



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

Ponencia del Magistrado **Dr. DANILO A. MOJICA MONSALVO.**

En el juicio que por cobro de prestaciones sociales y otros beneficios tiene incoado el ciudadano **ARIALDO JOSÉ CORDERO**, representado judicialmente por los abogados Alexander Pérez, Franía Lisbeth Bastardo Bolívar, Marcial Enrique Vargas y Reinaldo González, contra la sociedad mercantil **RESTAURANT FLOR DE ESPAÑA, C.A.**, representada judicialmente por los abogados Daysi García Ramos y Víctor José García; el Juzgado Superior Octavo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia de fecha 23 de octubre del año 2015, declaró sin lugar los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte actora como por la demandada y parcialmente con lugar la demanda, confirmando la decisión dictada por el Tribunal Séptimo de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 13 de julio de 2015, pero con diferente motivación.

Contra el fallo de alzada, anunció recurso de casación la representante judicial de la parte actora, presentando escrito de formalización en fecha 18 de noviembre del año 2015. Hubo impugnación.

Recibido el expediente en esta Sala de Casación Social se dio cuenta el 11 de diciembre del año 2015 y en esa misma fecha, se designó Ponente al Magistrado Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

El día 23 de diciembre de 2015, la Asamblea Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 264 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 8 y 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, designó como Magistrado Principal de esta Sala al Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo quien tomó posesión de su cargo el mismo día de su designación.

Por auto de fecha 1° de agosto del año 2016, se fijó la realización de la audiencia pública y contradictoria para el día jueves 20 de octubre del año 2016 a las 2:00 p.m.

Fijado el día y la hora para la realización de la audiencia oral y pública, comparecieron ambas partes; los cuales expusieron sus alegatos.

Concluida la sustanciación de esta causa, y siendo la oportunidad legal para decidir, pasa esta Sala de Casación Social a pronunciarse en los siguientes términos:

-

RECURSO DE CASACIÓN

- I -

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 168 del Código de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se denuncia que en la sentencia recurrida se infringió por falta de aplicación el artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, señalando lo siguiente:

Aduce el formalizante de la parte actora recurrente:

De conformidad con el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, delato infringido por falta de aplicación el artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Señala la recurrida que *“se puede delatar la declaración del testigo José Ismael Fanal ... el cual declaró haber laborado para la empresa demandada como personal de mantenimiento que conocía al demandante, que el cargo del actor era barman, que laboraba en un horario de 11:00 a.m. a 8:00 p.m. y los días de carrera de 11:00 a.m. a 11:00 p.m. y que le constaba que el actor tenía derecho al 10% sobre el consumo o el servicio. De la declaración del testigo se verifica parcialmente lo dicho por la parte actora, sin embargo cuando la mencionada declaración se analiza en conjunto con la declaración de parte del encargado del restaurante el cual afirma que el actor nunca trabajó para el turno de cierre durante el tiempo que el estuvo encargado ... omissis ... queda demostrado ... que el horario ... fue de 10:30 am (sic) a 7:00 pm (sic) ... ”*

Ambos juzgadores desechan al único testigo presencial que fuera admitido a los efectos de probar alegatos de la parte actora relacionados con la jornada laboral y composición salarial: el Tribunal de Juicio de manera insólita lo desecha por ser personal de mantenimiento y a su juicio no aporta nada al proceso; mientras que el Tribunal Superior de una forma más insólita aún, lo desecha en virtud de la declaración de parte rendida por el **encargado de la demandada**; es decir, un personal de mantenimiento a juicio de los juzgadores no puede tener conocimiento de hechos ocurridos en la sede de la empresa donde presta servicio, cuando es lo contrario, dado que por ser personal de mantenimiento deben pasarse por toda (sic) las instalaciones de la empresa a los efectos de cumplir con sus labores, llegando inclusive a conocer mas (sic) a los empleados que el propio encargado del negocio; mientras que un supuesto encargado del negocio solo tienes (sic) intereses patronales, rinde la declaración conforme le es suministrada por la empresa demandada, conforme sus intereses; y así lo deja ver en la declaración de parte cuando entre otras particularidades afirma haber ingresado a la empresa el primero de marzo de 2011 y que el actor nunca trabajó horas extras; pero de las documentales aportadas a los autos (recibos de pago) se evidencia lo contrario, se puede extraer con meridiana claridad que laboró en horario nocturno y que causo (sic) horas extras durante la relación de trabajo, inclusive durante el tiempo que dice haber estado como encargado dicho ciudadano: es decir, niega que el actor haya laborado horas extras pero de las propias pruebas de la demandada se destruyen sus dichos. Es costumbre en esta clase de negocios no reflejar en los recibos de pagos los conceptos y montos efectivamente devengados por los trabajadores, haciendo cada vez más difícil para el débil económico el poder contar con pruebas suficientes que le permitan realmente demostrar en juicio su verdadero salario y jornada laborada, siendo la prueba de testigos la más usada en estos casos; pero limitada al mismo tiempo, por ejemplo se desechan los testigos por el hecho de haber demandado sus derechos por las autoridades competentes sin ni siquiera escucharlos y analizar el contenido de sus declaraciones, la posible certeza de lo rendido, si le merecen fe o no sus deposiciones y otros, y ahora se agrega otro elemento como lo es no prestar servicio en el mismo cargo del actor. Un único testimonio puede conducir, en consonancia con otros elementos a un coherente cuadro acerca de los hechos controvertidos y evitar así que la valoración hubiera reposado en apreciaciones puramente subjetivas; en nuestro criterio no hay inconveniente en que de un hecho o circunstancia se reputen acreditados en base a un solo testimonio, siempre que con ello no se incurra en violación de las reglas de la sana crítica.

De la declaración del testigo se extrae claramente cual (sic) era la jornada de trabajo y la composición salarial, y al administrarlo con el resto de las pruebas, tales como recibos de pagos que evidencian el pago de bono nocturno y horas extras, como de la propia declaración de la demandada al afirmar que gozaba de media hora para cenar (¿porqué dar cena a un personal supuestamente diurno?), generan dudas acerca de los hechos controvertidos, en cuyo caso el Juez de Alzada ha debido aplicar el contenido del artículo 09 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y en caso de duda ha debido apreciar los hechos y las pruebas a favor del trabajador y máxime cuando la recurrida señala que **“De la declaración de testigo se verifica parcialmente lo**

dicho por la parte actora”, han debido declarar con lugar la demanda. De allí que, la Falta de Aplicación delatada tenga influencia en el dispositivo del fallo al momento de establecer la jornada laboral efectiva desempeñada por el actor y la composición salarial. Por todo lo antes expuesto, solicito se declare con lugar el presente recurso de casación, y nula la sentencia. (Resaltado del escrito de formalización parcialmente transcrito).

