



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

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

En el juicio que por cobro de acreencias laborales, sigue el ciudadano CÉSAR ALFONZO DELGADO, representado judicialmente por los abogados Nury Esther García Sánchez, Frank Antonio Palacios, Luis Castellanos y Nelson Mejía, contra la sociedad mercantil INVERSIONES L' INCANTO, C.A., y solidariamente a los ciudadanos CHARLES DENIS DE SOUSA RODRÍGUEZ y JOAO DIONISIO DE SOUSA DE JESÚS, con el carácter de propietarios de la referida sociedad mercantil, representados judicialmente por los abogados Henry Sanabria Nieto y Eduardo Elías Rodríguez Rodríguez; el Juzgado Superior Segundo del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó sentencia en fecha 29 de octubre de 2015, mediante la cual declaró con lugar el recurso de apelación ejercido por la parte actora y modificó el fallo apelado dictado en fecha 23 de julio de 2015, por el Juzgado Décimo Quinto (15°) de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró parcialmente con lugar la demanda.

Contra la decisión de alzada, la representación judicial de la parte demandada, ejerció recurso de control de la legalidad previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo remitido el expediente a esta Sala de Casación Social.

En fecha 11 de diciembre del año 2015, se dio cuenta en Sala del expediente y se asignó la ponencia al Magistrado Dr. **DANILO A. MOJICA MONSALVO**.

Mediante sentencia N° 670 de fecha 8 de julio del año 2016, fue admitido el recurso de control de la legalidad.

En fecha 11 de agosto del año 2016 se fijó la audiencia oral, pública y contradictoria para el día 8 de noviembre del mismo año, en sujeción a lo regulado por el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Celebrada la audiencia oral y habiendo esta Sala pronunciado su decisión de manera inmediata, pasa a reproducir la misma en la oportunidad que ordena el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en los siguientes términos:

RECURSO DE CONTROL DE LEGALIDAD

ÚNICO

La parte demandada recurrente, arguye como fundamento del presente medio de impugnación, lo siguiente:

Que la sentencia de alzada incurrió en la infracción del artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En tal sentido, advierte que en el presente proceso, gran parte de la pretensión del accionante se fundamenta en unas horas extras enmarcadas en un supuesto no demostrado durante el proceso, sustentadas en la demanda bajo el argumento de haber laborado el accionante todos los días a lo largo de la relación laboral, en un horario extendido hasta las once de la noche, circunstancia que fue negada por la demandada, indicando que el horario del accionante fue establecido de forma mixta y siempre se tomó como hora límite las 10 de la noche. Que se alegaron y demostraron los horarios que rigieron la relación laboral y que los turnos fueron implementados de forma rotativa para los mesoneros que prestaban servicio de viernes a martes, sin exceder la prestación de servicio las diez de la noche (10:00 p.m.).

Considera que las jornadas extraordinarias, han sido determinadas mediante doctrina y jurisprudencia, como elementos exorbitantes de la relación laboral, razón por la cual, el accionante es quien tiene la carga de la prueba indicada en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por lo que, en atención a ello y observando el análisis de los medios aportados por las partes, ninguna de ellas apunta a la demostración de la jornada alegada en la demanda. Agrega que la recurrida interpreta de forma errónea en su punto cuarto, los horarios alegados por esa representación y demostrados, -aun cuando considera que no le correspondía-, mediante la prueba de exhibición de documentos, el reconocimiento de una jornada mixta y la procedencia parcial de los bonos nocturnos en el horario efectivamente trabajado en tal categoría de jornada, como un reconocimiento de horas extras, lo cual no se corresponde, pues, afirmó, que dentro de las jornadas existe solo un tercio de las mismas que exceden a las siete horas y media diarias (7 1/2), razón por la cual al elevar la condena al tope legal de 100 horas anuales, está condenando un total de 57,5 horas extras no demostradas.

Argumenta que, conforme a los alegatos de la contestación, solo se reconoció media hora extra en un tercio de las jornadas totales laboradas por el accionante, dado el carácter rotativo del horario en los tres tipos de jornada, y que por su parte la accionante no trajo a los autos elemento alguno que demostrara el alegato de la prestación de servicio hasta las once de la noche, durante todos los días, razón por la cual considera que la decisión recurrida violentó la norma referida a la distribución de la carga de la prueba establecida en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, conforme la decisión de fecha 11 de mayo de 2004, expediente signado con el número AA60-S-2003-000816, de esta Sala de Casación Social.

Por otra parte, señala que la decisión recurrida está viciada de nulidad conforme a la causal establecida en el artículo 160.3 de la Ley Orgánica procesal del Trabajo, por contradicción, conforme al análisis probatorio y lo determinado en el segundo punto de la apelación, en razón de que en el tema sometido a consideración se plantea la discrepancia de los montos generados como promedio de los salarios variables conformados por el 10% de las propinas, dado que, a su decir, la parte actora de forma global indica un promedio total por el referido concepto de Bs. 4.500,00 mensual, sin sustento alguno, lo cual fue rebatido en la contestación de la demanda, donde promedió de acuerdo a la prorrata de lo vendido por la empresa, entre los puntos de la nómina y el producto multiplicado por el número de puntos que le correspondían al accionante, un salario variable de Bs. 1.498,59. Continúa alegando que la contradicción en la recurrida que se alega, se basa en el propio análisis del material probatorio que efectúa la decisión en el punto 11.1, dado que los elementos constitutivos para la demostración del cálculo del promedio antes expresado, dimana de las documentales debidamente valoradas por la recurrida quien posteriormente indica que no se demostró dicho alegato.

Denuncia, asimismo, la violación de normas de orden público, conforme el artículo 160.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En tal virtud esgrime, que la decisión recurrida está viciada de nulidad por contradicción, atendiendo al análisis probatorio y lo determinado en el tercer punto de la apelación. Indica que el tema sometido a consideración plantea la parte variable del día de descanso, donde el *a quo* dictaminó que se verificaba un salario fluctuante y en razón de ello no le correspondía la parte variable del día de descanso, por su parte el *ad quem* determinó que no se estaba en presencia de un salario fluctuante fijo, sino un salario mixto, integrado por una parte fija y otra variable; conformada por las comisiones sobre las ventas, donde la parte demandada no logró demostrar el pago del día de descanso al actor; y que le corresponde cancelar el día de descanso sobre la parte variable, siendo que alegó y probó los puntos que le correspondían al trabajador por el 10% sobre el consumo y que le eran cancelados independientemente que disfrutara de su día de descanso .

Por último, señala que existe silencio de prueba, dado que la actora en la declaración de parte en la audiencia de juicio en primera instancia, declaró que efectivamente se le cancelaban los puntos sobre el porcentaje del 10 % no obstante estuviera en su día de descanso.

Para decidir la Sala observa:

Esta Sala de Casación Social extremando sus funciones, a los fines de preservar las garantías contenidas en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, procede a analizar los argumentos que sustentan la denuncia de la parte demandada recurrente, relativa a la contradicción en la que supuestamente incurre el *ad quem* entre el análisis probatorio que realiza de las documentales promovidas por las partes y las conclusiones respecto al porcentaje de ventas (comisión 10%).

En tal sentido a los efectos de verificar lo delatado por la parte demandada recurrente, precisa transcribir lo establecido por el *ad quem*, en los términos expuestos a continuación:

(Omissis)

PRUEBAS DE LA PARTE ACTORA: 1.- DOCUMENTALES: Documentales insertas a los folios 67 al 81 del expediente, referente a recibos de pagos y facturas de ventas, **quien decide le confiere valor probatorio** de conformidad con el Artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.

(Omissis)

II.- PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA: 1.- DOCUMENTALES:

Documentales cursantes a los folios 92 al 118, de la pieza número 1 del expediente referente a recibos de pago de vacaciones, bonos vacacionales, utilidades y salario, **quien decide observa que dichas documentales fueron igualmente presentadas por la parte actora, en tal sentido, este Tribunal ratifica su contenido y el valor probatorio asignado anteriormente en el presente fallo.** Así se establece.

(Omissis)

Ahora bien, respecto **al segundo punto de apelación** de la parte actora, relativo “**al porcentaje obre (sic) el consumo** la representación judicial de la parte actora lo estimo (*Sic*) en 4500 bs mensuales, la demandada promueve unos recibos de pago de salario y el consumo **máximo es 470 bs mensuales, sin embargo en la contestación la demandada confiesa que lo estima en 1.498**, es decir que cambia el monto, en los recibos **expresa que son 470 mensual y en la contestación señala en forma lineal que son 1.498**, y el juez *A quo* expresa que no quedo (*sic*) demostrado por la parte el consumo y **que el monto a pagar va a ser el reflejado en los recibos a pesar de que la parte demandada lo estima en 1498 bs**, Así las cosas se observa que hay una contradicción que hay una incongruencia en el monto del consumo, forzosamente aplicando el artículo 72 y 135 el monto será el salario que expresa la parte actora, más aun el *A quo* expresa que las partes no demostraron, aquí el que tenía que demostrar era la demandada por que ella era quien tenía la carga de la

prueba. Respecto a este concepto quien decide considera oportuno señalar que el porcentaje sobre el consumo, en el presente caso, se distribuye en relación a un puntaje determinado, y es este puntaje lo que representa un monto de las comisiones sobre el consumo. Ahora bien, de la revisión exhaustiva realizada a las actas procesales que conforman el presente asunto **se evidencia que cursa a los autos, recibos de pago emitidos por la empresa demandada, donde se evidencian unos montos inferiores a lo señalado por la parte actora en su libelo de la demanda;** asimismo, evidencia este juzgador que **en la contestación de la demanda, la parte demandada señala que en relación a este concepto la empresa cancela por dicho concepto Bs. 1498 mensuales**, de acuerdo al promedio de las ventas realizadas los últimos seis meses. En este sentido, **le correspondía a la parte demandada demostrar que la empresa pagaba la cantidad de Bs. 1.498 mensuales por dicho concepto, lo cual no demostró, motivo por el cual quien decide declara con lugar a (sic) apelación de la parte actora en lo que respecta a este concepto** y en consecuencia se ordena al experto encargado de realizar la experticia complementaria del fallo que a los efectos de cuantificar el salario debe tomar la cantidad de Bs. 4.500 mensuales por el porcentaje sobre el consumo. **Así se establece.**

