quiere decir que no se hayan pagado en esa oportunidad (...) en efectivo*”; dichas documentales no fueron desconocidas en la audiencia de juicio por la parte actora por lo que se les otorga valor probatorio de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de los mismos se desprenden los salarios mensuales pagados al actor compuestos por el salario básico, domingos y feriados laborados, y el pago de horas extraordinarias nocturnas y días nocturnos (entiéndase bono nocturno) en los meses de noviembre y diciembre 2013 y enero hasta abril de 2014, cuyos montos fueron señalados *supra* con las pruebas de la parte actora. Asimismo, se observan en el recibo de pago deducciones por Seguro Social Obligatorio, Paro Forzoso y Política Habitacional. Así se establece.

3) A los folios 96 al 99 de la pieza principal, cursan originales de **liquidaciones** de prestaciones sociales correspondientes a los años 2009, 2010, 2011 y 2013, suscritos por el actor, los cuales no fueron desconocidos en la audiencia de juicio por lo que se les otorga valor probatorio de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de los mismos se desprende los siguientes pagos: Año 2009: la cantidad de Bs. 4.947,02 que comprende los conceptos de adelanto de antigüedad Bs. 3.080,22 y utilidades Bs. 1.866,80; Año 2010: la cantidad de Bs. 6.480,00 que comprende los conceptos de adelanto de antigüedad Bs. 4.080,00 y utilidades Bs. 2.400,00; Año 2011: la cantidad de Bs. 7.686,00 que comprende los conceptos de adelanto de antigüedad Bs. 4.900,00 y utilidades Bs. 2.800,00; Año 2013: la cantidad de Bs. 27.675,14 que comprende los conceptos de adelanto de antigüedad Bs. 17.062,00 y utilidades Bs. 10.666,67; para un total cancelado por adelanto de antigüedad y utilidades en Bs. 46.788,16, cantidad ésta que solicita la demandada en la contestación se descuenta del concepto de prestaciones sociales.

Sin embargo, observa esta Sala que los pagos por concepto de utilidades abarcan los períodos 2009, 2010, 2011 y 2013 que no fueron demandados, por cuanto el reclamo se basa en las utilidades fraccionadas año 2014, y siendo que los mismos no pueden ser imputados al concepto de prestaciones sociales, no procede descuento alguno por dichos montos y, en consecuencia, no procede descontar la cantidad total que infiere la demandada de Bs. 46.788,16 y, por su parte, en cuanto al concepto de prestaciones sociales, la sumatoria de las cantidades canceladas como adelantos por dicho concepto indicadas de Bs. 3.080,22, Bs. 4.080,00, Bs. 4.900,00 y Bs. 17.062,00, arroja el monto de **Bs. 29.122,22**, corrigiéndose la cantidad indicada por el *a quo* de Bs. 29.121,81 basada en un error material en la sumatoria, la cual debe ser la que efectivamente corresponde descontar al actor por prestaciones sociales. Así se establece.

4) En cuanto a las **documentales que la parte demandada pretendió incorporar al proceso en la celebración de la audiencia de juicio** y que denominó “*control de ingreso económico por concepto de propinas y porcentaje*”, y que la parte actora procedió a impugnar al observar en dicho acto, que se trataban de copias

simples y aduciendo que no eran las solicitadas a exhibir, se observa que el tribunal *a quo* no procedió a incorporarlas a los autos bajo el fundamento que debieron ser consignadas en su oportunidad legal.

En este sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, señala:

Artículo 3: El proceso será oral, breve y contradictorio, sólo se apreciarán las pruebas incorporadas al mismo conforme a las disposiciones de esta Ley, se admitirán las formas escritas previstas en ella. (Destacados añadidos).

Asimismo, el artículo 65 *eiusdem* establece el principio de preclusión de los lapsos procesales, así:

Artículo 65: Los términos o lapsos para el cumplimiento de los actos procesales son aquellos expresamente establecidos por esta Ley. En ausencia de regulación legal, el Juez está facultado para fijarlos, conforme al principio de celeridad procesal.

Congruente con tales disposiciones, establece el artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo:

Artículo 73: La oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

Aprécia la Sala que dicha instrumental -relativa a un documento privado- denominada “*control de ingreso económico por concepto de propinas y porcentaje*”, pretendía la demandada fuera incorporada a los autos encontrándose la causa bajo el arbitrio del juzgado de juicio, y por ende, de forma extemporánea, haciéndose valer de la prueba de exhibición promovida por el actor la cual no reunía los requisitos para su admisión. Por tanto, si la demandada llevaba un control de los porcentajes y de tasación del derecho a percibir propinas, debió promoverlo en su oportunidad legal para así desvirtuar los montos indicados por el actor en su demanda, toda vez que conteste con el artículo 73 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la oportunidad procesal para promover los medios de prueba de los cuales las partes estimen servirse para acreditar sus alegatos -salvo los documentos públicos-, es al inicio de la audiencia preliminar, por lo que el tribunal *a quo*, al no recibir tal documento, actuó ajustado a derecho. Así se decide.