Para decidir, la Sala aprecia lo siguiente:

Denuncia el formalizante que en la sentencia recurrida se infringió por falta de aplicación el artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al desechar al único testigo presencial que fuera admitido a los efectos de probar sus alegatos en cuanto a la jornada laboral y la composición salarial, basado en la declaración de parte rendida por el encargado de la demandada y que el testigo laboraba para la accionada como personal de mantenimiento, por lo que, según lo expuesto en el fallo proferido por la Juez Superior, no puede tener conocimiento de hechos ocurridos en la sede de la empresa donde presta servicio; respecto a lo que indica la parte actora recurrente, que es todo lo contrario, dado a que por ser personal de mantenimiento para cumplir con sus funciones deben pasearse por toda el área donde funciona la misma, a su decir, llegando inclusive a conocer más a los empleados que el propio encargado del negocio, mientras que este último solo tiene intereses patronales, ya que rinde su declaración conforme a lo que le suministrada la demandada; y que así lo deja ver en su declaración de parte, al afirmar que ingresó a la empresa el 1° de marzo del año 2011, donde también señala que el actor nunca trabajó horas extras, evidenciándose lo contrario de los recibos de pago aportados a los autos, de los que manifiesta que se puede extraer que el actor laboró en horario nocturno y que causó horas extras durante la relación de trabajo, inclusive durante el tiempo desde el cual comenzó a prestar servicio el referido encargado.

Además aduce la parte actora recurrente, que un único testimonio sí puede conducir, en consonancia con otros elementos, a una coherente apreciación de los hechos controvertidos, siempre que con ello no se incurra en violación de las reglas de la sana crítica; a fin de evitar valorar los mismos, con base a apreciaciones subjetivas.

En tal sentido, alega el formalizante que la delatada falta de aplicación es determinante en el dispositivo del fallo, ya que de la declaración del testigo se extrae claramente cuál era la jornada de trabajo y la composición salarial, lo que –a su decir– al adminicularlo con los recibos de pagos y declaración de la demandada, evidencian el pago de bono nocturno y horas extras, así como que el accionante gozaba de media hora para cenar; por lo que en caso de duda, la Juez de Alzada ha debido apreciar los hechos y las pruebas a favor del trabajador, aplicando el contenido del artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y más cuando en la misma recurrida señala que *“De la declaración de testigo se verifica parcialmente lo dicho por la parte actora”*.

Ha sido criterio reiterado de esta Sala, que el vicio de falta de aplicación de una norma, tiene lugar cuando el sentenciador niega el empleo de una disposición legal que esté vigente a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance.

El artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo denunciado como infringido por falta de aplicación, dispone lo que se reproduce a continuación:

Artículo 9. Cuando hubiere duda acerca de la aplicación o la interpretación de una norma legal o en caso de colisión entre varias normas aplicables al mismo asunto, se aplicará la más favorable al trabajador. En caso de duda sobre la apreciación de los hechos o de las pruebas, se aplicará igualmente la que más favorezca al trabajador. La norma adoptada se aplicará en su integridad.

El artículo *supra* transcrito, establece los supuestos de hecho del tipo normativo que regulan la procedencia del *indubio pro operario* en los casos de conflictos, interpretación, aplicación de las leyes y valoración de las pruebas; desprendiéndose del mismo, que de presentarse alguna duda acerca de la aplicación o la interpretación de una norma legal, en caso de colisión entre varias normas aplicables al mismo asunto o sobre la apreciación de los hechos o de las pruebas, deberá aplicarse la más favorable al trabajador.

A continuación, la Sala pasa a transcribir lo señalado por el sentenciador de la recurrida:

De la Apelación de la Actora:

Con Respecto a la Falta de Valoración del Testigo:

Ha alegado la parte actora recurrente en el presente procedimiento que el juez de la recurrida desechó de forma errada el testimonio del ciudadano José Ismael Fanay, por cuanto de la deposición del testigo adminiculada con el resto de las pruebas se podía establecer el horario que labora (sic) el trabajador y que el mismo cobraba el 10% sobre el servicio o consumo.

Sobre la declaración del ciudadano antes mencionado el a quo estableció que en virtud del cargo que ocupaba el trabajador y lo dicho por el (sic) en audiencia no le confería ningún valor probatorio.

Al respecto de la valoración de la prueba testimonial la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 06 de noviembre de 2013 con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa establece lo siguiente:

‘En la valoración de la prueba de testigos los jueces deben hacerse bajo las reglas de la sana crítica, pudiendo el juez desechar las testimoniales si considerase que, en el caso en concreto, los testigos no confiables por entrar en contradicciones, por evidenciarse estar en apremio o coacción, entre otras...’

“La Sala se ha pronunciado con respecto a la valoración de los testigos, estableciendo que el juez es soberano y libre en la apreciación de la prueba de testigos, pudiendo acoger sus dichos cuando le merezcan fe o confianza, o por el contrario, desecharlo cuando no estuviere convencido de ello.”

Transcrito lo anterior quien decide observó la grabación de la audiencia de juicio tanto la primera de fecha 27 de enero de 2015, como su continuación de fecha 29 de junio de 2015. De la primera se puede delatar la declaración del testigo José Ismael Fanal (min. 34 de la grabación), el cual declaró haber laborado para la empresa demandada como personal de mantenimiento, que conocía al demandante, que el cargo del actor era barman, que laboraba en una (sic) horario de 11 am a 8 pm y los días de carrera de 11 am a 11 pm y que le constaba que el actor tenía (sic) derecho al 10% sobre el consumo o el servicio. De la declaración del testigo se verifica parcialmente lo dicho por la parte actora, sin embargo cuando la mencionada declaración se analiza en conjunto con la declaración de parte del encargado del restaurante el cual afirma que el actor nunca trabajo (sic) el turno de cierre durante el tiempo que el (sic) estuvo de encargado por lo que su horario era de 10:30 a 7:00 de la noche. Como ultimo (sic) elemento a tomar en cuenta esta la misma declaración del actor el cual se contradijo en varias oportunidades durante la audiencia de juicio con respecto a su horario no brindando certeza ni seguridad de sus alegatos, por las consideraciones expuesta (sic), queda demostrado en opinión de quien juzga que el horario que con (sic) ejecuto (sic) el actor fue 10:30 am (sic) a 7 pm (sic). **Así se decide.** (Resaltado de la sentencia parcialmente transcrita).