Del extracto de la sentencia *supra* transcrito, evidencia la Sala que el Juez *ad quem*, respecto a la denuncia referente a la infracción de normas de orden público, conforme el artículo 160.3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dada la contradicción -según la recurrente- en la cual incurre el *ad quem*, que se colige del análisis probatorio y lo determinado en respuesta al segundo punto de apelación (relativo al porcentaje sobre el consumo) en virtud de la discrepancia por determinar el promedio de la parte variable del salario mensual mixto devengado por el trabajador; conformado por el 10 % del consumo por venta, considerando que la actora señala un promedio mensual de Bs. 4.500,00 y la demandada otro de Bs. 1.498, 59, y del contexto que sustenta la referida denuncia de violación de orden público, se observa por una parte que el juez superior le otorgó valor probatorio a las documentales promovidas por ambas partes, referidas a recibos de pagos y facturas de ventas, y por la otra, establece que la demandada probó unos montos inferiores a los señalados por la parte actora en el libelo de la demanda, lo cual evidencia la contradicción aducida por la parte demandada, toda vez que el juez superior establece que la demandada probó un monto mensual del porcentaje sobre el servicio menor a las cantidades señaladas por el demandante en su libelo de la demanda, empero, la condena por no probar sus dichos respecto a las cantidades correspondientes al porcentaje sobre el servicio.

Evidentemente, que el Juez de alzada al no cumplir con la finalidad de resolver la controversia con las suficientes garantías para las partes, inobservando las formas procesales establecidas en la ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, infringió con ello el orden público laboral; siendo ésta razón suficiente para esta Sala, declarar con lugar el presente recurso de control de la legalidad y consecuentemente anula la sentencia recurrida de conformidad con el artículo 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En acatamiento a lo previsto en el artículo 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se procede a decidir el fondo de la controversia, con base en las siguientes consideraciones:

DECISIÓN DE MERITO

La parte actora en su escrito libelar argumentó: 1. Que comenzó a prestar sus servicios de manera personal, subordinada e ininterrumpida, para la empresa INVERSIONES L'INCANTO, C.A., con su nombre comercial (LA TOSCANA RISTORANTE-PIZZERIA), en fecha veintitrés (23) de enero de 2012, desempeñando el cargo de MESONERO, cumpliendo una jornada de trabajo de lunes a domingo, con un día de descanso en cada semana, que era los días jueves, y para el mes de mayo de 2013, hasta la fecha de culminación del contrato de trabajo el empleador le otorgó dos días de descanso continuos, miércoles y jueves de cada semana, laborando entonces de viernes a martes, cumpliendo diversos horarios de acuerdo a las semanas laboradas devengando un salario mensual mixto, compuesto por un salario básico fijo mensual (salario mínimo) y un salario variable compuesto por el porcentaje de ventas (consumo 10%

equivalentes a 4 puntos diarios) más propina (estimada mensualmente en 2 unidades tributarias) valorada en unidad tributaria para cada año que duró la relación laboral, hasta el treinta (30) de marzo de 2014, fecha en la cual finalizó la relación laboral por retiro voluntario, para una prestación de servicio de dos (02) años, dos (02) meses y siete (07) días. 2.- Que los horarios de trabajo cumplidos semanalmente en el decurso del contrato de trabajo se corresponden con los siguientes:

DESDE EL 23/01/2012 HASTA EL 30/04/2013						
1 SEMANA	HORAS DE TRABAJO		HORAS DE DESCANSO		HORAS DE TRABAJO	
DIAS	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA
LUNES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	11:00 p.m.
MARTES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	11:00 p.m.
MIERCOLES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	11:00 p.m.
JUEVES	DIA DE DESCANSO					
VIERNES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	11:00 p.m.
SABADO	01:00 p.m.	CORRIDO				09:00 p.m.
DOMINGO	01:00 p.m.	CORRIDO				09:00 p.m.

2 SEMANA	HORAS DE TRABAJO		HORAS DE DESCANSO		HORAS DE TRABAJO	
DIAS	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA
LUNES	12:00 m.	CORRIDO				08:30 p.m.
MARTES	12:00 m.	CORRIDO				08:30 p.m.
MIERCOLES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
JUEVES	DIA DE DESCANSO					
VIERNES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
SABADO	11:00 a.m.	CORRIDO				08:00 p.m.
DOMINGO	11:00 a.m.	CORRIDO				08:00 p.m.

3 SEMANA	HORAS DE TRABAJO		HORAS DE DESCANSO		HORAS DE TRABAJO	
DIAS	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA
LUNES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
MARTES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
MIERCOLES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	11:00 p.m.
JUEVES	DIA DE DESCANSO					
VIERNES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	12:00 m.
SABADO	03:00 p.m.	CORRIDO				12:00 m.
DOMINGO	02:00 p.m.	CORRIDO				11:00 p.m.

4 SEMANA	HORAS DE TRABAJO		HORAS DE DESCANSO		HORAS DE TRABAJO	
DIAS	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA
LUNES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
MARTES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
MIERCOLES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	11:00 p.m.
JUEVES	DIA DE DESCANSO					
VIERNES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	12:00 m.
SABADO	03:00 p.m.	CORRIDO				12:00 m.

DOMINGO	02:00 p.m.	CORRIDO	11:00 p.m.
---------	------------	---------	------------

DESDE EL 01/05/2013 HASTA EL 30/03/2014						
1 SEMANA	HORAS DE TRABAJO		HORAS DE DESCANSO		HORAS DE TRABAJO	
DIAS	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA
LUNES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	11:00 p.m.
MARTES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	11:00 p.m.
MIERCOLES	DIA DE DESCANSO					
JUEVES	DIA DE DESCANSO					
VIERNES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	11:00 p.m.
SABADO	01:00 p.m.	CORRIDO				09:00 p.m.
DOMINGO	01:00 p.m.	CORRIDO				09:00 p.m.

2 SEMANA	HORAS DE TRABAJO		HORAS DE DESCANSO		HORAS DE TRABAJO	
DIAS	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA
LUNES	12:00 m.	CORRIDO				08:30 p.m.
MARTES	12:00 m.	CORRIDO				08:30 p.m.
MIERCOLES	DIA DE DESCANSO					
JUEVES	DIA DE DESCANSO					
VIERNES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
SABADO	11:00 a.m.	CORRIDO				08:00 p.m.
DOMINGO	11:00 a.m.	CORRIDO				08:00 p.m.

3 SEMANA	HORAS DE TRABAJO		HORAS DE DESCANSO		HORAS DE TRABAJO	
DIAS	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA
LUNES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
MARTES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
MIERCOLES	DIA DE DESCANSO					
JUEVES	DIA DE DESCANSO					
VIERNES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	12:00 m.
SABADO	03:00 p.m.	CORRIDO				12:00 m.
DOMINGO	02:00 p.m.	CORRIDO				11:00 p.m.

4 SEMANA	HORAS DE TRABAJO		HORAS DE DESCANSO		HORAS DE TRABAJO	
DIAS	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA	DESDE	HASTA
LUNES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
MARTES	10:00 a.m.	CORRIDO				07:00 p.m.
MIERCOLES	DIA DE DESCANSO					
JUEVES	DIA DE DESCANSO					
VIERNES	10:00 a.m.	03:00 p.m.	03:00 p.m.	07:00 p.m.	07:00 p.m.	12:00 m.
SABADO	03:00 p.m.	CORRIDO				12:00 m.

Por lo que reclama la cantidad de Bs. 327.156,78 por concepto de prestación de antigüedad, diferencia de utilidades vencidas, utilidades fraccionadas, diferencia de vacaciones vencidas, vacaciones fraccionadas, diferencia de bono vacacional, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, diferencias de bono nocturno, días de descanso variable, diferencia de días domingos y feriados trabajados, mas intereses de mora e indexación.

Por otra parte la demandada, en su escrito de contestación de la demanda, señaló:

A.- Negó que el componente salarial correspondiente a propinas hubiese sido variable, toda vez que para la tasación de la propina se estableció una fórmula fija mensual, la cual era actualizada automáticamente cada año, puesto que se recurrió a la referencia de la unidad tributaria como indicador económico, éste que por su estudio anual no requiere nuevas discusiones entre patrono y empleador para su adecuación.

B.- Que los componentes salariales del accionante comprendían el salario mínimo nacional como salario básico, el equivalente a dos unidades tributarias mensuales como tasación de la propina y una parte variable comprendida por la prorrata del porcentaje de los consumos realizados por los clientes de la empresa, que conforme al sistema de puntos, era dividido entre el total de puntos que conforme a la nómina mensual de los trabajadores existentes mantenía la empresa, para posteriormente multiplicarlos por los 4 puntos que le correspondían al accionante al ostentar el cargo de mesonero.