De igual forma, se llevó a cabo **declaración de parte**, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo a la parte actora ciudadano Alejandro Monsanto, quien señaló que su jornada laboral consistía en un horario variado, una (1) semana de apertura, de 9:00 a.m. a 6:00 p.m., una (1) semana intermedia, de 11:30 a.m. hasta las 3:00 p.m., y de 6:00 p.m. hasta las 10:30 p.m., y dos (2) semanas de cierre de 6:00 p.m. a 3:00, 4:00 ó 4:30 a.m., y que trabajaba todos los días **con dos (2) días de descanso**, miércoles y jueves; que el salario era “*variado*” por porcentajes y propinas percibiendo entre Bs. 3.900,00 y Bs. 6.000,00 semanal, más el salario mínimo que pagaba “*la casa*”; que en relación al porcentaje se llevaba diario y semanalmente en un cuaderno y le pasaban una copia al dueño del negocio porque la casa también participaba como un mesonero más, teniendo sus 4 puntos también como los mesoneros, y era cancelado por el dueño los días lunes; en cuanto a la propina señaló que era repartida entre todos los mesoneros, siempre y cuando le hayan informado a la casa; aparte indicó que la relación laboral finalizó en el año 2012 por retiro justificado por un

inconveniente con el encargado del negocio, quien le señaló al “*dueño del local*” algo que no era, por lo que éste -dueño del local- le “*retiró*” –al trabajador-, a lo cual, el trabajador procedió a explicarle lo que había pasado y no quiso darle la razón y le dijo -al trabajador- que se fuera una (1) semana para que descansara y que tenía su carta de renuncia, que la firmara, lo cual no hizo por considerarlo un despido indirecto, indicándole que no iba a firmar la carta de renuncia, exponiendo que por eso lo “*botó*” (entiéndase lo despidieron) –al trabajador-.

Con respecto a la declaración de parte rendida ante el Juez de juicio del ciudadano José Figueira, titular de la cédula de identidad Nro. 6.146.493, actuando en representación de la empresa, manifestó que acudía al local todos los días en la mañana, el cual está ubicado en la Av. Francisco de Miranda, pasando el Unicentro El Marqués en la cuadra siguiente; que el local abre a las 12:00 m. y cierra a las 10:00 p.m. de lunes a jueves y **los fines de semana cierra a la 1:00 a.m.** y se le pagan las horas extras hasta las 2:00 a.m., y eso se saca por el ticket de la caja; que el trabajador tenía libres miércoles y jueves; que de mutuo acuerdo con la empresa se le pagaba el salario mínimo, más las horas nocturnas, más los domingos dobles, y la propina y **el 10% se le daba todos los días lunes, y se desglosaba del ticket de la venta diaria, se anotaba en un cuaderno** y todos los lunes ellos subían y se les daba su porcentaje a cada uno; y sobre las propinas trataron de crear un pote global y varios de los compañeros no querían que el Sr. Alejandro Monsanto participara y otros mesoneros, entonces de mutuo acuerdo quedaron en que cada quien agarraba su **propina y se les hacía un recibo aparte, bajo mutuo acuerdo, donde ellos firman el recibo por la propina y el porcentaje; que en el cuaderno no se señalan las propinas, el cuaderno señalaba el porcentaje diario**; que el horario era variado, ellos mismos se fijaban el horario y tenían los mesoneros una facultad de tomarse cuatro (4) días corridos los sábado, domingos, lunes y martes, bajo mutuo acuerdo de ellos y la empresa no se metía en eso; que ellos llegaban a las **10:00 a.m., trabajaban hasta las 3:00 p.m., luego llegaban a las 7:00 p.m. hasta la 10:00 p.m.**, y que el que trabajaba corrido llegaba a las 10:00 a.m. y se iba a las 6:00 p.m., con su respectiva hora para comer; que sobre los días de utilidades que cancelaba la empresa cree que son treinta (30) días y que eso lo llevaba la contabilidad.

La Sala de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, otorga valor probatorio a ambas declaraciones, como confesiones de parte efectuadas ante el Juez de juicio, en cuanto a los hechos desfavorables –que se acepten o perjudiquen- en beneficio de la contraparte. Respecto a la parte actora, que tenía dos (2) días de descanso semanal y que el dueño del local le “*retiró*” para que se fuera una semana y que firmara una renuncia, lo cual consideró un despido indirecto, que le indicó que no iba a firmar la carta de renuncia, y que luego de ello, lo despidieron. Respecto a la parte demandada el nuevo horario alegado de 10:00 a.m., trabajaban hasta las 3:00 p.m., luego llegaban a las 7:00 p.m. hasta la 10:00 p.m., y los fines de semana cierra a la 1:00 a.m., y que sobre la propina se acordó hacer un recibo aparte y sobre el porcentaje diario se llevaba un cuaderno. Así se decide.

