



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE

**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN SOCIAL**

### Ponencia del Magistrado Doctor **JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO**

En el juicio por diferencia en pago de los días de descanso convencionales, legales y feriados, pago de tiempo de viaje, incidencias salariales sobre la prestación de antigüedad, vacaciones, utilidades, horas extraordinarias, bono nocturno y pago de prima de transporte incoado por los ciudadanos **ESNARDO CASTILLO RODRÍGUEZ, HÉCTOR BANDA CANCE** y **JHONNY APARICIO CORONADO**, representados judicialmente por los profesionales del derecho Óliver Gómez Contreras, Eustacio Rafael Wettel, Lisbeth Carolina Morillo Mendoza, Luis Miguel Moreno y Daniel Enrique Aguilera, inscritos en el Inpreabogado bajo los números .91.628, 78.715, 144.301, 101.820 y 203.684 en ese orden, contra la sociedad mercantil **ALIMENTOS POLAR COMERCIAL, C.A.**, patrocinada judicialmente por los abogados Alonso Villalba Vitale, Vladimir Villalba Rodríguez, José Dionisio Morales Báez Yadira Rueda Rodríguez, Iván Hermosilla Vitale, Mario De Santolo Pomárico, Mariana Villalba Rodríguez, Edison Hernández Suero, Ida Canelón Montilla, Scarlett Rincón Quevedo, Analí Then Mejías, y Ariana Jholexa González Villalba, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 5.537, 54.401, 13.122, 14.096, 61.227, 88.244, 102.665, 84.160, 102.448, 67.518, 133.860 y 172.666, respectivamente, el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, mediante decisión de fecha 17 de abril de 2015, declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial de la parte actora y sin lugar la demanda incoada, confirmando así la sentencia proferida en fecha 3 de noviembre de 2014, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial que declaró sin lugar la pretensión.

Contra la sentencia de alzada, la representación judicial de la parte demandante anunció recurso de casación en fecha 23 de abril de 2015. Una vez admitido, se ordenó la remisión del expediente a este alto Tribunal.

En fecha 18 de mayo de 2015 fue presentado escrito de formalización de este recurso.

El 28 de mayo de 2015 se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa.

El 8 de junio de 2015 fue presentado escrito que contiene los alegatos que contradicen la solicitud del recurrente.

Por cuanto en fecha 23 de diciembre de 2015, tomó posesión en su cargo el Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, designado esa misma fecha por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela; se reconstituyó la Sala de Casación Social la cual quedó conformada de la manera siguiente: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella; los Magistrados, Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo, y Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo.

El 12 de enero de 2016, le fue reasignada la ponencia al Magistrado Dr. JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO y con tal carácter suscribe la presente decisión.

En fecha 24 de febrero de 2017, se realizó sesión de la Sala Plena de este máximo Tribunal con el objeto de designar las nuevas autoridades quedando constituida la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de de la siguiente manera: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidente, Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo; los Magistrados, Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dra. Mónica Misticchio Tortorella; y Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo, Secretario Dr. Marcos Paredes y Alguacil Sr. Rafael Arístides Rengifo.

Concluida la sustanciación del recurso, las partes comparecen a la audiencia oral, pública y contradictoria celebrada en fecha 30 de marzo de 2017 a las diez y cincuenta de la mañana (10: 50 a.m.), y se dictó fallo oral e inmediato, a tenor de lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, en los siguientes términos:

## **RECURSO DE CASACIÓN**

-I-

Con fundamento en el numeral 2, del artículo 168, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo denuncia que la recurrida incurrió en el vicio de error de interpretación acerca del contenido y alcance de los artículos 193 y 240 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Para ello alega el recurrente que el artículo 193 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que cuando el patrono esté obligado legal o convencionalmente al transporte de los trabajadores desde un sitio determinado hasta el lugar del trabajo, se computará como jornada efectiva la mitad del tiempo que debe durar normalmente ese transporte, salvo que el sindicato y el patrono acuerden no imputarlo, mediante el pago de la remuneración correspondiente.

En este mismo sentido señala que el artículo 240 de esta misma ley consagra que cuando el lugar de trabajo esté ubicado a treinta (30) o más kilómetros de distancia de la población más cercana, el patrono deberá

suplir al trabajador el transporte para ir y venir de su habitación al lugar del trabajo gratuitamente y que a los efectos del cómputo de la jornada se aplicará lo dispuesto en el precitado artículo 193.