C.- Que si bien la jornada semanal del accionante en principio se estableció de viernes a miércoles y posteriormente de viernes a martes, son totalmente falsos los horarios expresados en los cuadros insertos en el escrito libelar. Que conforme a los días de descanso que disfrutaba el accionante, su jornada se llevaba a cabo en tres turnos distintos, a saber: el primero, comprendido entre las 11:00 a.m. y las 03:00 p.m. y de 07:00 p.m. a 10:00 p.m.; el segundo, de 11:00 a.m. a 02:00 p.m. y de 03:00 p.m. a 08:00 p.m.; y el tercero, de 02:00 p.m. a 07:00 p.m. y de 08:00 p.m. a 10:00 p.m. Que dichos turnos eran implementados de forma rotativa para los mesoneros que prestaban servicio de viernes a martes, nunca sobrepasando la prestación del servicio más allá de las 10:00 p.m., hora en la cual el Restaurant acostumbra a cerrar sus puertas. Que igualmente, no se sobrepasa en ninguno de los casos, las tres horas nocturnas, permaneciendo en todo momento su horario de trabajo dentro de los parámetros de la jornada mixta.

D.- Que la Inspectoría del Trabajo tiene actualmente prohibida la autorización de prestación de servicios en horas extras tanto diurnas como nocturnas, razón por la cual resultan imposibles los parámetros planteados en la demanda. Se niega en consecuencia, que el accionante haya trabajado un total de nueve (09) horas diarias y se niega igualmente haber prestado una hora extra todos los días.

E.- Se niega que el accionante tuviera un salario variable, ya que el derecho a la propina fue tasado por las partes integrantes de la relación laboral en un monto fijo mensual, razón por la cual, su cómputo no se realiza conforme a las disposiciones del primer aparte del artículo 216 de la Ley Orgánica del Trabajo, ni del segundo aparte del artículo 119 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, ya que al establecerse una forma de cálculo fija mensual, los días de descanso de dicho componente salarial están inmersos dentro de tal remuneración.

F.- Se niega que al accionante se le adeude cantidad de dinero alguna por concepto de parte variable de días de descanso en virtud de que la empresa para el pago de la parte variable proveniente del 10% del recargo a las ventas realizadas a sus clientes, se computan todos los días de la semana, es decir, no se sustrae de la base de cálculo los días de descanso de ningún trabajador, sino que se procede a realizar el prorrateo de los puntos a los que son beneficiarios los trabajadores, del total del recargo facturado por la empresa, razón por la cual, al realizar dicha repartición, dentro de la prorrata, están siendo calculados los días de descanso de todos los trabajadores.

G.- Se niega que la parte variable proveniente del recargo del 10% de las ventas a los clientes de la empresa haya promediado en los últimos seis meses de la relación laboral en cuanto al accionante la cantidad de Bs. 4.500,00 mensuales, ya que la misma ascendió a la cantidad de Bs. 1.498,59.

H.- Que nunca se generaron horas extras. Pero que en el caso de ser ordenado el pago de horas extras, se señala como límite 100 horas extras establecidas en el literal c) del artículo 178 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

I.- Que los únicos bonos nocturnos que se generaron fueron parciales, en el cumplimiento de tres horas nocturnas, en los casos de cumplimiento del horario hasta las 10:00 p.m. y de una hora nocturna en la cobertura del horario hasta las 08:00 p.m.

J.- Se niega la totalización de días domingos y feriados postulada, ya que el accionante estuvo disfrutando de sus períodos vacacionales. Se niega la suma dineraria reclamada por tal concepto.

K.- Se niega que el accionante haya devengado como salario normal las cantidades expresadas en su escrito libelar, toda vez que parte de imputaciones falsas de salarios mixtos que no fueron generados, se imputan falsamente incidencias por horas extraordinarias diurnas y nocturnas que no fueron de forma alguna generadas y se adiciona una base de cálculo de bonos nocturnos falsa.

L.- Fue negado que se adeude al accionante la suma reclamada por concepto de bono nocturno, toda vez que si bien es cierto no se tomó en consideración en su pago los recargos del 10% y propinas, estos no ascendieron a los montos indicados en el escrito libelar. Que al tener la propina tasada en dos unidades tributarias equivalentes al final de la relación laboral a Bs. 254,00 y ascendiendo el recargo por consumo a Bs. 1.498,59, se obtiene por la base salarial no tomada en consideración para el pago de los bonos nocturnos un total de Bs. 1.752,59, los cuales divididos entre los 30 días computables del mes y divididos entre las 7,5 horas diarias de trabajo, arrojan un salario por hora de Bs. 7,79 cuyo 30% aplicable para el bono nocturno equivale a 2,34 que al multiplicarlos por las horas sobre las cuales se generaron los bonos nocturnos (1.375 horas), se obtiene un monto total adeudado por concepto de bono nocturno de TRES MIL DOSCIENTOS DIECISIETE BOLÍVARES CON 50/100 CÉNTIMOS (Bs. 3.217,50).

M.- Se niega que se le deban al accionante los montos indicados por concepto de diferencia por domingos y feriados trabajados, toda vez que si bien es cierto que el accionante prestó servicios en múltiples oportunidades en domingos y feriados, la base de cálculo utilizada resulta errónea. Que, por otro lado, hubo domingos y feriados que no se laboraron ya que el accionante estuvo disfrutando de sus períodos vacacionales. Que se laboraron un total de 125 domingos y feriados. Que se adeuda por este concepto la suma de DIEZ MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES BOLÍVARES CON 75/100 CÉNTIMOS (Bs. 10.953,75).

N.- Que con respecto a las diferencias de utilidades 2012 y 2013, el accionante no prestó servicios en el año 2012, todo el año, completando sólo 11 meses en el promedio del último año. Que únicamente se adeuda por este concepto la cantidad de TRES MIL OCHOCIENTOS DOCE BOLÍVARES CON 25/100 CÉNTIMOS (Bs. 3.812,25).

Ñ.- Se niegan las sumas dinerarias reclamadas por concepto de diferencias de vacaciones y bonos vacacionales, toda vez que lo adeudado por estos conceptos asciende a las siguientes sumas: Vacaciones 2012-2013: Bs. 879,60; Vacaciones 2013-2014: Bs. 938,24; Vacaciones Fraccionadas 2014-2015: Bs. 165,95; bono vacacional 2012-2013: Bs. 879,60; bono vacacional 2013-2014: Bs. 938,24; bono vacacional fraccionado: Bs. 165,95, para un total por estos conceptos de TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE BOLÍVARES CON 58/100 CÉNTIMOS (Bs. 3.967,58).

O.- Se niega la suma dineraria reclamada por concepto de prestación de antigüedad y sus intereses, toda vez que los referidos conceptos toman como base de cálculo montos falsos.

Que los componentes salariales a considerar son: parte básica equivalente al salario mínimo nacional; derecho al cobro de propinas tasada en el equivalente a dos unidades tributarias mensuales; parte variable proveniente del prorrateo mensual del 10% sobre las ventas totales del mes, ventas realizadas durante todos los días del mes (incluidos los días de descanso del accionante); recargo del bono nocturno de las horas trabajadas en dicha jornada; recargo por trabajos en domingos y feriados trabajados. Que a tal salario debe adicionarse la alícuota de utilidades a razón de 30 días anuales y la alícuota de bono vacacional a razón de 15 días anuales más un día por cada año de antigüedad. Que se reconoce como adeudada la suma de VEINTITRÉS MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE BOLÍVARES CON 75/100 CÉNTIMOS (Bs. 23.929,75) por estos conceptos.

P.- Que se adeuda al accionante la cantidad de CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO BOLÍVARES CON 97/100 CÉNTIMOS (Bs. 45.874,97), cantidad a la cual deben adicionarse DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS BOLÍVARES CON 79/100 CÉNTIMOS (Bs. 2.482,79) por concepto de intereses moratorios.

Q.- Finalmente solicitó la declaratoria parcialmente con lugar de la demanda incoada...”.

Así pues, planteados como han quedado los hechos alegados por el actor, así como las excepciones y defensas opuestas por la demandada, evidencia esta Sala que quedan fuera de los hechos controvertidos los siguientes hechos: **1)** la existencia de la relación laboral, **2)** el cargo desempeñado por el demandante (mesonero), **3)** la fecha de inicio de la relación de trabajo, **4)** la fecha de culminación de la relación de trabajo, **5)** el motivo de ruptura de la relación de trabajo (retiro voluntario), **6)** que el salario del demandante era cancelado en dinero en efectivo y está integrado por: **6.1)** Una parte fija (igual al salario mínimo nacional vigente), **6.2)** un porcentaje del 10% sobre el consumo, **6.2.1)** que el demandante tenía asignado 4 puntos sobre del porcentaje del consumo, **6.3)** las propinas y, **6.3.1)** que el valor del derecho a percibir propinas fue tasado en el equivalente a dos (2) Unidades Tributarias (U.T.), mensuales, **7)** que la jornada de trabajo del demandante era rotativa, **7.1)** que desde el inicio de la relación hasta el mes de abril de 2013, el descanso semanal del demandante era los días jueves, **7.2)** que desde mayo de 2013 hasta la ruptura del contrato de trabajo los descansos semanales fueron miércoles y jueves, quedando circunscrita la controversia a determinar, **los siguientes hechos: 1)** en cuanto a la jornada de trabajo: **1.1)** su duración diaria y semanal, **1.1.1)** el trabajo o no en horas extraordinarias, **1.2)** el pago de los días de descanso semanal no trabajados, **2)** en cuanto al salario: **2.1)** el valor mensual de la incidencia salarial del porcentaje sobre el consumo, **2.2)** la procedencia o no de los reclamos por horas extras y bono nocturno, **2.3)** la procedencia o no de cada uno de los conceptos reclamados: día de descanso, diferencias en el bono nocturno, diferencias en el pago del domingo y feriado trabajado, diferencias en el pago de utilidades, vacaciones, bono vacacional, garantía de prestaciones sociales, intereses de la garantía de prestaciones sociales y, **en cuanto al derecho**, la controversia se centra en determinar la naturaleza salarial del porcentaje sobre el consumo y las propinas. **Así se declara.**

En este sentido, dado los términos en los que ha quedado trabada la *litis*, es preciso referir con base en el criterio sostenido por esta Sala respecto al régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral, en sentencia n° 419, de fecha 11 de mayo de 2004 (caso: *Juan Rafael Cabral Da Silva* contra *Distribuidora La Perla Escondida, C.A.*), que le corresponde a la demandada -visto que está admitida la relación de trabajo-, demostrar: 1) la duración de la jornada de trabajo, 2) el valor mensual promedio del porcentaje sobre el consumo. Al demandante le corresponde probar la prestación del servicio en horas extras. **Así se declara.**

Establecidos como han quedado los términos del presente contradictorio, esta Sala pasa a analizar las pruebas promovidas y evacuadas por las partes.