Terminado el análisis de las pruebas aportadas por las partes a los autos, esta Sala pasa decidir la presente controversia en los términos siguientes:

Con el propósito de resolver el fondo del presente asunto, se aprecia que el Juzgado Décimo Primero de Primera Instancia de Juicio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declaró con lugar

la demanda, procediendo la parte demandada a interponer el recurso de apelación ante el perjuicio sufrido. Por lo tanto, debe considerarse la prohibición de la *reformatio in peius*, según la cual no puede desmejorarse la condición de la parte apelante, que en este caso fue la demandada.

En el caso bajo estudio, atendiendo al principio *tantum apellatum quantum devolutum*, se observa que la parte demandada circunscribió su apelación en estos aspectos: **1)** La improcedencia de los montos establecidos en el libelo por derecho a percibir propina y porcentaje sobre el consumo, por cuanto las cantidades que debían tomarse en cuenta eran las reflejadas en un control de ingresos económicos que lleva la demandada y que se presentó para su exhibición en la audiencia de juicio, no siendo agregado a los autos por la primera instancia al considerar que no era la documental que se estaba solicitando exhibir y que dichos controles debieron ser promovidos en su oportunidad legal, **2)** La improcedencia de las horas extraordinarias al no demostrarse que el actor las haya trabajado o su establecimiento en el límite legal, **3)** La improcedencia de la indemnización por terminación de la relación laboral, aduciendo que el actor en la declaración de parte no habló de la ocurrencia de un despido sino de un retiro.

En cuanto al recargo de un **porcentaje sobre el consumo** en los locales en que se acostumbra cobrar al cliente por el servicio, que le corresponde al trabajador, en una proporción, como parte del salario, así como el valor que para el trabajador representa el **derecho a percibir propina** que le corresponde igualmente como parte del salario, de acuerdo con la costumbre o el uso local, se observa que la parte demandada al momento de contestar la demanda acepta el derecho que tienen la accionante a devengar en su salario un componente variable que dependía de la propina y el 10% sobre el consumo.

Sobre el particular, el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece:

Artículo 108. En los locales en que se acostumbre cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario, en la proporción que corresponda a cada trabajador o trabajadora de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso.

Si el trabajador o trabajadora, recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considerará formando parte del salario un valor que para él o ella representa el derecho a percibir las, el cual se estimará por convención colectiva o por acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre el patrono o patrona y el trabajador o trabajadora la estimación se hará por decisión judicial.

El valor que para el trabajador o trabajadora representa el derecho a percibir la propina, se determinará considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador o la trabajadora, la categoría del local y demás elementos derivados la costumbre o el uso.

De acuerdo con la norma citada, en los locales en que se **acostumbre** cobrar al cliente por el servicio – donde se mantenga la costumbre-, formará parte del salario normal del trabajador el recargo del porcentaje sobre el consumo, en la proporción pactada o que derive de la costumbre o el uso del local. Asimismo, en los locales en que por **costumbre o uso** el trabajador recibiera propinas –por la cantidad y calidad del servicio-, formará parte del salario normal del trabajador el valor que representa el derecho a percibir las -y no las cantidades pagadas voluntariamente por los clientes-, dicho valor será el estimado por convención colectiva o por acuerdo entre el empleador y el trabajador y, sólo en caso de **desacuerdo** entre partes, es que la estimación se hará por

decisión judicial, tomando en cuenta los criterios señalados para su cuantificación, entre los cuales se destacan: la calidad del servicio; el nivel profesional, la productividad del trabajador, la categoría del local y demás elementos derivados de la costumbre o el uso.

En el caso *sub examine*, la Sala aprecia que la entidad de trabajo demandada acepta que al trabajador se le cancelaba el concepto de porcentaje de 10% sobre el consumo y que la forma de distribución era la de repartir el importe entre los mesoneros del restaurante y “La casa”, según el acuerdo que mantenían dichos mesoneros, y acepta que el trabajador recibía igualmente propina directamente de manos de los comensales, por lo que efectivamente dichos conceptos deben computarse como parte del salario normal del accionante; no obstante, lo controvertido es el monto que corresponde por dichos conceptos ya que la parte actora procedió a estimarlos en el libelo, y la demandada, limita su apelación al manifestar, que le corresponden en las cantidades reflejadas en un control de ingresos económicos por porcentaje y propina, llevado por ella.