De la anterior transcripción se evidencia, que la Juez Superior al analizar la apelación realizada por la parte actora en cuanto a la valoración del referido testigo, citó el criterio de esta Sala de Casación Social, conforme al cual la valoración de la testimonial debe hacerse bajo las reglas de la sana crítica, pudiendo el juez desechar las testimoniales si considerase al testigo no confiable por entrar en contradicciones, así como tomando en cuenta que el juez es soberano y libre en la apreciación de la prueba de testigos, pudiendo acoger sus dichos cuando le merezcan fe o confianza, o por el contrario desecharlo, cuando no estuviere convencido de ello.

En tal sentido, señaló que la declaración rendida por el referido testigo, no le brindaba certeza ni seguridad de sus alegatos, indicando que de la misma se verificaba parcialmente lo dicho por la parte actora, pero que cuando se analizaba en conjunto con la declaración de parte del encargado del restaurante, se apreciaba que éste afirmó que el actor nunca trabajó el turno de cierre durante el tiempo que él estuvo de encargado, por lo que su horario era de 10:30 a 7:00 de la noche. Además que, se contradijo en varias oportunidades durante la audiencia de juicio con respecto a su horario, no brindando certeza ni seguridad de sus alegatos, quedando demostrado en su opinión que el horario que ejecutó el actor fue 10:30 a.m. a 7:00 p.m.

Respecto a lo anterior cabe resaltar, que la jurisprudencia de la Sala ha sido constante y pacífica, al juzgar que el estudio de la pruebas corresponde a los jueces de instancia por ser de su soberana apreciación la valoración del material probatorio y la decisión del tema debatido, conforme a lo alegado y probado por las partes, sin que esta Sala de Casación Social constituya una tercera instancia.

En este sentido, la Sala Constitucional de este alto Tribunal en sentencia número 1772 de 5 de octubre de 2007, (caso: *Piernina Sorángela Medina Sánchez*), al ratificar decisión número 501 de 19 de marzo de 2002 (caso: *Salvador Rodríguez Fernández*), juzgó:

“(...) esta Sala debe señalar, una vez más, que la valoración de las pruebas forma parte de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces al decidir, quienes, dentro del marco de la Constitución y de las leyes, al resolver una controversia, disponen de un amplio margen de valoración del derecho aplicable a cada caso, por lo cual pueden interpretarlo y ajustarlo a su entendimiento, como actividad propia de su función de juzgar, sin que el juzgador de amparo pueda inmiscuirse dentro de esa autonomía en el estudio y resolución de la causa, salvo que tal criterio viole flagrantemente derechos o principios constitucionales”. (Cursivas del texto original).

Visto todo lo anterior, se concluye que, ciertamente la prueba de testigos en el proceso laboral debe ser valorada con apego a las reglas de la sana crítica y bajo la soberana apreciación del sentenciador, por tal razón, la decisión de la sentenciadora de alzada resulta ajustada a derecho, ya que la referida testimonial fue analizada en forma racional y lógica, lo que llevó al sentenciador a desecharla; y además no procedía la valoración más favorable al trabajador, puesto que no se presentaron dudas al juzgador. Así se declara.

En consecuencia, resulta imperioso para esta Sala resolver sin lugar la primera denuncia Así se decide.

-
- II -

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, se denuncia que la sentencia recurrida infringió por falta de aplicación de los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Al respecto arguye el formalizante:

Conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, alego falta de aplicación de norma jurídica vigente. Denuncio infringido por la recurrida el artículo 182 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los trabajadores (sic) por falta de aplicación.

La sentencia apelada y recurrida en casación señala al folio 1y 2 de los “ALEGATOS ESGRIMIDOS EN EL LIBELO DE DEMANDA; Los alegatos de la parte actora son los siguientes: ... (omissis) ... Por lo antes expuesto peticiona en su demanda: ... horas extras...” Pero luego en las “MOTIVACIONES PARA

DECICIR” señala: “De una revisión de las actas procesales que conforman el expediente especialmente en el libelo de la demanda no se aprecia que la parte actora haya peticionado la aplicación de dichos artículos... Por lo antes expuesto se declara improcedente el presente punto de apelación.”

Quedando en evidencia que ambos juzgadores yerran al momento de pronunciarse sobre la aplicación o no de dichas normas vigentes y de orden público para el presente caso, partiendo de una concepción o percepción errada; dado que la aplicación de las consecuencias de dichas normativas devienen *persé* de la labor de horas extras no autorizadas por el organismo competente; es decir, el trabajador en el presente caso peticionó ad inicio en su escrito libelar el reconocimiento y pago de horas extras laboradas y no canceladas oportunamente; siendo su única carga demostrar el haberlas laborado, lo cual quedó demostrado en autos, inclusive de las propias pruebas de la parte demandada y del hecho mismo de no exhibir la demandada el correspondiente libro de horas extras y menos aun contar con un permiso para ello conforme al artículo 182 de la L.O.T. (sic); libro que fue solicitado por la parte actora en su escrito de pruebas en el capítulo (sic) denominado “**DE LA PRUEBA DE EXHIBICIÓN. A).- Registro de Días y horas de descanso, y de horarios de trabajo:** ... omissis ... **B).- Registro de horas extras:** ...”; y aunado a ello por la forma en que se dio contestación a la demanda, negándose de manera absoluta que el trabajador haya laborado horas extras; pero que de sus propios dichos y pruebas aportadas se evidencia que el trabajador laboraba horas extras y horario nocturno; razones que conllevan a la aplicación de las normas delatadas como infringidas y las consecuencias que se derivan de ambos artículos denunciados como infringidos por falta de aplicación. De lo cual observamos, como se deja de aplicar una norma jurídica vigente que regula, establece la consecuencia jurídica de laborar horas extras sin la autorización del Inspector (a) del Trabajo, que tiene como consecuencia el doble pago del recargo previsto en la Ley; razón por la que denunció infringido (sic) el (sic) artículo (sic) 182 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los trabajadores, por falta de aplicación. De haberse aplicado como corresponde ambos artículos in comento, habría condenado el pago de las horas extras reclamadas con el recargo legal del 100% por la labor extraordinaria más el 30% por el bono nocturno; es decir, se habrían ordenado pagar con el 130% del valor sobre el salario hora normal convenido para la jornada ordinaria. Evidenciándose con ello el vicio delatado, el cual fue determinante en el dispositivo del fallo al momento de condenar este concepto, lo cual resulta en perjuicio de quien efectivamente las causo (sic).