I.- Pruebas de la parte actora:

1.- DOCUMENTALES:

1.1. Marcadas “A1 al A13”, en copias carbón insertas del folios 67 al 76, ambos inclusive, constante de diez (10) folios, útiles, referente a recibos de pago de salario y demás asignaciones, correspondientes a: **2012**; abril, mayo, julio, agosto, octubre, noviembre, diciembre. **2013**; enero, marzo, mayo, junio, julio, octubre. Dichas instrumentales exhiben en su parte inferior central una rúbrica atribuida al demandante y en la parte superior izquierda exhibe el nombre de la demandada y su número de Registro de Información Fiscal. Dichas instrumentales no fueron impugnadas en forma alguna por la parte demandada, sumado al hecho que los originales de dichas instrumentales fueron promovidos por la parte demandada y cursan Marcadas “C1” al “C23”, de los folios 96 al 118, ambos inclusive. En consecuencia de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se tienen por ciertas las mismas y se le otorga valor probatorio, respecto a los conceptos y cantidades allí canceladas. **Así se declara.**

1.2. Marcadas “B1 al B5”, cursantes del folio 77 al 81, ambos inclusive, facturas fiscales emanadas de impresora fiscal, las cuales al no haber sido atacadas y visto que las referidas documentales reúnen los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Providencia Administrativa N°/SNAT/2008/0257 del 19 de agosto del 2008, contentiva de las normas generales de emisión de facturas y otros documentos, se les otorgan valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo documentales emanadas de la demandada, se evidencia el número del RIF de la entidad de trabajo demandada, su domicilio fiscal, teléfono, número de factura, los cargos realizados por el consumo, el cobro del porcentaje de servicio, y el cobro del Impuesto al Valor Agregado (IVA), coincidiendo estas documentales con los datos de identificación fiscal contenidos en los recibos de pago de salario cursantes del folio 67 al 76, presentados por la parte actora. Reflejan dichas documentales tres (3) ventas, a saber: 1) 21/03/2013, 2) 07/09/2014, 3) 09/09/2014 y una instrumental no legible (Marcada B1, folio 77). Ahora bien, dichas instrumentales guardan relación con uno de los hechos controvertidos, esto es, el valor mensual de la incidencia salarial del porcentaje sobre el consumo, empero, dichas instrumentales son insuficientes a los fines de dilucidar dicho hecho controvertido, pues, se requiere de los montos totales de las ventas efectuadas por la demandada durante los seis (6) meses inmediatamente anterior al término del contrato de trabajo y de los hechos anteriores señalados se puede establecer el referido valor controvertido. **Así se declara.**

1.3 Marcada “C1”, impresión de página web del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, fecha de impresión 01/09/2014 (folio 82 del expediente), relativo a cuenta individual del ciudadano DELGADO CESAR ALFONSO. La referida instrumental se tiene como cierta conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Infogobierno, en concordancia con el artículo 4 del Decreto con fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, empero, dado que no aporta nada a la controversia no se le da valor probatorio.

2.- EXHIBICION:

2.1. En cuanto a la exhibición promovida por la parte actora en el capítulo II de su escrito de promoción, la empresa demandada promovió y exhibió el documento que marcado “D”, consignó junto a su escrito de promoción de pruebas, a saber: comunicación sin fecha, constante de tres (3) folios útiles, dirigida por la demandada al Inspector del Trabajo en el Distrito Capital, en la cual informa de los horarios de trabajo de la empresa demandada, dicha instrumental exhibe en su parte inferior derecha un sello húmedo de la Inspectoría del Trabajo que se lee: “RECIBIDO, Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, Inspectoría del Trabajo “Dr. Pedro Ortega Díaz”, Sede Caracas Sur, recibido (Ilegible), fecha 06/05/13, (folios 155 al 157, ambo inclusive, del expediente), a dicha documental se le confiere valor probatorio conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y se extrae de la misma que el horario de trabajo en dicha entidad de trabajo, en el Grupo 2, es de Viernes a Martes, con dos días de descansos Miércoles y Jueves de la siguiente forma: **1er turno:** 11:00 a.m. a 03:00 p.m. y de 07:00 p.m. a 10:00 p.m.; **2do turno:** 11:00 a.m. a 02:00 p.m. y de 03:00 p.m. a 08:00 p.m.; **3er turno:** 02:00 p.m. a 07:00 p.m. y de 08:00 p.m. a 10:00 p.m. **Así se declara.**

3.- TESTIMONIALES:

3.1. En cuanto a la testimonial del ciudadano EDWIN WANGER FERNÁNDEZ F, V- 18.371.941, si bien es cierto el testigo declaró que laboraban un horario mixto; que se repartían el 10% de servicio mediante un sistema de puntos entregados cada semana independientemente que los trabajadores asistieran a sus labores, dichos hechos no aportan nada a la controversia, razón por la cual no se le otorga valor probatorio. **Así se declara.**

3.2. En relación a la testimonial de la ciudadana THAIS CAROLINA ARVILLA DE LEÓN, quien decide observa que la referida testigo no compareció a la audiencia de juicio, motivo por el cual no se tiene material sobre el cual

pronunciarse. **Así se declara.**

II.- Pruebas de la parte demandada.

1.- DOCUMENTALES:

1.1. Marcadas “A1 al A2”, insertas del folios 92 al 93, constante de dos (2) folios, útiles, referente a originales recibos de pago de Vacaciones correspondientes a los periodos: **2012 / 2013; 2013 / 2014**. Dichas instrumentales exhiben en su parte inferior central una rúbrica atribuida al demandante y en la parte superior central exhibe el nombre de la demandada y su número de Registro de Información Fiscal. Las referidas instrumentales no fueron impugnadas en forma alguna por la parte demandante, en consecuencia de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se tienen por ciertas las mismas y se le otorga valor probatorio, respecto a los conceptos y cantidades allí canceladas. **Así se declara.**

1.2. Marcadas “B1 al B2”, insertas del folios 94 al 95, constante de dos (2) folios, útiles, referente a originales recibos de pago de Utilidades correspondientes a los años: **2012 y 2013**. Dichas instrumentales exhiben en su parte inferior central una rúbrica atribuida al demandante y en la parte superior central exhibe el nombre de la demandada y su número de Registro de Información Fiscal. Dichas instrumentales no fueron impugnadas en forma alguna por la parte demandante, en consecuencia de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se tienen por ciertas las mismas y se le otorga valor probatorio, respecto a los conceptos y cantidades allí canceladas. **Así se declara.**

1.3. Marcadas “C1 al C23”, insertas del folios 96 al 118, ambos inclusive, constante de veinte (20) folios, útiles, referente a recibos de pago de salario y demás asignaciones, correspondientes a: **2012**; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre. **2013**; enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, septiembre, noviembre, diciembre. **2014**; enero, febrero. Dichas instrumentales exhiben en su parte inferior central una rúbrica atribuida al demandante y en la parte superior izquierda exhibe el nombre de la demandada y su número de Registro de Información Fiscal. Dichas instrumentales no fueron impugnadas en forma alguna por la parte actora, y aunado al hecho que dichas originales se corresponden en todo su contenido con las copias carbón promovidas por la parte actora Marcada “A1” al “A13”, en consecuencia de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se tienen por ciertas las mismas y se le otorga valor probatorio respecto a los conceptos y cantidades allí canceladas. **Así se declara.**

1.4. Marcada “D”, comunicación sin fecha, constante de tres (3) folios útiles, dirigida por la demandada al Inspector del Trabajo en el Distrito Capital, en la cual informa de los horarios de trabajo de la empresa demandada, dicha instrumental exhibe en su parte inferior derecha un sello húmedo de la Inspectoría del Trabajo que se lee: “RECIBIDO, Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, Inspectoría del Trabajo “Dr. Pedro Ortega Díaz”, Sede Caracas Sur, recibido (Ilegible), fecha 06/05/13, (folios 155 al 157, ambo inclusive, del expediente), a dicha documental se le confiere valor probatorio conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y se extrae de la misma que el horario de trabajo en dicha entidad de trajo, en el Grupo 2, es de Viernes a Martes, con dos días de descansos Miércoles y Jueves de la siguiente forma: **1er turno:** 11:00 a.m. a 03:00 p.m. y de 07:00 p.m. a 10:00 p.m.; **2do turno:** 11:00 a.m. a 02:00 p.m. y de 03:00 p.m. a 08:00 p.m.; **3er turno:** 02:00 p.m. a 07:00 p.m. y de 08:00 p.m. a 10:00 p.m. **Así se declara.**

1.5. Marcadas “N1” al “N6”, insertas del folios 137 al 154, ambos inclusive, constante de dieciocho (18) folios, útiles, copias simples de las “Listados de Trabajadores”, de la demandada. Dichas instrumentales no fueron impugnadas por la parte actora. En consecuencia su contenido se tiene por cierto. De dichas instrumentales se establece el número de

trabajadores activos en cada periodo y los puntos correspondientes por cada listado nómina a los fines de la distribución por porcentaje sobre el consumo. **Así se declara.**