De tal forma que, debe examinarse la estimación realizada por el acuerdo entre el empleador y el trabajador. A los fines de desvirtuar las cantidades señaladas por la accionante, la entidad de trabajo demandada pretendió consignar en la audiencia de juicio un control de ingresos económicos por porcentaje y propina, sosteniendo que allí se reflejan los montos que debían tomarse en cuenta como parte variable del salario, tratándose de una documental extemporánea y ante una exhibición promovida por la parte actora que no reunía los requisitos para su admisión, **por lo que la demandada no logra demostrar montos distintos, y por tanto, no desvirtúa los montos indicados por el actor en su demanda.**

En efecto, la demandada **admitió el derecho** a las referidas asignaciones -porcentaje y propina- y, en la declaración de parte rendida en la primera instancia, sostuvo que ese 10% se le daba al trabajador todos los días lunes y se desglosaba del ticket de la venta diaria, se anotaba en un cuaderno ese porcentaje diario, y los mesoneros firman un recibo por el porcentaje y que bajo mutuo acuerdo se acordó que los trabajadores firmaban un recibo aparte por la propina y, en la audiencia de juicio, la representación judicial de la demandada **aduce que se llevaba a tal efecto un control de ingresos por porcentaje y propina**; en consecuencia, **era su carga probatoria** el demostrar lo devengado como parte variable del salario por el demandante, de lo cual no consta elemento probatorio que reflejen unos montos distintos, por ello debe esta Sala tener como cierto los montos indicados mes a mes en el libelo de la demanda, indicados en el cuadro Nro. 1 *supra*, como parte del salario normal reclamados desde enero de 2012 hasta mayo de 2014. Así se decide.

Por otra parte, con relación al **horario de trabajo** alegado por el trabajador como rotativo con semana de apertura desde las 9:00 a.m. hasta las 6:30 p.m., intermedia de 11:30 a.m. hasta las 3:00 p.m. y de 6:00 p.m. a 10:30 p.m., y semana de cierre de 6:00 p.m. hasta las 4:00 a.m., la parte demandada niega en el escrito de contestación que la accionante laborara en un turno de lunes a lunes, pero no rechaza expresamente el aludido horario de trabajo y, si bien, en la declaración de parte rendida en la primera instancia, manifiesta un horario distinto de 10:00 a.m. hasta las 3:00 p.m. y luego desde las 7:00 p.m. hasta la 10:00 p.m. y que los fines de semana cierra a la 1:00 a.m., no cumplió con su carga de demostrarlo, en consecuencia, esta Sala **debe tener como cierto el horario de trabajo indicado por la parte actora en su escrito libelar.** Así se decide.

En cuanto a las **horas extraordinarias no canceladas**, devienen del horario de trabajo de una (1) semana de cierre, en cada mes, de 6:00 p.m. hasta las 4:00 a.m., equivalente a 10 horas nocturnas laboradas en esa semana que laboraba en el transcurso de un mes, el cual quedó establecido como cierto anteriormente por no haber sido efectivamente desvirtuado por la demandada, aunado al hecho que, la representación judicial de la parte demandada manifestó del minuto 18:23 al minuto 18:45 del video de la audiencia de juicio que “*en algunos meses y en algunos años no se evidencia, no se refleja, el pago por concepto de horas extras, pero eso no quiere decir que no se hayan pagado en esa oportunidad... en efectivo*”, lo cual no logra demostrar, por lo que se impone acordar la procedente de dicho concepto.

No obstante, al tratarse de una jornada mixta tiene un período nocturno mayor de 4 horas se considerará jornada nocturna en su totalidad que no puede exceder de 7 horas por día, resultaría en una labor extraordinaria de 3 horas por día, en esa semana de cierre y, ante la declaración de parte rendida en primera instancia donde manifiesta el actor que tenía dos (2) días de descanso en la semana, las cuales multiplicadas por los cinco (5) días de la semana laborados por el accionante, dan un resultado de 15 horas en esa semana, en el transcurso de un (1) mes, y que multiplicadas por doce (12) meses resultaría en 180 horas extraordinarias laboradas en cada año. En consecuencia, visto que en ese supuesto las horas extras excederían el máximo legal y en base a la prohibición de la *reformatio in peius*, se ordena su pago en el límite previsto en el literal c) del artículo 178 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que es de cien (100) horas extraordinarias por cada año de servicio, reclamadas desde octubre de 2005 hasta mayo de 2013, así como su inclusión en el salario normal. Así se decide.