Alega que de acuerdo con la primera norma sustantiva denunciada, el patrono queda obligado, bien sea legal o convencionalmente a suministrar el transporte a sus trabajadores; que la mitad del tiempo que dure para ir y venir al sitio de trabajo debe imputarse a la jornada laboral, es decir, que debe rebajarse de las horas laborales de la jornada diaria de trabajo, a excepción que, el patrono y el sindicato acuerden lo contrario, y que en este caso, el patrono cumplirá con su obligación realizando el pago a los trabajadores del tiempo que dure el transporte en su recorrido para llegar al sitio de trabajo y éstos deberán cumplir con todas las horas de su jornada laboral.

Esgrime que, lo que se pacta o acuerda, es la condición o manera de cómo se va a cumplir la obligación del tiempo de transporte, si se imputa a la jornada o se paga a los trabajadores y no la obligación en sí misma, a la cual el patrono está constreñido, bien sea por estar inmerso en el contenido de la norma establecida en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Trabajo o por aplicación del artículo 193 *eiusdem*.

Abundando en explicaciones expone el recurrente que en el caso concreto, a pesar que la entidad de trabajo desde el año 1992, está obligada convencionalmente a cumplir con lo preceptuado en el artículo 193 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), fue a partir del período 2006-2008, en adelante, cuando decidió darle cumplimiento a las cláusulas establecidas en las convenciones colectivas de trabajo, sin cancelar la obligación contraída desde las convenciones colectivas de trabajo anteriores, referida a que la mitad del tiempo que dura el transporte desde un sitio determinado hasta llegar a la entidad de trabajo, no fue imputado a la jornada efectiva de trabajo y mucho menos fue pactado para que su equivalente en bolívares fuera pagado a los trabajadores, lo que indica que ésta le adeuda el equivalente del tiempo en bolívares.

Indica que, cursan en autos del expediente numeradas 12, 13, 14, 15 y 16, las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la compañía anónima Productos Quaker, C.A. (hoy denominada Alimentos Polar Comercial C.A.) y el Sindicato Autónomo de Trabajadores de la empresa Productos Quaker C.A. para los períodos 1992-1995, 1995-1998, 1998-2000, 2001-2003 y 2003-2006, destacando el recurrente que, a tal efecto se puede observar que en todas éstas, las partes han establecido las cláusulas sobre el transporte de los trabajadores.

Asevera que, a pesar que la juzgadora superior reconoce la existencia y aplicación al caso planteado de los artículos 193 y 240 de la Ley Orgánica del Trabajo y realiza una explicación jurídica, considera errónea su conclusión por cuanto no se ajusta al contenido normativo de los mismos.

Advierte el formalizante que, en la motiva de la decisión recurrida se transcribe el contenido de las diferentes cláusulas de transporte suscritas por la entidad de trabajo desde el año 1992 hasta el año 2013, en las cuales ésta conviene en suministrar el beneficio de transporte a los trabajadores, es decir, que de ellas surge la

obligación convencional del beneficio del transporte, sin embargo, esta situación es negada por la juzgadora superior, cuando considera improcedente los reclamos, al haber efectuado una errónea interpretación de la norma, ya que considera que no entendió el contenido general y abstracto de la misma sacando de ella consecuencias jurídicas que no concuerdan con su contenido, es decir, la *ad quem* hizo una exégesis equivocada del precepto legal al dejar establecido que “(...) *No se constata que durante la vigencia de la relación de trabajo hubieren pactado la no imputación de la mitad del tiempo de viaje a la jornada de trabajo sustituida por el pago del tiempo correspondiente, por lo que bajo esta premisa surge improcedente el reclamo o la pretensión de los actores (...)*”, precisando el recurrente que, la obligación deviene de la ley o de las convenciones colectivas de trabajo, pero que en ningún caso dichos acuerdos pueden perjudicar la plataforma fijada por la norma, la cual señala, una vez establecida la obligación del patrono, que éste podrá imputarla a la jornada efectiva de trabajo o pactar con el sindicato la remuneración del tiempo de transporte o de viaje, esto es, la excepción de la norma, pero no indica que los trabajadores pierdan el derecho irrenunciable por mandato constitucional de reclamar el beneficio de ley si no está pactado; siendo la realidad de los hechos que la entidad de trabajo, a pesar de estar obligada convencionalmente, al transporte o al pago de la mitad del tiempo de viaje para ir y venir al sitio de trabajo, no lo imputaba a la jornada efectiva ni pagaba la remuneración equivalente.

### **Para decidir, observa la Sala:**

Establecido lo anterior, debe precisarse que el recurrente acusa el vicio de error de interpretación acerca del contenido y alcance de los artículos 193 y 240 de la Ley Orgánica del Trabajo. En este sentido, la Sala reitera que, este desacierto se produce cuando el juez aun reconociendo la existencia y la validez de la norma apropiada al caso, equivoca la exégesis en su alcance general y abstracto, es decir, cuando no le da el verdadero sentido, haciendo derivar de ella consecuencias que no concuerdan con su contenido. En tal situación, si bien el juez aplica la ley que regula el supuesto, le da una interpretación que no es la correcta, presentándose este fenómeno mayormente con normas jurídicas cuyos contenidos no son lo suficientemente diáfanos y que por tal hecho, pueden fácilmente dar origen a diferentes interpretaciones.