1.6. Marcadas “IVA 1” al “IVA 6”, insertas del folios 119 al 136, ambos inclusive, constante de dieciocho (18) folios, útiles, copias simples de las “Formas 99030” Declaración y pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), de la demandada, correspondiente a los periodos fiscales desde octubre del 2013 hasta marzo de 2014. Dichas instrumentales serán analizadas al momento del examen de las resultas de la prueba de informe requerida al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), cursante del folio 229 al 241, ambos inclusive. **Así se declara.**

2.- PRUEBA DE INFORMES:

2.1. En cuanto a la prueba de informe requerida al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), se observa: 1) Del folio 215 al 227, ambos inclusive, cursan las resultas de dicha prueba de informe remitidas en oficio N° 000479, de fecha 28/01/2015, emanado del Gerente de Recaudación, con dicho oficio se remiten copias certificadas de las “Formas 99030” Declaración y pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA) de la demandada, correspondiente a los periodos fiscales desde octubre del 2013 hasta marzo de 2014, 2) Del folio 229 al 241, ambos inclusive, cursan las resultas de dicha prueba de informe remitidas en oficio N° 001142, de fecha 24/02/2015, emanado del Gerente de Recaudación, con dicho oficio se remiten copias certificadas de las “Formas 99030” Declaración y pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA) de la demandada, correspondiente a los periodos fiscales desde octubre del 2013 hasta marzo de 2014. Ahora bien, con dichas copias certificadas se puede apreciar que el contenido de las reproducciones fotostáticas (copias simples) de las “Formas 99030”, Declaración y pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), promovidas por la parte demandada, anexa al escrito de promoción de pruebas, marcadas “IVA 1” al “IVA 6”, insertas del folios 119 al 136, se corresponden con el de las copias certificadas, es decir, ambos contenidos son idénticos. Las referidas copias certificadas y copias simples, no fueron impugnadas en forma alguna por la parte actora, razón por la cual merecen fe en cuanto a certeza de su contenido. De dichas documentales se desprende que el monto total de las ventas de la demandada en dichos meses, se corresponde de la forma siguiente:

AÑO	MES	TOTAL VENTAS (Bs.)
2013	Octubre	312,420.63
2013	Noviembre	299,518.10
2013	Diciembre	327,500.10
2014	Enero	329,178.17
2014	Febrero	301,732.92
2014	Marzo	344,756.18

En consecuencia, a los fines del presente procedimiento se tendrán las cantidades señaladas como el total de las ventas de la demandada en los referidos meses. **Así se declara.**

2.2 En relación a la prueba de informe dirigida al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), se prescindió de ella al no aportar elementos que nos dieran mayor convicción y vista la valoración previa de las documentales cursantes a los folios 137 al 154, se sustenta la misma. **Así declara.**

3.- PRUEBA TESTIMONIAL:

3.1. En lo referente a la declaración del testigo promovido; PEDRO PABLO GONCALVES ABREU, quien decide lo desecha por cuanto se evidencia que el mismo tiene un interés en las resultas del juicio dada su condición de familiar de uno de los demandados. **Así se declara.**

3.2. En lo referente a la declaración de los testigos ZULAY RAMÍREZ RODRÍGUEZ y CARLOS PÉREZ, quien decide la desecha por cuanto sus dichos nada aportan a la resolución del presente conflicto. **Así se declara.**

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Esta Sala de Casación Social, habiendo analizado las pruebas cursantes a los autos, procede a decidir la presente controversia en los términos siguientes:

En principio debe precisar en relación con la responsabilidad solidaria de los ciudadanos **CHARLES DENIS DE SOUSA RODRÍGUEZ** y **JOAO DIONISIO DE SOUSA DE JESÚS**: Conforme a lo estipulado en el artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicable *ratione temporis*, que las personas naturales son solidariamente responsables con las obligaciones derivadas de la relación laboral, cuando ostenten la cualidad de patronos. Asimismo, el artículo *supra* citado estipula que los accionistas responderán solidariamente a los efectos de facilitar el cumplimiento de las garantías salariales.

En el caso de autos, se tiene como cierto que el actor prestó servicios para **INVERSIONES L' INCANTO, C.A.**, y para los ciudadanos **CHARLES DENIS DE SOUSA RODRÍGUEZ** y **JOAO DIONISIO DE SOUSA DE JESÚS**, toda vez que en la contestación de la demanda, no se negó la existencia de la relación laboral, y menos aún, se alegó que las personas naturales demandadas no fueran accionistas de la empresa demandada, es decir, no se rechazó la cualidad pasiva de los prenombrados ciudadanos. En consecuencia, los referidos ciudadanos **CHARLES DENIS DE SOUSA RODRÍGUEZ** y **JOAO DIONISIO DE SOUSA DE JESÚS**, resultan solidariamente responsable con la empresa accionada, por el pago de los pasivos laborales, a los que pudiera ser acreedor el accionante. **Así se declara.**

En cuanto a la jornada de trabajo, el actor no acreditó a los autos elementos de pruebas respecto a la jornada de trabajo que alegó en su libelo de la demanda, ni respecto a las horas extras alegadas y reclamadas. Por el contrario, la demandada, en cuanto a la jornada de trabajo cumplida por el demandante, acreditó a los autos los hechos constitutivos de los alegatos que expuso en su escrito de contestación de la demanda, confirmaciones que hizo por intermedio de la documental promovida anexo a su escrito de promoción de pruebas marcada "D", cursante de los folios 155 al 157, ambos inclusive, esto es: que el demandante cumplió una jornada mixta de trabajo en turnos rotativos de la siguiente manera; jornada de trabajo de cinco (5) días a la semana: de viernes a martes, con dos (2) días de descansos semanales; miércoles y jueves, que los turnos rotaban cíclicamente de la siguiente forma: **1er turno:** 11:00 a.m. a 03:00 p.m. y de 07:00 p.m. a 10:00 p.m., esto es, una jornada diaria de siete (7) horas; 4 horas diurnas y 3 horas nocturnas; **2do turno:** 11:00 a.m. a 02:00 p.m. y de 03:00 p.m. a 08:00 p.m. esto es, una jornada diaria de ocho (8) horas; 7 horas diurnas y 1 hora nocturna; **3er turno:** 02:00 p.m. a 07:00 p.m. y de 08:00 p.m. a 10:00 p.m. esto es, una jornada diaria de siete (7) horas; 5 horas diurnas y 2horas nocturnas; **Así se declara.**

A los fines de resolver sobre la procedencia de las horas extraordinarias reclamadas, resulta indispensable referir lo previsto en el artículo 176 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el cual dispone:

Artículo 176

Cuando el trabajo sea continuo y se **efectúe por turnos, su duración podrá exceder de los límites diarios y semanales siempre que el total de horas trabajadas por cada trabajador o trabajadora en un período de ocho semanas, no exceda en promedio el límite de cuarenta y dos horas semanales...** (Negrillas y cursivas de la Sala).

Dicha norma contempla que el trabajo que se efectúe por turnos podrá excederse de los límites diarios y semanal, siempre que el total de horas trabajadas por el trabajador en un período de ocho (8) semanas, no exceda en promedio del límite de cuarenta y dos (42) horas semanales, esto es, que el total de horas trabajadas en un lapso de ocho (8) semanas podrá ser hasta el máximo de trescientas treinta y seis (336) horas, ello estaría dentro de los límites establecidos por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; por lo que, lo que exceda de ese tope legal establecido es lo que se considerará hora extraordinaria. **Así se declara.**

En este sentido se pronunció esta Sala de Casación Social, en sentencia N° 312, de fecha 01 de abril de 2016, en la cual se estableció:

(...) Corresponde ahora dilucidar la jornada de trabajo que cumplían los coaccionantes, quienes alegaron que estaban sometido a un horario de trabajo rotativo de **lunes a miércoles** distribuido de la siguiente manera: desayunos de 6:00 a.m. a 11:00 a.m., refrigerios de 6:00 a.m. a 3:00 p.m., almuerzos en los horarios de 9:00 a.m. a 3:00 p.m. y **de jueves a domingo** desde las 3:00 p.m. hasta las 5:00 a.m. Asimismo, en los eventos cuyos horarios se comprendían: cócteles de 3:00 p.m. a 5:00 a.m., comuniones de 9:00 a.m. a 5:00 p.m., bautizos de 9:00 a.m. a 5:00 p.m., bodas de 3:00 p.m. a 5:00 a.m., cumpleaños de 3:00 p.m. a 5:00 a.m., graduaciones de 3:00 p.m. a 5:00 a.m. y fiestas de 3:00 p.m. a 5:00 a.m.; admitido por la demandada que prestaron servicios en tales eventos, negando que “laboren en los horarios y días que se alegan” sobre la base de que “cuando laboraban lo hacían de manera eventual u ocasional y sólo en eventos especiales” procediendo además a negar que los litisconsortes “laboraban 69 horas por semana”, visto así, le correspondía a la parte demandada probar cuál era el horario efectivamente laborado por los trabajadores cuando se les contrataba, para así desvirtuar la jornada por ellos señalada, por tanto, dado que nada probó al respecto, queda establecido que la modalidad horaria de la jornada de trabajo de los litisconsortes se hacía en turnos rotativos. Dado lo anterior, resta en determinar las horas extraordinarias peticionadas por los codemandantes, para ello, se debe recurrir a lo establecido en los artículos 201 y 206 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), en cuyo articulado se establece:

Artículo 201

Cuando el trabajo sea necesariamente continuo y se efectúe por turnos, su duración podrá exceder de los límites diarios y semanales siempre que el total de horas trabajadas por cada trabajador en un período de ocho (8) semanas, no exceda de dichos límites

Artículo 206

Los límites fijados para la jornada podrán modificarse por acuerdos entre patronos y trabajadores, siempre que se establezcan provisiones compensatorias en caso de exceso, y a condición de que el total de horas trabajadas en un lapso de ocho (8) semanas no exceda en promedio de cuarenta y cuatro (44) horas por semana.