En relación con la causa de **terminación de la relación de trabajo** el actor alega que fue por despido injustificado y, en la declaración de parte rendida en la primera instancia, ratifica su argumento. Por su parte, la demandada sostiene que la parte actora de forma voluntaria, sin razón alguna, y sin contar con la autorización de su supervisor inmediato “*no se presentó a su puesto de trabajo a partir del 12 de mayo de 2014*” y no volvió a la sede para reincorporarse a sus labores, los cuales se tienen como hechos negativos que no son objeto de prueba; sin embargo, luego aduce la demandada que la relación laboral termina por “*abandono de su puesto de trabajo*” lo cual constituye una causa de despido justificado prevista en el literal j) del artículo 79 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Al respecto, entre las causas justificadas de despido, el aludido artículo 79 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece:

Artículo 79: Serán causas justificadas de despido, los siguientes hechos del trabajador o trabajadora:

(...)

j) Abandono del trabajo.

(...)

Se entiende por abandono del trabajo:

a) La salida intempestiva e injustificada del trabajador o trabajadora durante las horas laborales del sitio trabajo, sin permiso del patrono o de la patrona o de quien a éste represente.

b) La negativa a trabajar en las tareas a que ha sido destinado, siempre que ellas estén de acuerdo con el respectivo contrato o con la Ley. No se considerará abandono del trabajo, la negativa del

trabajador o trabajadora a realizar una labor que entrañe un peligro inminente y grave para su vida o su salud.

c) La falta injustificada de asistencia al trabajo de parte del trabajador o trabajadora que tuviere a su cargo alguna tarea o máquina, cuando esa falta signifique una perturbación en la marcha del proceso productivo, la prestación del servicio o la ejecución de la obra.

En el presente caso, de acuerdo a la forma en que contestó la demanda la carga de la prueba en lo relativo a la causa de terminación de la relación laboral corresponde a la demandada, cuyo hecho alguno de supuesto abandono previstos en los literales referidos *supra* **no se encuentra alegado ni demostrado en el presente juicio**, por ello considera la Sala que la causa de terminación de la relación de trabajo fue por el despido injustificado. Así se decide.

Precisado lo anterior, pasa de seguidas esta Sala a **determinar lo que le corresponde al accionante, y los parámetros en derecho**, sobre los cuales se deberá hacer su cálculo para establecer los montos a pagar por cada concepto:

Corresponde el pago de **horas extraordinarias nocturnas** tomando en cuenta que se calcularán 100 horas extraordinarias al año en el período reclamado desde el mes de octubre de 2005 hasta mayo de 2013, debiendo distribuirse proporcionalmente a lo largo del año (es decir, al dividir entre 12 cada cantidad, se obtienen las horas extras de cada mes), lo cual deberá ser calculado mediante experticia complementaria al fallo, a razón del salario normal devengado en el momento en que debió haberlas percibido conformado por el salario básico mensual equivalente al salario mínimo, domingos y feriados que se desprenden de los recibos de pago de autos que quedaron reconocidos y cuyas cantidades fueron señaladas en el cuadro Nro. 2 *supra*, en el entendido que en los meses (donde no conste el salario básico se realizará el cálculo con el salario mínimo nacional), más la inclusión del derecho a percibir propina y porcentaje sobre el consumo en los montos señalados en el libelo y que se encuentran indicados en el cuadro Nro. 1 *supra*.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 144 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y el artículo 118 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012), las horas extraordinarias nocturnas, serán pagadas con un 50% de recargo sobre el salario convenido para la jornada ordinaria -correspondiente al período en el cual se hubieren causado-, debiendo añadirse un recargo adicional del 30% por bono nocturno, todo ello, conteste con lo establecido en los artículos 155 y 156 de la referida Ley (1997), ahora artículos 117 y 118 de la vigente Ley (2012), y una vez calculadas las mismas deberán ser adicionadas al salario correspondiente para el cálculo de los conceptos laborales derivados de la relación laboral aquí reclamados, en los cuales no se incluyeron dichas horas extras. Así se establece.

En lo que respecta al concepto de **prestaciones sociales** a que se refiere el artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, resulta procedente el pago de la diferencia del concepto enunciado en virtud de que no fue pagado con el salario que le corresponde al actor, y si bien, la parte accionante en su libelo realizó el cálculo de ambos regímenes reclamado el concepto de acuerdo al literal c) al considerar que le resultaba más favorable, no obstante, al ser modificada la base salarial con el cual realizó sus cálculos en virtud de la apelación de la parte demandada, se impone verificar el régimen más favorable al trabajador

realizando el cálculo de ambos regímenes –total de la garantía y el cálculo efectuado al final de la relación– como lo establece el literal d) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por el cual, el actor recibirá la modalidad que represente la mayor suma, debiendo el experto determinar el monto que por dicho concepto le corresponde al accionante, que en el caso de autos, siendo que la relación laboral inició el 5 de octubre de 2005 bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo del año 1997, y culminó el 12 de mayo de 2014 bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el experto deberá realizar los cálculos en atención a ambos textos legislativos en los términos siguientes:

Se deberá calcular la garantía de prestaciones sociales generadas por el accionante durante la relación laboral a que se refiere el literal a) del referido artículo 142 *eiusdem*, del cual, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, es parte integrante la prestación de antigüedad acreditada en las mismas condiciones, por tanto, dentro del cálculo de la garantía, deberá calcular desde el inicio de la relación laboral, lo correspondiente al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 conforme al cual después del tercer mes de servicio se computa lo equivalente a cinco (5) días de salario integral por cada mes; dicho cálculo deberá ser realizado en tales términos hasta el 30 de abril de 2012; y luego a partir de mayo de ese año, se deberá seguir calculando la garantía de prestaciones sociales, con base a los parámetros establecidos en el literal a) del artículo 142 la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por un pago trimestral de quince (15) días de salario integral a calcular con base al salario promedio percibido en el respectivo trimestre.

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

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

En tal sentido, teniendo el accionante un tiempo de servicio de ocho (8) años, siete (7) meses y siete (7) días, le corresponden por garantía de prestaciones sociales 505 días de salario; así como, catorce (14) días adicionales de salario –que corresponden a dos (2) días por cada año de servicio–, como se determina en el siguiente cuadro:

Período	Días de Antigüedad	Días Adicionales
oct-05	0	
nov-05	0	
dic-05	0	
ene-06	5	
feb-06	5	
mar-06	5	
abr-06	5	
may-06	5	
jun-06	5	
jul-06	5	
ago-06	5	
sep-06	5	
oct-06	5	
nov-06	5	
dic-06	5	
ene-07	5	
feb-07	5	
mar-07	5	
abr-07	5	
may-07	5	
jun-07	5	
jul-07	5	
ago-07	5	
sep-07	5	2
oct-07	5	
nov-07	5	
dic-07	5	
ene-08	5	
feb-08	5	
mar-08	5	
abr-08	5	
may-08	5	
jun-08	5	
jul-08	5	
ago-08	5	
sep-08	5	4
oct-08	5	
nov-08	5	
dic-08	5	
ene-09	5	
feb-09	5	
mar-09	5	
abr-09	5	
may-09	5	
jun-09	5	
jul-09	5	
ago-09	5	
sep-09	5	6

oct-09	5	
nov-09	5	
dic-09	5	
ene-10	5	
feb-10	5	
mar-10	5	
abr-10	5	
may-10	5	
jun-10	5	
jul-10	5	
ago-10	5	
sep-10	5	8
oct-10	5	
nov-10	5	
dic-10	5	
ene-11	5	
feb-11	5	
mar-11	5	
abr-11	5	
may-11	5	
jun-11	5	
jul-11	5	
ago-11	5	
sep-11	5	10
oct-11	5	
nov-11	5	
dic-11	5	
ene-12	5	
feb-12	5	
mar-12	5	
abr-12	5	
may-12	0	
jun-12	0	
jul-12	15	
ago-12	0	
sep-12	0	
oct-12	15	12
nov-12	0	
dic-12	0	
ene-13	15	
feb-13	0	
mar-13	0	
abr-13	15	
may-13	0	
jun-13	0	
jul-13	15	
ago-13	0	
sep-13	0	
oct-13	15	14
nov-13	0	
dic-13	0	

ene-14	15	
feb-14	0	
mar-14	0	
abr-14	15	
may-14	5	
	505	56

De esta manera, ya queda totalizada la garantía de prestaciones sociales generadas por el accionante durante la relación laboral.

Adicionalmente, se debe realizar el cálculo a que alude el literal c) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por todo el tiempo de servicio, en atención a lo previsto en el numeral 2, de la Disposición Transitoria Segunda, se computa el lapso total de la prestación de servicios, teniendo el accionante un tiempo de servicio de ocho (8) años, siete (7) meses y siete (7) días, en tal sentido, se computa la cantidad de nueve (9) años –por tener más de seis meses de servicio el año de culminación de la relación laboral-, a razón de treinta (30) días por año, correspondiendo para el caso de autos a 270 días, multiplicado por el promedio del salario integral devengado durante los últimos seis meses, en atención a lo dispuesto en el artículo 122 *eiusdem*.

Por último, el experto luego de haber calculado la garantía de prestaciones sociales con la aplicación de los literales a) y b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que como se indicó *supra* comprende los cinco (5) días por mes en base al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, los quince (15) días por cada trimestre en base al literal a) en referencia, los cinco (5) días de salario por cada mes laborado o la fracción del mes laborada en base a los literales a) y e) del referido artículo y, los dos (2) días adicionales por año, para obtener el total de la garantía, deberá compararlo con el resultado del cálculo ordenado efectuar en atención al literal c) del artículo 142 *eiusdem* y el monto que resulte superior entre ambos cálculos será el que corresponda al accionante por concepto de prestaciones sociales.