Por todo lo antes expuesto, solicito que se declare con lugar la presente infracción delatada y como consecuencia el presente recurso de casación. (Resaltado del escrito de formalización parcialmente transcrito).

Se aprecia de la transcripción antes señalada, que la recurrente denuncia que la sentencia recurrida infringió por falta de aplicación los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por cuanto en la misma se negó la aplicación de las consecuencias de dichas normativas, que devienen de la labor de horas extras no autorizadas por el organismo competente y no llevado su respectivo registro, partiendo de una concepción o percepción errada, sobre que de la revisión de las actas procesales que conforman el expediente especialmente en el libelo de la demanda, no se apreciaba que la parte actora hubiere peticionado la aplicación de las mismas; aun cuando señala el accionante que peticionó en su escrito libelar el reconocimiento y pago de horas extras laboradas y no canceladas oportunamente, siendo su única carga demostrar el haberlas laborado, como -a su decir- quedó demostrado en autos de las pruebas de la parte demandada, del hecho mismo de no exhibir la demandada el correspondiente libro de horas extras y tampoco, contar con un permiso para ello conforme al artículo 182 de la citada Ley, aunado a la forma en que se dio contestación a la demanda, negándose de manera absoluta que el trabajador haya laborado horas extras, pero pudiendo constatar de las pruebas aportadas lo contrario, ya que alega que, de éstas se evidencia que el trabajador laboraba horas extras y horario nocturno, lo que conlleva a la aplicación de las consecuencias de las normas delatadas como infringidas.

En tal sentido, la parte actora recurrente aduce que lo delatado resulta determinante en el dispositivo del fallo, ya que de haberse aplicado los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, denunciados como infringidos por falta de aplicación, la *ad quem* habría condenado el pago de las horas extras reclamadas con el recargo legal del 100% por la labor extraordinaria más el 30% por el bono nocturno; es decir, se habría ordenado a la demandada a pagar con el 130% de recargo sobre el salario por hora normal convenido para la jornada ordinaria.

Como ya ha sido señalado, esta Sala ha establecido reiteradamente que el vicio de falta de aplicación de una norma, tiene lugar cuando el sentenciador niega el empleo de una disposición legal que esté vigente a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance.

Los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, denunciados como infringidos por falta de aplicación, señalan lo siguiente:

Artículo 182. Para laborar horas extraordinarias se requerirá permiso de la Inspectoría del Trabajo.

Al serle dirigida una solicitud para trabajar horas extraordinarias, el Inspector o Inspectora del Trabajo podrá hacer cualquier investigación para conceder o negar el permiso a que se refiere este artículo. El Inspector o Inspectora del Trabajo comunicará su decisión al patrono o a la patrona dentro del lapso de cuarenta y ocho horas siguientes al recibo de la solicitud.

En caso imprevisto y urgente debidamente comprobado, se podrá trabajar horas extraordinarias, de acuerdo con las disposiciones antes indicadas, sin previo permiso del Inspector o Inspectora del Trabajo, a condición de que se lo notifique al día hábil siguiente y de que se comprueben las causas que lo motivaron.

En caso de laborarse las horas extraordinarias sin la autorización del Inspector o Inspectora del Trabajo, éstas deberán pagarse con el doble del recargo previsto en la presente Ley, sin perjuicio de las sanciones que resulten aplicables.

Artículo 183. Todo patrono y patrona llevará un registro donde anotará las horas extraordinarias utilizadas en la entidad de trabajo; los trabajos efectuados en esas horas; los trabajadores y las trabajadoras que las realizaron; y la remuneración especial que haya pagado a cada trabajador y trabajadora.

En caso de no existir dicho registro o de no llevarse de conformidad con lo establecido en esta Ley, sus reglamentos y resoluciones, se presumen ciertos, hasta prueba en contrario, los alegatos de los trabajadores y las trabajadoras sobre la prestación de sus servicios en horas extraordinarias, así como sobre la remuneración y beneficios sociales percibidos por ello.

De las normas *supra* reproducidas, se desprende que para laborar horas extraordinarias se requerirá permiso de la Inspectoría del Trabajo, por lo que en caso de laborarse éstas sin la debida autorización, deberán pagarse con el doble del recargo previsto en la presente Ley, sin perjuicio de las sanciones que resulten aplicables; además que, todo patrono y patrona deberá llevar un registro de las horas extraordinarias, los trabajos efectuados en las mismas, los trabajadores y las trabajadoras que las realizaron y la remuneración especial que haya pagado a cada trabajador y trabajadora, estableciéndose igualmente que en caso de no existir dicho registro, se presumirán ciertos, hasta prueba en contrario, los alegatos de los trabajadores y las trabajadoras sobre la prestación de sus servicios en horas extraordinarias, así como sobre la remuneración y beneficios sociales percibidos por ello.

Con la finalidad de resolver la presente denuncia, respecto a la falta de aplicación de los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, esta Sala procede a verificar lo señalado por la sentencia recurrida, siendo reproducido a continuación:

Como segundo punto alega la inaplicación de los artículos 182 y 183 de la LOTT (sic), por cuanto ha quedado demostrado que el trabajador laboraba horas extras y no se evidencia a los autos que la parte demandada haya solicitado permiso a la Inspectoría del Trabajo para que el actor laborara dichas horas, por lo que solicita la aplicación de las sanciones previstas en el articulado antes mencionado (...).

(*Omissis*)

Con Respecto (sic) a la Inaplicación de los Art. 182 y 183:

De una revisión de las actas procesales que conforman el presente expediente especialmente el libelo de la demanda no se aprecia que la parte actora haya peticionado la aplicación de dichos artículos, por lo que mal pudo el juez de primera instancia haber condenado de oficio unas indemnizaciones las cuales no le fueron

solicitadas. Por lo antes expuesto se declara improcedente el presente punto de apelación. **Así se decide.** (Resaltado de la sentencia parcialmente transcrita).