De lo plasmado en dichos artículos se colige que cuando el trabajo se efectúe por turnos, el mismo podrá excederse de los límites diarios y semanal por acuerdo entre patronos y trabajadores a cuyo efecto se deben establecer provisiones compensatorias en caso de exceso y a condición de que el total de horas laboradas por cada trabajador en un ciclo de ocho (8) semanas no exceda del límite de 44 horas por semana, es decir, que en ocho (8) semanas deberían laborarse un máximo de trescientas cincuenta y dos (352) horas, lo cual estaría dentro de los límites establecidos por la abrogada Ley Orgánica del Trabajo; por lo que lo que exceda de ese tope legal establecido es lo que se considerará hora extraordinaria (...)

Ahora bien, en el presente caso, dado el horario rotativo que quedó establecido y a los fines de determinar el promedio de las horas laboradas en el periodo de ocho (8) semanas, se hace la siguiente relación, a saber:

Semana (número)	Días de la Semana	Turno (tipo)	Horas trabajadas por día. (número)	Días trabajados (número)	Horas trabajadas en la semana (total)
1	Viernes	1	7	5	35
	Sábado				
	Domingo				
	Lunes				

	Martes				
	Miercoles				
	Jueves				
2	Viernes	2	8	5	40
	Sábado				
	Domingo				
	Lunes				
	Martes				
3	Miercoles	3	7	5	35
	Jueves				
	Viernes				
	Sábado				
	Domingo				
4	Lunes	1	7	5	35
	Martes				
	Miercoles				
	Jueves				
	Viernes				
5	Sábado	2	8	5	40
	Domingo				
	Lunes				
	Martes				
	Miercoles				
6	Jueves	3	7	5	35
	Viernes				
	Sábado				
	Domingo				
	Lunes				
7	Martes	1	7	5	35
	Miercoles				
	Jueves				
	Viernes				
	Sábado				
8	Domingo	2	8	5	40
	Lunes				
	Martes				
	Miercoles				
	Jueves				
Total Horas Trabajadas en 8 semanas					295
Promedio 8 Semanas					36.88

De dicha relación se desprende con absoluta claridad que el número de horas trabajadas en el periodo de ocho (8) semanas, vale decir; 295 y el promedio de las horas trabajadas en dicho periodo de ocho (8) semanas, esto es, 36.88, no supera el límite legal permitido.

Sin embargo, observa la Sala la confesión respecto a las horas extra que hace la parte recurrente en la audiencia oral y pública celebrada en esta Sala, cuando señala textualmente que: “... *en todo caso como defensa subsidiaria se limite a las horas extraordinarias que me dice la ley y se comprobó que únicamente aproximadamente al año trabajaba cuarentaisiete (47) horas extraordinarias, que hizo el tribunal superior? señalar el máximo de cien (100) horas al año, cosa que y él me está condenando cincuenta y tres (53) horas extraordinarias al año que evidentemente adicionales que inciden en todos los cálculos que van*”. En consecuencia, dada la aceptación expresa de la demandada respecto a que el demandante laboró aproximadamente cuarenta y siete (47) horas extraordinarias al año, se condena el pago de las mismas, por lo que para su determinación se ordena una experticia complementaria del fallo, en la que se tomará como base dicho número de horas extras (47) por año. Así se declara.

NATURALEZA SALARIAL DEL PORCENTAJE SOBRE EL CONSUMO Y LAS PROPINAS: Se instruye del contenido establecido en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras en el cual se prevé:

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 propinas, 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.

PROPINA: la norma expresamente señala que el valor que para él representa el derecho a percibir las propinas se considerará de carácter salarial.

La demandada rechazó que las propinas recibidas por el demandante tenga naturaleza salarial con el argumento que el derecho a percibir las propinas fue tasado en dos (2) Unidades Tributaria (U.T.), que dicho elemento de cálculo (Unidades Tributarias) se actualiza anualmente y por ello, en su decir, el haber tasado el derecho a percibir propinas determinan: 1) que las propinas no son una parte variable del salario, 2) que el pago, de la incidencia salarial del valor del derecho a percibir propina en los días de descanso semanal está comprendido dentro del valor tasado y, 3) que el valor tasado del derecho a percibir las propinas no tiene naturaleza salarial y por ello no causan incidencia salarial en la base de cálculo de ningún concepto. Sin duda el argumento de defensa de la demandada es errado, pues, el hecho que se haya tasado el derecho a percibir propinas no desvirtúa la naturaleza salarial legal (atribuida por la Ley) del referido pago por propinas, ni le atribuye una naturaleza distinta. Así mismo, el valor tasado del derecho a percibir propina no se constituye en un valor paquete, es decir, que en su valor estén contenido la incidencia salarial de dicho elemento en todos o algunos de los conceptos causados con motivo de la existencia de un contrato de trabajo y, finalmente, tampoco determina que el ingreso tasado por la propina se constituya en un elemento fijo del salario, pues, el valor tasado del derecho a percibir propina o la propina tasada mantienen su naturaleza salarial legal y el valor que hayan acordado las partes (trabajador y patrono) se integra al salario normal como elemento base de cálculo de los derechos del trabajador. **Así se declara.**

PORCENTAJE SOBRE EL CONSUMO: La demandada rechaza la naturaleza salarial de dicho pago, por cuanto en su decir; los elementos base de cálculo que ella usó para determinar el monto a pagar por dicho porcentaje están comprendidas las cantidades que le puedan corresponder al demandante por concepto de la incidencia salarial en los

descansos semanales. Ahora bien, el elemento base de cálculo al cual hace referencia la demandada y por el cual considera que no se adeudan incidencias, es el número de días de la semana en el que se toman las ventas totales, esto es, que se toman las ventas completas del total de días de la semana trabajados por la empresa sin excluir los días de descanso que haya disfrutado cada trabajador. Así las cosas, dicha base de cálculo del porcentaje sobre el consumo no libera a la demandada de su obligación de considerar lo pagado por dicho concepto como elemento integrante del salario normal para el cálculo de los días de descanso semanales trabajados. **Así se declara.**

Por otra parte, en lo que respecta al porcentaje sobre el consumo, la parte actora no acreditó a los autos elementos de prueba respecto a los montos señalados en su libelo de la demanda como elementos bases de cálculo de dicho porcentaje, por el contrario la demandada, no solo acreditó por intermedio de las copias certificadas de las "Formas 99030" Declaración y pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), correspondiente a los periodos fiscales desde octubre del 2013 hasta marzo de 2014, los montos de las ventas totales de los últimos seis (6) meses de la relación de trabajo, pues, también acreditó a los autos los restantes elementos bases de cálculo del porcentaje sobre el consumo como lo son: el número total de puntos de la nómina mensual y el número de puntos correspondientes al trabajador, a saber:

PERIODO	VENTAS TOTALES	10%	PUNTOS (nomina)	PUNTOS (demandante)	TOTAL
Octubre 13	312,420.63	31,242.06	106	4	1,178.95
Noviembre 13	299,518.10	29,951.81	106	4	1,130.26
Diciembre 13	327,500.10	32,750.01	83	4	1,578.31
Enero 14	329,178.17	32,917.82	78	4	1,688.09
Febrero 14	301,732.92	30,173.29	68	4	1,774.90
Marzo 14	344,756.18	34,475.62	84	4	1,641.70
Promedio del diez (10) % sobre el consumo durante los últimos seis meses					1,498.70

Así las cosas, se establece que el promedio del 10% sobre el consumo durante los últimos seis meses de la relación de trabajo se corresponde con

la cantidad de Bs. 1.498,70, mensuales. **Así se declara.**

DESCANSO SEMANALES: En virtud que se ha establecido la naturaleza salarial de lo pagado por la demandada por concepto del porcentaje sobre el consumo y por el valor tasado del derecho a percibir propinas, aunado al hecho que la demandada aceptó que dichos conceptos no habían sido considerados para pagar los descansos semanales; que desde el inicio de la relación de trabajo hasta el mes de abril de 2013 fue solo un (1) día descanso semanal (jueves) y el resto del periodo de vigencia de la relación de trabajo, fueron dos (2) días de descanso semanales (miércoles y jueves), se ordena el pago de los descansos semanales y para ello se acuerda la práctica de una experticia complementaria del fallo, en la cual el experto debe considerar los siguientes parámetros: **1)** para el cálculo de lo correspondiente por los días de descanso semanales no se tomara en cuenta la parte fija del salario, es decir, la parte correspondiente al salario mínimo nacional, **2)** se tomaran única y exclusivamente los elementos variables del salario que se indican a continuación: porcentaje sobre el consumo, el valor del derecho a percibir propina y incidencia salarial de las horas extras trabajadas condenadas en este fallo. **3)** se tomará como valor mensual promedio del porcentaje sobre el consumo la cantidad de Bs. 1.498,70. **4)** se tomara como valor mensual del derecho a percibir propina un valor equivalente a dos (2) Unidades Tributarias, de la siguiente manera: para enero del 2012, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.76,00; desde febrero del 2012 hasta enero de 2013, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.90,00, desde febrero del 2013 hasta enero del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.107,00; para los meses de febrero y marzo del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.127,00, **5)** se excluyen de la base de cálculo los lapsos de disfrute de vacaciones esto es, periodo 2012-2013: del 12/08/2013 al 30/08/13, periodo 2013-2014: 17/02/2014 al 12/03/14, **6)** el total de días de descanso semanales son 149, según la siguiente relación, a saber:

AÑO	MES	DIAS DE DESCANSO	DIAS DEL CALENDARIO

2012	Enero	1	26
2012	Febrero	4	2,9,6,23
2012	Marzo	5	1,8,15,22,29
2012	Abril	4	5,12,19,26
2012	Mayo	5	3,10,17,24,31
2012	Junio	4	7,14,21,28
2012	Julio	4	5,12,19,26
2012	Agosto	5	2,9,16,23,30
2012	Septiembre	4	6,13,20,27
2012	Octubre	4	4,11,18,25
2012	Noviembre	5	1,8,15,22,29
2012	Diciembre	4	6,13,20,27
2013	Enero	5	3,10,17,24,31
2013	Febrero	4	7,14,21,28
2013	Marzo	4	7,14,21,28
2013	Abril	4	4,11,18,25
2013	Mayo	10	1,2,8,9,15,16,22,23,29 y 30
2013	Junio	8	5,6,12,13,19,20, 26 y 27
2013	Julio	9	3,4,10,11,17,18,24,2 y 31
2013	Agosto	3	1,7 y 8
2013	Septiembre	8	4,5,11,12,18,19,25 y 26
2013	Octubre	10	2,3,9,10,16,17,23,24,30 y 31
2013	Noviembre	8	6,7,13,14,20,21,27 y 28
2013	Diciembre	8	4,5,11,12,18,19,25 y 26
2014	Enero	10	1,2,8,9,15,16,22,23,29 y 30
2014	Febrero	4	5,6,12 y 13
2014	Marzo	5	13,19,20,26 y 27
TOTAL DIAS DE DESCANSO		149	

DOMINGOS Y FERIADOS TRABAJADOS: Dado que se ha establecido la naturaleza salarial de lo pagado por la demandada por concepto del porcentaje sobre el consumo, por el valor tasado del derecho a percibir propinas, sumado al hecho que la demandada aceptó que dichos conceptos no habían sido considerados para pagar los domingos y feriados trabajados, se ordena el pago de la diferencia de dichos conceptos y para ello se acuerda la práctica de una experticia complementaria del fallo, en la cual el experto debe considerar los siguientes parámetros: **1)** para el cálculo de lo que corresponde por los domingos y feriados trabajados no se tomará en cuenta la parte fija del salario, es decir, la parte correspondiente al salario mínimo nacional, **2)** se tomarán única y exclusivamente los elementos variables del salario que se indican a continuación: porcentaje sobre el consumo, valor del derecho a percibir propina y incidencia salarial de las horas extras trabajadas condenadas en este fallo, **3)** se tomara como valor mensual promedio del porcentaje sobre el consumo la cantidad de Bs. 1.498,70., **4)** se tomará como valor mensual del derecho a percibir propina un valor equivalente a dos (2) Unidades Tributarias, de la siguiente manera: para enero del 2012, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.76,00; desde febrero del 2012 hasta enero de 2013, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.90,00, desde febrero del 2013 hasta enero del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.107,00; para los meses de febrero y marzo del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.127,00, **5)** se excluyen de la base de cálculo los lapsos de disfrute de vacaciones esto es, periodo 2012-2013: del 12/08/2013 al 30/08/13, periodo 2013-2014: 17/02/2014 al 12/03/14, **6)** el total de días domingos y feriados trabajados son sesenta y siete (67), según la siguiente relación, a saber:

Mes	SUELDO	Número de Domingo Trabajado	Domingo Trabajado	Número de Feriado Legal	Feriado Legal	Porcentaje de Ventas	Propina	Numero de Bono Nocturno	Bono Nocturno
enero	1,548.00	1	79.70			30.00	16.00		53.07
febrero	1,548.00	2	184.80			210.00	90.00		464.40
marzo	1,548.00	2	184.80			220.00	80.00		464.40

abril	1,548.00	2	176.80	1	88.40	170.00	50.00		464.40
mayo	1,780.00	2	190.00			90.00	30.00		534.00
junio	1,780.00	2	190.00			100.00	40.00		534.00
julio	1,780.00	2	192.00	1	96.00	100.00	40.00		534.00
agosto	1,780.00	2	192.00			80.00	60.00		534.00
septiembre	2,047.00			1	107.35	60.00	40.00		175.46
octubre	2,047.00			1	105.05	50.00	20.00		152.06
noviembre	2,047.00	1	105.85			45.00	25.00		175.46
diciembre	2,047.00	3	340.05	2	226.70	130.00	90.00		175.46
enero	2,047.00	4	451.40	1	112.85	110.00	100.00		175.46
febrero									
marzo	2,046.90	3	307.05	2	204.70	120.00	110.00	15	175.50
abril	2,047.00	4	409.40	1	102.35	170.00	130.00	15	175.50
mayo	2,457.00	2	245.70	1	122.85	90.00	50.00	10	117.00
junio	2,457.00	2	245.70	1	122.85	70.00	30.00	10	117.00
julio	2,457.00	2	245.70	1	122.85	340.00	220.00	15	175.50
agosto									
septiembre	2,703.00	2	270.30			240.00	120.00	15	231.75
octubre	2,703.00	2	270.30			110.00	85.00	15	231.75
noviembre	2,973.00	3	405.45			440.00	350.00	14	216.30
diciembre	2,973.00	3	405.45			440.00	350.00	15	231.75
enero	3,270.00	4	744.00			252.00	200.00	11	233.83
febrero	3,270.00	4	864.00			370.00	200.46	11	206.64
Domingos Trabajados		54	Total Feriados	13	Total Domingos Trabajados y Feriados				67

BONO NOCTURNO: Dado que se ha establecido la naturaleza salarial de lo pagado por la demandada por concepto del porcentaje sobre el consumo, por el valor tasado del derecho a percibir propinas, sumado al hecho que la demandada aceptó que dichos conceptos no habían sido considerados como incidencias salariales, se ordena el pago de la diferencia del bono nocturno y para ello se acuerda la práctica de una experticia complementaria del fallo, en la cual el experto debe considerar los siguientes parámetros: **1)** para el cálculo de lo correspondiente por Bono Nocturno se tomará en cuenta el salario normal integrado por: salario mínimo nacional vigente para el periodo que corresponda, con un recargo del 30%, más el porcentaje sobre el consumo, valor del derecho a percibir propina y, incidencia salarial de las horas extras trabajadas condenadas en este fallo, **2)** se tomará, durante toda la relación, como único valor mensual promedio del porcentaje sobre el consumo la cantidad de Bs. 1.498,70., **3)** se tomará como valor mensual del derecho a percibir propina un valor equivalente a dos (2) Unidades Tributarias, de la siguiente manera: para enero del 2012, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.76,00; desde febrero del 2012 hasta enero de 2013, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.90,00, desde febrero del 2013 hasta enero del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.107,00; para los meses de febrero y marzo del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.127,00, **4)** se excluyen de la base de cálculo los lapsos de disfrute de vacaciones esto es, periodo 2012-2013: del 12/08/2013 al 30/08/13, periodo 2013-2014: 17/02/2014 al 12/03/14, **5)** Para determinar el número de bonos nocturnos a calcular, se deben tomar en cuenta desde la fecha de inicio de la relación hasta la fecha de ruptura, el cumplimiento de la jornada de trabajo establecida en el presente fallo, iniciando cíclicamente los turnos rotativos establecidos, **6)** A las cantidades determinadas por concepto de bono nocturno, se debe descontar las cantidades pagadas por la demandada por dicho concepto, esto es, Bs. 6.548,69, que se obtiene de la relación de los recibos de pago promovidos por ambas partes, y que se grafica en la relación realizada anteriormente para el pago del concepto domingos y feriados trabajados. **Así se declara.**

VACACIONES VENCIDAS, VACACIONES FRACCIONADAS, BONO VACACIONAL VENCIDO Y BONO VACACIONAL FRACCIONADOS: En lo que respecta al reclamo por diferencia de vacaciones y bono vacacional correspondiente a los períodos 2012 / 2013 y 2013 / 2014, se declara procedente tal reclamo, dado que se ha establecido la

naturaleza salarial de lo pagado por la demandada por concepto del porcentaje sobre el consumo, por el valor tasado del derecho a percibir propinas, por la diferencias en los conceptos descanso semanales, domingos y feriados trabajados y bono nocturno, se ordena el pago de la diferencia de dichos conceptos. Así mismo, se acuerda el pago de las Vacaciones y Bono Vacacional Fraccionados correspondientes al periodo 2014 /2015 y, para todo ello se acuerda la práctica de una experticia complementaria del fallo, en la cual el experto debe considerar los siguientes parámetros: **1)** para el cálculo de lo correspondiente por Vacaciones y Bono Vacacional se tomará en cuenta el salario normal promedio de los tres (3) meses anteriores a la fecha del disfrute, esto es, para el periodo 2012-2013, los tres meses anteriores al 12/08/2013, para el periodo 2013-2014, los tres meses anteriores al 17/02/2014, para el periodo 2014-2015, los tres meses anteriores al 30/03/2014, integrado por: 1.1) salario mínimo nacional vigente para cada periodo, 1.2) porcentaje sobre el consumo, 1.3) valor del derecho a percibir propina, 1.4) incidencias del bono nocturno, 1.5) incidencias de descansos semanales, 1.6) incidencia de domingos y feriados trabajados, 1.7) incidencia salarial de las horas extras trabajadas condenadas en este fallo. **2)** se tomara como único valor mensual promedio del porcentaje sobre el consumo la cantidad de Bs. 1.498,70., **3)** se tomara como valor mensual del derecho a percibir propina un valor equivalente a dos (2) Unidades Tributarias, de la siguiente manera: para enero del 2012, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.76,00; desde febrero del 2012 hasta enero de 2013, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.90,00, desde febrero del 2013 hasta enero del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.107,00; para los meses de febrero y marzo del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.127,00, **4)** el cálculo de los días correspondiente por concepto de Vacaciones y Bono Vacacional se hará conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, **5)** A las cantidades determinadas por concepto de Vacaciones y Bono Vacacional, se debe descontar las cantidades pagadas por la demandada por dicho conceptos, esto es, Bs.6.110,00 (2012-2013) y Bs. 7.519,68 (2013-2014), que se obtienen de los recibos de pago promovidos por la demandada. **Así se declara.**