Para la realización de los referidos cálculos el experto contable deberá considerar que el salario se encuentra compuesto de la siguiente manera: el salario **normal**, compuesto por el salario básico mensual equivalente al salario mínimo, horas extras (junio de 2013 en adelante), domingos, feriados y días nocturnos (entiéndase bono nocturno) que se desprenden de los recibos de pago de autos que quedaron reconocidos y cuyas cantidades fueron señaladas en el cuadro Nro. 2 *supra*, en el entendido que (en los meses donde no conste el salario básico se realizará el cálculo con el salario mínimo nacional), más la incidencia de las horas extraordinarias nocturnas bajo el límite legal de 100 horas anuales (octubre de 2005 hasta mayo de 2013); así como la inclusión de una parte variable integrada por el derecho a percibir propina y porcentaje sobre el consumo en los montos señalados en el libelo y que se encuentran indicados en el cuadro Nro. 1 *supra*; correspondiendo por el último salario devengado en mayo de 2014 en el básico mensual de Bs. 4.251,78, horas extras Bs. 462,28, días feriados Bs. 858,45, más la inclusión del derecho a percibir propina Bs. 1.711,00 y porcentaje sobre el consumo Bs. 11.326,00, montos éstos señalados en el libelo y que quedaron reconocidos, para el total de Bs. 18.609,51 mensual como último salario devengado y Bs. 620,32 diarios; y a los fines de obtener el salario **integral** mensual se le adicionará la alícuota de utilidades (con base en 30 días por año) y bono

vacacional (con base a los días indicados *infra*). Al monto que resulte a pagar se le descontarán las cantidades canceladas por este concepto según se evidencia de los recibos de pagos cursantes a los folios 96 al 99 de la pieza principal, a saber, Bs. 3.080,22, Bs. 4.080,00, Bs. 4.900,00 y Bs. 17.062,00, que arroja el monto a deducir de Bs. 29.122,22. Así se decide.

En relación con los **intereses de las prestaciones sociales** corresponde su pago de conformidad con el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, calculados aplicando la tasa de intereses pasiva determinada por el Banco Central de Venezuela para el cálculo de las prestaciones sociales, tomando en cuenta como fecha de ingreso el 5 de octubre de 2005 y egreso el 12 de mayo de 2014 así como el respectivo histórico salarial, a ser cuantificados por experticia complementaria del fallo por un único perito designado por el Tribunal. Así se decide.

En lo atinente a la **indemnización por terminación de la relación de trabajo** prevista en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; le corresponde por este concepto al tenerse por cierto que la relación laboral culminó por despido injustificado, correspondiendo al actor un monto igual al total generado por concepto de prestaciones sociales, es decir, la cantidad total sin los descuentos ordenados. Así se decide.

En cuanto a las **vacaciones fraccionadas 2013-2014** prevista en el artículo 196 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; le corresponde este concepto al haber sido aceptado su pago por la demandada, en proporción a los meses completos de servicio durante ese año, siendo que, bajo la vigencia del artículo 219 de la Ley Orgánica del Trabajo del año 1997, generó la cantidad de quince (15) días el primer año, más un día adicional por año, a saber, 2005-2006: 15 días; 2006-2007: 16 días; 2007-2008: 17 días; 2008-2009: 18 días; 2009-2010: 19 días; 2010-2011: 20 días; 2011-2012: 21 días, y a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras conforme el artículo 192, continuó generando un día adicional, resultando en el 2012-2013: 22 días, más un día adicional por año, 2013-2014: 23 días anuales, la fracción de los siete (7) meses laborados resultan en la cantidad de 13,41 días (lo cual no fue negado por la demandada), calculados a razón del salario promedio de los últimos tres (3) meses de conformidad con el artículo 121 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, tomando en cuenta los componentes del salario normal que fueron indicados *supra*, a calcular por experticia complementaria del fallo. Así se decide.

En cuanto al **bono vacacional fraccionado 2013-2014** previsto en el artículo 196 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; le corresponde este concepto al haber sido aceptado su pago por la demandada, en proporción a los meses completos de servicio durante ese año, siendo que, bajo la vigencia del artículo 223 de la Ley Orgánica del Trabajo del año 1997, generó la cantidad de siete (7) días el primer año, más un día adicional por año, a saber, 2005-2006: 7 días; 2006-2007: 8 días; 2007-2008: 9 días; 2008-2009: 10 días; 2009-2010: 11 días; 2010-2011: 12 días; 2011-2012: 13 días, y a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras conforme el artículo 192, generó el mínimo legal de quince (15) días, haciéndose acreedora de un día adicional por los anteriores 7 años de servicios cumplidos,

resultando en el 2012-2013: 22 días, más un día adicional por año, 2013-2014: 23 días anuales, la fracción de los siete (7) meses laborados resultan en la cantidad de 13,41 días (lo cual no fue negado por la demandada), calculados a razón del salario promedio de los últimos tres (3) meses de conformidad con el artículo 121 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, tomando en cuenta los componentes del salario normal que fueron indicados *supra*, a calcular por experticia complementaria del fallo. Así se decide.