De la transcripción anterior, se evidencia que la juzgadora de la recurrida, consideró que de una revisión de las actas procesales que conforman el presente expediente, especialmente el libelo de la demanda no se apreciaba que la parte actora hubiere petitionado la aplicación de dichos artículos, por lo que señaló que mal pudo el juez de primera instancia haber condenado de oficio unas indemnizaciones que no le fueron solicitadas; y declaró en razón a ello, improcedente el referido punto de apelación.

Visto lo anterior, esta Sala de Casación Social constata, que la decisión objeto del presente recurso no incurrió en la delatada falta de aplicación de los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras, por cuanto las mismas no resultaban aplicables al presente caso por no formar parte de la pretensión del accionante. En consecuencia, se declara sin lugar esta segunda denuncia. Así se declara.

- III -

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, en concordancia con el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia que la Juez Superior incurrió en el segundo caso de suposición falsa, a saber, atribuyó a actas e instrumentos del expediente, menciones que no contiene, infringiendo los artículos 12 y 507 del Código de Procedimiento Civil.

En tal sentido, señala el formalizante:

Con fundamento en el ordinal (sic) 2º (sic) del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia que el juzgador de la recurrida incurrió en el segundo caso de suposición falsa, a saber, atribuyó a actas e instrumentos del expediente, menciones que no contiene, infringiendo los artículos 12 y 507 del Código de Procedimiento Civil como norma supletoria de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, según lo expresa el artículo 11 de dicha Ley, y el artículo 10 y 103 de la mencionada Ley.

Señala la recurrida en las motivaciones para decidir en lo referente a la apelación de la parte actora con respecto a la falta de valoración del testigo que *“se puede delatar la declaración del testigo José Ismael Fanal...el cual declaró haber laborado para la empresa demandada como personal de mantenimiento, que conocía al demandante, que el cargo del actor era barman, que laboraba en un horario de 11 am (sic) a 8 pm (sic) y los días de carrera de 11 am (sic) a 11 pm (sic) y que le constaba que el actor tenía derecho al 10% sobre el consumo o el servicio. **De la declaración del testigo se verifica parcialmente lo dicho por la parte actora, sin embargo cuando la mencionada declaración se analiza en conjunto con la declaración de la parte del encargado del restaurante el cual afirma que el actor nunca trabajó el turno de cierre durante el tiempo que él estuvo de encargado... omissis... queda demostrado que el horario fue de 10:30 am (sic) a 7 pm (sic).”** De la revisión detallada que se haga de la declaración de parte, en modo alguno queda demostrado lo señalado por ambos juzgadores de instancia en cuanto a que el horario fue de 10:30 am (sic) a 7 pm (sic) durante toda la relación de trabajo; puesto que el encargado o gerente de la empresa al rendir la declaración de parte manifiesta –según su decir- que el actor nunca trabajo (sic) el turno de cierre durante el tiempo que él estuvo encargado, siendo que ingreso (sic) el 1 de marzo de 2011, no pudiendo tener conocimiento alguno sobre cual (sic) era la jornada efectiva del actor antes de esa fecha y así lo manifiesta en la declaración de parte, al atribuirles a dichas deposiciones mencionen (sic) que no contienen el juzgador de alzada incurre en una suposición falsa, que inclusive lo lleva a un error de juzgamiento con respecto a los testigos evacuados, desechando al testigo evacuado por la parte actora, por la declaración de parte rendida por el gerente ó (sic) encargado de la empresa. Por el contrario; de haber aplicado correctamente las reglas de la sana crítica al valorar la declaración de parte rendida por el gerente de la demandada con todo y sus contradicciones en lo que respecta al concepto de horas extras, y la declaración de parte rendida por el actor, quien en modo alguno cayó en contradicciones; por el contrario explico (sic) con detalles como era su jornada de trabajo desde su inicio y como (sic) pasó a ser*

después de la implementación de las nuevas jornadas establecidas por la L.O.T.T.T. (sic) habría establecido que la jornada efectiva laborada por el actor durante toda la relación de trabajo fue alegada en el escrito libelar y como consecuencia de ello causó bono nocturno y horas extras no sólo desde enero de 2.011 (sic), sino desde el inicio de la relación de trabajo hasta el día anterior en que decidió renunciar. Evidenciándose con ello el vicio delatado, el cual fue determinante en el dispositivo del fallo al momento de establecer la jornada laboral y los conceptos que se derivan de la prestación del servicio durante dicha jornada; tales como, bono nocturno y horas extras; por lo que solicito se declare con lugar la presente infracción delatada y como consecuencia el presente recurso de casación. (Resaltado de la sentencia parcialmente transcrita).

Como se observa de la precedente transcripción, el formalizante denuncia que la Juez Superior incurrió en el segundo caso de suposición falsa, al atribuir a actas e instrumentos del expediente, menciones que no contiene, infringiendo los artículos 12 y 507 del Código de Procedimiento Civil, como norma supletoria de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, según lo expresa el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, así como el artículo 10 y 103 *eiusdem*.

Al respecto manifiesta la parte actora recurrente, que la *ad quem* en las motivaciones para decidir su apelación respecto a la falta de valoración del testigo José Ismael Fanal, que declaró haber laborado para la empresa demandada como personal de mantenimiento, que conocía al demandante, que el cargo del actor era barman, que laboraba en un horario de 11:00 a.m. a 8:00 p.m. y los días de carrera de 11:00 a.m. a 11:00 p.m. y que le constaba que el actor tenía derecho al 10% sobre el consumo o el servicio; señaló inicialmente, que de la declaración del testigo se verificaba parcialmente lo dicho por la parte actora; pero más adelante indicó en el mismo fallo impugnado, que al analizar la referida declaración conjuntamente con la declaración de la parte del encargado del restaurante, el cual afirmó que el actor nunca trabajó el turno de cierre durante el tiempo que él estuvo de encargado, por lo que señaló, que quedó demostrado que el horario del actor fue de 10:30 a.m. a 7 pm.

En tal sentido, señala el formalizante, que de la revisión que se haga de la declaración de parte, en modo alguno queda demostrado que el horario del accionante durante toda la relación de trabajo fue de 10:30 a.m. a 7:00 p.m.; pues –a su decir- el encargado o gerente de la empresa al rendir la declaración de parte manifestó que el actor nunca trabajó el turno de cierre durante el tiempo que él estuvo encargado, a saber, desde su ingreso el 1º de marzo del año 2011, por lo cual no podía tener conocimiento alguno sobre cuál era la jornada efectiva del mismo antes de esa fecha.