UTILIDADES FRACCIONADAS 2012, UTILIDADES 2013 Y UTILIDADES FRACCIONADAS 2014: En lo que respecta al reclamo por diferencia de Utilidades correspondiente a: 2012, 2013 y 2014, se declara procedente tal reclamo, dado que se ha establecido la naturaleza salarial de lo pagado por la demandada por concepto del porcentaje sobre el consumo, por el valor tasado del derecho a percibir propinas, por la diferencias en los conceptos descanso semanales, domingos y feriados trabajados y bono nocturno, se ordena el pago de la diferencia de dichos conceptos y para ello se acuerda la práctica de una experticia complementaria del fallo, en la cual el experto debe considerar los siguientes parámetros: **1)** para el cálculo de lo correspondiente por Utilidades de cada periodo se tomara en cuenta el salario normal promedio anual de cada periodo, esto es, para las utilidades fraccionadas 2012; los salarios normales promedio comprendido entre el 01/02/2012 al 31/12/2012, para las utilidades 2013; los salarios normales promedio comprendido entre el 01/01/2013 al 31/12/2013, para las utilidades fraccionadas del 2014; los salarios normales promedio comprendido entre los meses completos de servicios en dicho periodo, esto es, desde el 01/01/2014 al 28/02/2014, integrado por: 1.1) salario mínimo nacional vigente para cada periodo, 1.2) porcentaje sobre el consumo, 1.3) valor del derecho a percibir propina, 1.4) incidencias del bono nocturno, 1.5) incidencias de descansos semanales, 1.6) incidencia de domingos y feriados trabajados y, 1.7) incidencia salarial de las horas extras trabajadas condenadas en este fallo, **2)** se tomara como único valor mensual promedio del porcentaje sobre el consumo la cantidad de Bs. 1.498,70., **3)** se tomara como valor mensual del derecho a percibir propina un valor equivalente a dos (2) Unidades Tributarias, de la siguiente manera: para enero del 2012, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.76,00; desde febrero del 2012 hasta enero de 2013, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.90,00, desde febrero del 2013 hasta enero del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.107,00; para los meses de febrero y marzo del 2014, el valor de la Unidad Tributaria será de Bs.127,00, **4)** el cálculo de los días correspondiente por concepto de Utilidades se hará conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y en el caso de las Utilidades Fraccionadas se tomara en cuenta para el cálculo de la fracción los meses completos de servicios de cada periodo, no fracciones de mes, **5)** A las cantidades determinadas por

concepto de Utilidades, se debe descontar las cantidades pagadas por la demandada por dicho conceptos, esto es, Bs. 2.200, (2012) y Bs. 3.900 (2013), que se obtienen de los recibos de pago promovidos por la demandada. **Así se declara.**

GARANTÍA DE PRESTACIONES SOCIALES: Resulta procedente el pago del referido concepto en virtud de que no fue demostrado el pago por parte de la demandada, para lo cual el experto deberá determinar el monto que por dicho concepto le corresponde al accionante, en el caso de autos, el experto deberá realizar los cálculos en atención a los términos siguientes: En principio se deberá considerar la fecha de ingreso del trabajador, vale decir; veintitrés (23) de enero de 2012 y egreso treinta (30) de marzo de 2014, lo cual se corresponde con un tiempo de servicio equivalente a dos (2) años, dos (2) meses y siete (7) días. Asimismo, se deberá observar lo correspondiente al artículo 142 literal a) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que establece que el cómputo de la garantía de las prestaciones sociales, se hará por un pago trimestral de quince (15) días a razón del salario integral del último mes del respectivo trimestre, vale decir; mayo del 2012. El monto que resulte de dicho cálculo constituye la garantía de prestaciones sociales generadas por el accionante durante la relación laboral. Asimismo deberá calcularse los dos (2) días adicionales consagrados en 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– el cálculo de los dos (2) días adicionales proceden después del primer año de servicio. Adicionalmente se debe realizar el cálculo al que hace referencia el literal c) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por todo el tiempo de servicio, el cual se computa el lapso total de la prestación de servicios, teniendo el accionante un tiempo de servicio de dos (2) años, dos (2) meses y siete (7) días; en tal sentido se computa la cantidad de dos años por no ser la fracción igual o superior a seis (6) meses a razón de treinta (30) días por año, y el producto obtenido se multiplicara por el promedio de los seis (6) meses inmediatamente anterior a la terminación de la relación laboral (salario integral). Por último el experto luego de haber computado lo generado por aplicación de los literales a) y b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, sumará ambos montos y el resultado de dicha suma deberá compararlos con el resultado del cálculo ordenado a efectuar en atención al literal c) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras 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 considerará el salario integral compuesto o conformado por el salario normal (compuesto por salario mínimo nacional, porcentaje sobre consumo, bono nocturno, incidencias de descansos semanales, la incidencia de los días feriados y domingos trabajados, incidencia salarial de las horas extras trabajadas condenadas en este fallo); al salario normal se le adicionará la alícuota de utilidades (con base en 30 días por año) y bono vacacional (con base a 15 días para el primer año y un día adicional por cada año de servicio) a los fines de obtener el salario integral mensual. Sobre la suma total que le corresponde al accionante, deberán calcularse los intereses estatuidos en el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras -con base en la tasa pasiva determinada por el Banco Central de Venezuela-.

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.*), se ordena el pago de los intereses de mora de la cantidad condenada a pagar por concepto de prestaciones sociales, intereses sobre prestaciones sociales -establecidos en el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras-, vacaciones vencidas no disfrutadas, (2012/2013) vacaciones fraccionadas, (2013/2014) bono vacacional vencido no cancelado 2012/2013) bono vacacional fraccionado, (2013/2014) utilidades fraccionada no canceladas (2012), utilidades vecindadas (2013) y fraccionadas (2014); que arroje la experticia

complementaria del fallo, y su cómputo debe hacerse desde la fecha en que la misma es exigible, vale decir, desde la finalización de la relación de trabajo, a saber, desde el 30 de marzo de 2014, hasta la oportunidad de su cancelación; y con respecto a los intereses de mora de los *días de descanso y feriados, bono nocturno, y descanso semanal*; condenados, se ordena su cálculo a partir de la fecha en que nació el derecho al trabajador de percibirlo, es decir; al final de cada mes, ello, conforme a lo establecido en sentencia proferida por esta Sala publicada bajo el Nro. 1.097 el 13 de octubre de 2010, ratificada en sentencia Nro. 965 del 29 de julio de 2014. Cuyo cálculo se efectuará de acuerdo con lo previsto en los artículos 128 y 142 literal f) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicándose la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela. Dichos intereses no serán objeto de capitalización, ni indexación. **Así se declara.**

En aplicación del referido criterio jurisprudencial, se ordena el pago de la indexación judicial sobre la cantidad condenada a pagar por concepto de prestaciones sociales, a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral –30 de marzo de 2014–, hasta la oportunidad del pago efectivo. Asimismo, se ordena el pago de la corrección monetaria sobre el resto de los conceptos condenados a pagar distintos a prestaciones sociales, partir de la fecha de notificación de la demandada (01/08/2014) hasta la oportunidad del pago efectivo, excluyendo el lapso de inactividad procesal por acuerdo entre las partes (suspensión de causa), y aquellos en los cuales la causa estuviere paralizada por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, tales como vacaciones judiciales y recesos judiciales. **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. Así se establece.

No obstante, esta Sala establece que si para el momento de la ejecución de la presente decisión está en práctica en el aludido tribunal, lo establecido en el Reglamento del Procedimiento Electrónico para la Solicitud de Datos del Banco Central de Venezuela, el cual fue dictado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sesión de fecha 30 de julio de 2014 y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.616 de fecha 9 de marzo de 2015, el juez executor procederá a aplicar éste con preferencia a la experticia complementaria del fallo, para el cálculo de los intereses moratorios e indexación de los conceptos condenados. **Así se declara.**

En mérito de las consideraciones expuestas, se declara parcialmente con lugar la demanda interpuesta por el ciudadano Cesar Alfonso Delgado contra la sociedad mercantil Inversiones L' Incanto, C.A., y solidariamente en contra de los ciudadanos Charles Denis De Sousa Rodríguez y Joao Dionisio de Sousa de Jesús. **Así se declara.**

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 y por autoridad de la ley, declara **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de control de la legalidad interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia publicada en fecha 29 de abril de 2015; **SEGUNDO: SE ANULA** la decisión recurrida. **TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda incoada.

No hay condenatoria en costas.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Trabajo arriba identificada, a los fines consiguientes. Particípese de esta remisión al Juzgado

Superior de origen antes mencionado, todo de conformidad con el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

La presente decisión no la firma la Magistrada MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA porque no estuvo presente en la audiencia pública y contradictoria correspondiente, por motivos justificados

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 enero del año 2017. 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

El Magistrado Ponente,

El Magistrado,

DANILO A. MOJICA MONSALVO JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C.L.. N° AA60-S-2015-001420

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,