Respecto a las **utilidades fraccionadas 2014** de conformidad con los artículos 131 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; le corresponde este concepto al haber sido aceptado su pago por la demandada, en la parte proporcional de los meses completos de servicios prestados, y siendo que, corresponden al actor treinta (30) días por año (lo cual no fue objetado por las partes) la fracción de cinco (5) meses laborados resultan en la cantidad de 12,5 días, calculados a razón del salario promedio del año correspondiente ratificando el criterio reiterado de esta Sala de Casación Social, tomando en cuenta los componentes del salario normal que fueron indicados *supra*, a calcular por experticia complementaria del fallo. Así se decide.

Se ordena el pago de los **intereses de mora** de conformidad con el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio sentado por esta Sala en sentencia Nro. 1.841 de fecha 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita* contra la sociedad mercantil *Maldifassi & Cia C.A.*), sobre la totalidad de los conceptos condenados a pagar por concepto de prestaciones sociales, días adicionales, intereses de prestaciones sociales, horas extraordinarias, vacaciones fraccionadas, bono vacacional fraccionado, utilidades fraccionadas, indemnización por terminación de la relación laboral, desde la fecha de terminación de la relación de trabajo –12 de mayo de 2014-, hasta la oportunidad del pago efectivo. Dicho cálculo se efectuará mediante experticia complementaria del fallo realizada por el experto designado, considerando para ello la tasa de interés fijada por el Banco Central de Venezuela, que corresponde a la tasa activa conforme a lo previsto en los artículos 128 y 142 literal f) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Además, para el cálculo de los enunciados intereses de mora no operará el sistema de capitalización de los mismos ni serán objeto de indexación. Así se declara.

Igualmente, se ordena la **corrección monetaria** en aplicación al referido criterio sentado por esta Sala en sentencia Nro. 1.841 de fecha 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita* contra la sociedad mercantil *Maldifassi & Cia C.A.*), de la cantidad condenada por concepto de prestaciones sociales y días adicionales, desde la fecha de terminación de la relación laboral –12 de mayo de 2014- y, para el resto de los conceptos laborales acordados, horas extraordinarias, vacaciones fraccionadas, bono vacacional fraccionado, utilidades fraccionadas, indemnización por terminación de la relación laboral, desde la notificación de la entidad de trabajo demandada –30 de octubre de 2014-, hasta la oportunidad del pago efectivo, excluyendo únicamente el lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo de las partes, o haya estado paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, tales como vacaciones judiciales y recesos judiciales. Dicho cálculo se efectuará mediante experticia complementaria del fallo realizada por el experto designado, quien deberá tomar en cuenta el Índice Nacional de Precios al Consumidor, publicados en los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela. Así se declara.

En caso de no cumplimiento voluntario de la sentencia, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo competente, aplicará lo dispuesto en el **artículo 185** de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y calculará los intereses moratorios y la corrección monetaria de la cantidad condenada a pagar, a partir de la fecha del decreto de ejecución hasta la oportunidad del pago efectivo. Así se declara.

En mérito de las consideraciones expuestas y por cuanto todos los conceptos laborales o indemnizaciones reclamadas por el actor -que conforman su pretensión y en su conjunto constituyen la acción- resultaron procedentes, sin importar el *quantum* de lo realmente condenado, lo que evidencia un vencimiento total de la parte demandada conforme reiteradamente ha sostenido la Sala de Casación Social (*Vid.* sentencia Nro. 778 del 3 de agosto de 2016), se declara con lugar la demanda interpuesta por el ciudadano Alejandro Santiago Monsanto Rodríguez contra la sociedad mercantil Corporación la Brasa de Oro, C. A. Así se declara.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones anteriores, esta Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la sociedad mercantil **CORPORACIÓN LA BRASA DE ORO, C. A.**, contra el fallo proferido por el Tribunal Segundo Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 23 de julio de 2015; **SEGUNDO: SE ANULA** el fallo recurrido. **TERCERO: CON LUGAR** la demanda incoada.

Se condena en costas del juicio a la parte demandada a tenor de lo establecido en el artículo 59 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 Área Metropolitana de Caracas, a fin de que sea enviado al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución competente. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, participése de esta decisión al Tribunal Superior de origen de la referida Circunscripción Judicial.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veintiséis (26) días del mes de octubre del año 2016. Años: 206 de la Independencia y 157° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

La Vicepresidenta,

Magistrado,

MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ
Ma

gistrado,

Magistrado Ponente,

DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

El Secretario

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C. N° AA60-S-2015-001139

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,