En tal sentido, aduce la parte actora recurrente que el juzgador de alzada, al atribuirle a la referida deposición menciones que no contiene, incurrió en una suposición falsa que lo condujo a un error de juzgamiento con respecto a los testigos evacuados, desechando al testigo evacuado por la parte actora, por la declaración de parte rendida por el gerente o encargado de la empresa.

Así las cosas, señala el formalizante que si la Juez Superior hubiese aplicado correctamente las reglas de la sana crítica al valorar la declaración de parte rendida por el gerente de la demandada, con todo y sus contradicciones en lo que respecta al concepto de horas extras, y a la declaración de parte rendida por el actor, el cual al explicar cómo era su jornada de trabajo desde su inicio y posterior a la implementación de la nueva ley sustantiva laboral -a su decir- no se contradijo en ningún momento; habría establecido que la jornada efectiva laborada por el demandante durante toda la relación de trabajo fue la alegada en el escrito libelar y como consecuencia de ello, que causó bono nocturno y horas extras, no sólo desde enero del año 2011, sino desde el inicio de la relación de trabajo hasta el día anterior en que decidió renunciar. Por lo cual, indicó que el vicio delatado, fue determinante en el dispositivo del fallo al momento de establecer la jornada laboral y los conceptos que se derivan de la prestación del servicio; tales como, bono nocturno y horas extras.

Ahora bien, como ha reiterado esta Sala, el vicio de suposición falsa constituye uno de los supuestos de errores de hecho, denunciado con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 *ejusdem* (*Vid. Sentencia N° 376, de fecha 06 de junio de 2013, caso José María Cardozo Martínez contra Inspecciones Unidas, C.A. –INSUCA-*), el cual se configura cuando el juez establece un hecho positivo y concreto sin respaldo probatorio por: 1) Atribuir a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene; 2) Dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o 3) Con pruebas cuya inexactitud resulta de las actas y documentos agregados a los autos. El mencionado vicio, en cualquiera de sus tres sub hipótesis, sólo puede cometerse en relación con un hecho establecido en el fallo, quedando fuera del concepto de suposición falsa las conclusiones del Juez con respecto a las consecuencias jurídicas del hecho, porque en tal hipótesis se trataría de una conclusión de orden intelectual que aunque errónea, no configuraría lo que la ley y la doctrina entienden por suposición falsa (*vid. Sentencia N° 509 del 11 de mayo de 2011, (caso: Aura Marina Teresa Domínguez de Márquez y otro contra Estudios y Proyectos Ditech, S.A.)*).

Ahora bien, en este caso se delata la suposición falsa por afirmación de la *ad quem* de un hecho positivo y concreto, establecido falsa e inexactamente a causa de un error de percepción porque atribuyó a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, el cual constituye el primer supuesto del vicio de suposición falsa y no el segundo como alega el recurrente.

Los artículos 12 y 507 del Código de Procedimiento Civil denunciados como infringidos, establecen lo siguiente:

Artículo 12. Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

Artículo 507. A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.

De las normas anteriormente transcritas, se desprende la obligación de los Jueces de tener por norte de sus actos la verdad y de procurarla ateniéndose a las normas del derecho, a menos que la Ley los faculte para decidir con arreglo a la equidad, debiendo ceñirse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados, aun cuando pudieran fundamentar sus decisiones en conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia; y en todo caso, a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, podrán apreciarla según las reglas de la sana crítica.

Con relación a lo delatado la sentenciadora de la recurrida, señaló lo siguiente:

Con Respecto (sic) a la Falta de Valoración del Testigo:

Ha alegado la parte actora recurrente en el presente procedimiento que el juez de la recurrida desechó (sic) de forma errada el testimonio del ciudadano José Ismael Fanay, por cuanto de la deposición del testigo administrado con el resto de las pruebas se podía establecer el horario que labora el trabajador y que el mismo cobraba el 10% sobre el servicio o consumo.

Sobre la declaración del ciudadano antes mencionado el a quo estableció que en virtud del cargo que ocupaba el trabajador y lo dicho por el (sic) en audiencia no le confería ningún valor probatorio.

Al respecto de la valoración de la prueba testimonial la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 06 de noviembre de 2013 con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa establece lo siguiente:

“En la valoración de la prueba de testigos los jueces deben hacerse bajo las reglas de la sana crítica, pudiendo el juez desechar las testimoniales si considerase que, en el caso en concreto, los testigos no confiables por entrar en contradicciones, por evidenciarse estar en apremio o coacción, entre otras...”

“La Sala se ha pronunciado con respecto a la valoración de los testigos, estableciendo que el juez es soberano y libre en la apreciación de la prueba de testigos, pudiendo acoger sus dichos cuando le merezcan fe o confianza, o por el contrario, desecharlo cuando no estuviere convencido de ello.”

Transcrito lo anterior quien decide observó la grabación de la audiencia de juicio tanto la primera de fecha 27 de enero de 2015, como su continuación de fecha 29 de junio de 2015. De la primera se puede delatar la declaración del testigo José Ismael Fanal (min. 34 de la grabación), el cual declaró haber laborado para la empresa demandada como personal de mantenimiento, que conocía al demandante, que el cargo del actor era barman, que laboraba en una horario de 11 am (sic) a 8 pm (sic) y los días de carrera de 11 am (sic) a 11 pm (sic) y que le constaba que el actor tenía (sic) derecho al 10% sobre el consumo o el servicio. De la declaración del testigo se verifica parcialmente lo dicho por la parte actora, sin embargo cuando la mencionada declaración se analiza en conjunto con la declaración de parte del encargado del restaurante el cual afirma que el actor nunca trabajo (sic) el turno de cierre durante el tiempo que el (sic) estuvo de encargado por lo que su horario era de 10:30 a (sic) 7:00 de la noche. Como ultimo (sic) elemento a tomar en cuenta esta (sic) la misma declaración del actor el cual se contradijo en varias oportunidades durante la audiencia de juicio con respecto a su horario no brindando certeza ni seguridad de sus alegatos, por las consideraciones expuesta (sic), queda demostrado en opinión de quien juzga que el horario que con (sic) ejecuto (sic) el actor fue 10:30 am (sic) a 7 pm (sic). **Así se decide.**

De la anterior transcripción, se observa que la *ad quem* señaló en su fallo, que el testigo José Ismael Fanal declaró haber laborado para la empresa demandada como personal de mantenimiento, que conocía al demandante, que el cargo del actor era barman, que laboraba en una horario de 11 a.m. a 8 p.m. y los días de carrera de 11 a.m. a 11 p.m. y que le constaba que el actor tenía derecho al 10% sobre el consumo o el servicio, coincidiendo parcialmente con lo dicho por la parte actora, así como que, al verificar la declaración del mencionado testigo con la declaración de parte del encargado del restaurante, quien afirmó que el actor nunca trabajó el turno de cierre durante el tiempo que él estuvo de encargado, por lo que su horario era de 10:30 a.m. a 7:00 p.m.; estableció que al contradecirse el actor en varias oportunidades sobre su horario, no brindaba certeza ni seguridad de sus alegatos y que por ello, quedaba demostrado que el horario que ejecutó el actor fue 10:30 a.m. a 7 p.m.

En consecuencia, al resultar necesario para resolver lo delatado, esta Sala descende a las actas del expediente y aprecia de la grabación audiovisual, en relación al presunto hecho falso que le atribuyó la juzgadora de alzada a la declaración del encargado del restaurant sobre que el horario era de 10:30 a.m. a 7:00 p.m., que si bien el mismo no especificó que el demandante laboró en dicho horario, al declarar horario del “barman” –cargo desempeñado por el actor-, expuso que existían dos “barman” en la barra, uno que abría y se retiraba a las 7:00 p.m. y otro que entraba a las 11.00 a.m. y se retiraba antes que él, de esa manera lo dio a entender; siendo importante resaltar, que igualmente de la declaración de parte rendida por el actor el día en que se llevó a cabo la prolongación de la audiencia de juicio, también se observa que el mismo declaró haber laborado dicho horario de 10:30 a.m. a 7:00 p.m. Siendo así, no se constata que la sentenciadora de la recurrida haya incurrido en la suposición falsa de la cual se le acusa y en razón de ello, se declara sin lugar esta tercera denuncia planteada. Así se decide.

- IV -

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, se denuncia que por falta de aplicación la recurrida infringió el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 –aplicable *ratione temporis*-.

En tal sentido, señala el formalizante:

De conformidad con el artículo 168 ordinal (sic) 2º (sic) ejusdem, alego falta de aplicación de norma jurídica vigente. Denuncio infringido por la recurrida el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente durante la relación de trabajo, ahora 169 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los trabajadores (sic) por falta de aplicación.

Ambos sentenciadores, al momento de pronunciarse sobre la jornada de trabajo, analizan de una forma fría y aislada, fuera de su debido contexto y naturaleza social el contenido y consecuencia del artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente durante la relación de trabajo, ahora 169 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los trabajadores (sic); dejando de aplicar una norma expresa cuyo contenido es de particular aplicación al presente caso, el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente durante la relación de trabajo, ahora 169 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los trabajadores (sic), disponen (sic) en términos generales que cuando el trabajador *no pueda ausentarse del lugar de trabajo durante las horas de alimentación*, por requerirse su presencia en el sitio de trabajo, para atender órdenes del patrono, *la duración del tiempo de alimentación será imputada como tiempo de trabajo efectivo* a su jornada normal de trabajo. Ambos juzgadores afirman que “*en la rama de los restaurantes los trabajadores ingieren alimentos dentro del lugar de trabajo dejando o separándose durante ese tiempo de sus tareas o faenas para tomar su hora de descanso y/o para comer, por lo que mal se le pudiera aplicar el referido articulado*”. Dicha afirmación parte supuestamente del uso de las máximas de experiencias, lo cual a nuestro criterio no deviene en una máxima de experiencia. Resulta que de las actas del proceso en modo alguno logró demostrar la demandada que el actor se separaba de su puesto de trabajo para comer o descansar por una hora, y menos aún que quedara supuestamente que quedara algún compañero de trabajo ejerciendo sus funciones; son suposiciones incorporadas por los juzgadores de instancia que en ningún momento ni siquiera la demandada a lo largo del juicio hizo alusión, por otra parte una cosa es un “barman” y otra “mesonero”. En el presente caso quedó demostrado tanto con las testimoniales, como con la declaración de parte, que el trabajador por la naturaleza de su labor no podía ausentarse de su sitio de trabajo; y ese supuesto tiempo de media hora como máximo para comer, es tiempo efectivo de trabajo; siendo entonces que se ha debido acordar todas las horas extras demandadas y su incidencia en los demás conceptos laborales, y no parcialmente como fueron acordadas por él (sic) *a quo*, ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente durante la relación de trabajo, ahora 169 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los trabajadores (sic); lo cual era determinante de lo dispositivo en la sentencia al momento de establecer la jornada del trabajo efectiva del actor y como consecuencia de ello la procedencia de todas las horas extras laboradas no canceladas durante toda la relación de trabajo y su incidencia en todos los conceptos laborales pagados durante la relación de trabajo y en las prestaciones sociales al momento de la culminación de la relación. Evidenciándose con ello el vicio delatado, el cual fue determinante en el dispositivo del fallo. Por todo lo antes expuesto, solicito que se declare con lugar la presente infracción delatada y como consecuencia el presente recurso de casación.

Como se observa de la precedente transcripción, el formalizante denuncia que la Juez Superior al momento de pronunciarse sobre la jornada de trabajo, analiza incorrectamente el contenido y consecuencia del artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 – aplicable *ratione temporis*-, ahora 169 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; dejando de aplicar dichas normas, que disponen en términos generales que cuando el trabajador no pueda ausentarse del lugar de trabajo durante las horas de alimentación, por requerirse su presencia en el sitio de trabajo para atender órdenes del patrono, la duración del tiempo de alimentación será imputada como tiempo de trabajo efectivo a su jornada normal de trabajo.

En ese mismo orden de ideas, señala el formalizante que la *ad quem* afirmó que en la rama de los restaurantes los trabajadores ingieren alimentos dentro del lugar de trabajo dejando o separándose durante ese tiempo de sus tareas o faenas para tomar su hora de descanso y/o para comer, por lo que mal se le pudiera aplicar el referido articulado; ello, conforme al uso de las máximas de experiencias, lo cual -a su decir- no deviene de una máxima de experiencia, si no que resulta de no haber logrado la demandada demostrar en las actas del proceso que el actor se separaba de su puesto de trabajo para comer o descansar por una hora, y menos aún que algún compañero de trabajo se quedara ejerciendo sus funciones durante ese tiempo. Por lo que aduce, que son suposiciones incorporadas por la sentenciadora de la recurrida, ya que en ningún momento ni siquiera la demandada a lo largo del juicio hizo alusión de éstas.

En tal sentido, alega la parte actora recurrente que, en el presente caso quedó demostrado tanto de las testimoniales como de la declaración de parte, que el trabajador por la naturaleza de su labor no podía ausentarse de su sitio de trabajo; y que por ello, ese supuesto tiempo de media hora como máximo para comer, es tiempo efectivo de trabajo, en consecuencia -a su decir- en aplicación de lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 –aplicable *ratione temporis*-, ahora 169 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se ha debido establecer la procedencia de todas las horas extras demandadas y su incidencia en los demás conceptos laborales, y no parcialmente como fueron acordadas.

Por lo antes indicado, arguye el formalizante que la falta de aplicación de dichas normas era determinante en el dispositivo del fallo, por requerirse a fin de determinar la jornada del trabajo efectiva del actor y procedencia de todas las horas extras laboradas no pagadas durante toda la relación de trabajo y su incidencia en todos los conceptos laborales pagados durante la relación de trabajo y en las prestaciones sociales al momento de la culminación de la relación.

Como ya fue citado anteriormente, el vicio de falta de aplicación de una norma, tiene lugar cuando el sentenciador niega el empleo de una disposición legal que esté vigente a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance.

Los artículos 190 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 –aplicable *ratione temporis*-, y ahora 169 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, denunciados como infringidos por falta de aplicación establecen lo siguiente:

Artículo 190. Cuando por la naturaleza de la labor el trabajador no pueda ausentarse del lugar donde efectúe sus servicios durante las horas de reposo y de comidas, la duración de estos reposos y comidas será imputada como tiempo de trabajo efectivo a su jornada normal de trabajo.

Artículo 169. Cuando el trabajador o la trabajadora no pueda ausentarse del lugar donde efectúa servicios durante las horas de descanso y alimentación, por requerirse su presencia en el sitio de trabajo para atender órdenes del patrono o patrona, por emergencias, o porque labora en jornadas rotativas, la duración del tiempo de descanso y alimentación será imputado como tiempo de trabajo efectivo a su jornada normal de trabajo, y no podrá ser inferior a treinta minutos.

De las normas *supra* transcritas, se desprende que en la ley se encuentra previsto que cuando por la naturaleza de la labor el trabajador no pueda ausentarse del lugar donde efectúe sus servicios durante las horas de reposo y de comidas, la duración de estos reposos y comidas será imputada como tiempo de trabajo efectivo a su jornada normal de trabajo, estableciéndose ahora en la ley sustantiva laboral vigente, que dicho tiempo no podrá ser inferior a treinta minutos.

A objeto de verificar lo delatado, se reproduce lo señalado en la recurrida con respecto a este pedimento:

En cuanto a la incidencia de la ½ hora de descanso en las horas extraordinarias. Los trabajadores disfrutaban en el local de la demandada de media hora de almuerzo y cena como quedo (sic) establecido en la prolongación de la Audiencia de Juicio con la intervención de la propia parte demandada y de preguntas realizadas al trabajador, también se estableció una jornada laboral de 10 ½ a.m. hasta la 7 p.m. La parte actora aspira que este segmento de tiempo sea parte de su jornada por cuanto comía dentro del establecimiento comercial; razón por la cual laboro (sic) más de 8 horas. En este caso la parte actora pidió la aplicación del artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo. Sin embargo, este juzgador considera que el artículo 190 no es aplicable en este caso concreto por cuanto el trabajador se separa de sus labores (en este caso) mientras come; quedando encargado el compañero de trabajo en la barra de atención al público y mesoneros. Otra cosa sería en el caso de un bombero en la cual su hora de almuerzo tenga que atender un incendio y no pueda ausentarse de sus labores por la naturaleza intrínseca de las mismas.

El criterio antes expuesto es plenamente compartido por este Tribunal por cuanto de las máximas de experiencia se entiende que un trabajador de la rama de los restaurantes ingiere sus alimentos dentro del lugar de trabajo dejando o separándose durante ese tiempo de sus tareas o faenas, para tomar su hora de descanso y/o para comer, por lo que mal se le pudiera aplicar el referido articulado. **Así se decide.** (Resaltado de la sentencia parcialmente transcrita).

Ahora bien, se constata que la Juez Superior al examinar el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 – aplicable *ratione temporis*-, ahora 169 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, analizó los hechos y determinó que el mismo no resultaba aplicable, en razón de que ese tiempo de alimentación no le era imputable a la jornada laboral, *por cuanto el trabajador se separa de sus labores (en este caso) mientras come; quedando encargado el compañero de trabajo en la barra de atención al público y mesoneros*; y que por máximas de experiencia al existir otro compañero con el mismo cargo y ser conocido que el barman no podía ingerir alimentos mientras prestaba el servicio, lo solicitado no era procedente; en todo caso, de formar parte de la pretensión del formalizante, el recurrir contra lo decidido por la forma de distribución y valoración de la carga de la prueba o de infracción de alguna máxima de experiencia lo hubiese delatado de acuerdo a lo que ha establecido reiteradamente esta Sala y no lo hizo. Por todo lo antes expuesto, queda comprobado que la sentenciadora de la recurrida no incurrió en la acusada falta de aplicación y en razón de ello, se declara sin lugar esta cuarta denuncia planteada. Así se decide.

Como consecuencia, de la improcedencia de todas las denuncias contenidas en el escrito de formalización, esta Sala debe declarar SIN LUGAR el recurso de casación anunciado por la parte actora y se CONFIRMA el fallo recurrido.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la Ley, declara: PRIMERO: **SIN LUGAR** el recurso de casación propuesto por la parte actora el ciudadano **ARIALDO JOSE CORDERO**, contra el fallo dictado por el Juzgado Superior Octavo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 23 de octubre del año 2015; SEGUNDO: **SE CONFIRMA** la sentencia recurrida.

No hay condenatoria en costas a la parte actora recurrente, conforme a lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Dada, firmada y sellada en la sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Caracas, a los nueve (09) días del mes de noviembre del año 2016. Años 206° de la Independencia y 157° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

La Vicepresidenta de la Sala,

El Magistrado,

MÓNICA G. MISTICCHIO TORTORELLA

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrado Ponente,

El Magistrado,

DANILO A. MOJICA MONSALVO

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C. N° AA60-S-2015-001375

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,