A los fines de resolver, la Sala reproduce las consideraciones y la solución dada por la recurrida al reclamo hecho por concepto de tiempo de viaje.

En su fallo, el juez de alzada señala:

En este sentido el artículo 193 de la Ley Orgánica del Trabajo, vigente a la época preceptuaba:

El beneficio de transporte para los trabajadores emerge alternativamente de dos fuentes, esto es, una de carácter legal y otra de carácter convencional

1) La obligación de fuente legal en el otorgamiento del beneficio de transporte a los trabajadores se encuentra contemplado en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Trabajo (1197) (sic), el cual expone:

(...)

De la anterior disposición se extrae, que para que el empleador se encuentre en la obligación legal de suministrar el beneficio de transporte, es menester que se cumpla con una condición la cual se

encuentra referida a que el lugar de trabajo esté ubicado a treinta (30) o más kilómetros de distancia de la población más cercana.

2) La fuente convencional puede provenir bien de la Contratación Colectiva o bien del contrato individual de trabajo, existiendo de tal manera la posibilidad, que aun cuando no se cumpla condición prevista en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Trabajo, las partes pacten de manera consensual el otorgamiento del beneficio del transporte.

Ahora bien, una vez existiendo la obligación de otorgar el beneficio del transporte ya sea –se repite– por obligación legal o contractual, debe estimarse la regla contenida en el artículo 193 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual está referida a:

a) Regla general: Se considerará la mitad del tiempo de viaje como jornada efectiva de trabajo, entendiéndose entonces que el trabajador se encuentra a disposición del empleador.

b) Excepción: La anterior regla comporta una excepción esto es, el sindicato y el empleador pueden convenir en no imputar el tiempo de viaje como jornada efectiva de trabajo –regla general– siempre y cuando se sustituya por el pago de la remuneración que corresponda al tiempo de viaje. De tal manera que es clara la disposición contenida en el artículo 193 de la Ley Orgánica del Trabajo, en cuanto a que, una vez que el patrono adquiera la obligación de otorgar el beneficio de transporte –*legal o convencional*–, computará la mitad de ese tiempo de viaje a la jornada de trabajo, lo cual no significa que v deba pagarlo, toda vez que la no imputación a la jornada de trabajo mediante el pago del tiempo, sólo será procedente única y exclusivamente por acuerdo entre los trabajadores y el patrono.

De lo anterior, se observa que el patrono está obligado legalmente al transporte en los casos establecidos en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Trabajo, y convencionalmente cuando se encuentre pactado en la Convención Colectiva de Trabajo o en el contrato individual de trabajo, suscrito por las partes.

En autos no se constata que el lugar de trabajo esté ubicado a treinta (30) o más kilómetros de distancia de la población más cercana, para que el empleador se encontrara en la obligación legal de suministrar el beneficio de transporte, tampoco se constata que durante la vigencia de la relación de trabajo, se hubiere convenido el suministro de transporte para los actores.

No se constata que durante la vigencia de la relación de trabajo hubieren pactado la no imputación de la mitad del tiempo de viaje a la jornada de trabajo sustituida por el pago del tiempo correspondiente, por lo que bajo esta premisa surge improcedente el reclamo o la pretensión de los actores.

De lo anterior, advierte la Sala que la alzada en el fallo impugnado, establece que, la *obligación legal* para el otorgamiento del beneficio de transporte a los trabajadores se encuentra contemplado en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Trabajo, vale decir, que cuando el lugar de trabajo esté ubicado a treinta (30) o más kilómetros de distancia de la población más cercana. Es cuando se verifique esta situación, que el patrono deberá suplir al trabajador el transporte para ir y venir de su habitación y que, a los efectos del cómputo de la jornada se aplicará lo dispuesto en el artículo 193 de esa Ley, infiriendo de ello, que para que el empleador se encuentre en la obligación legal de suministrar el beneficio de transporte, es menester que se cumpla con una condición geográfica. En cuanto a la fuente convencional, ésta puede provenir bien sea de la contratación colectiva o bien del contrato individual de trabajo, existiendo de tal manera la posibilidad, que aún cuando no se cumpla la condición prevista en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Trabajo, las partes pacten de manera consensual el otorgamiento del beneficio de transporte.

Asimismo, la recurrida indica que, una vez que existe la obligación de otorgar el beneficio del transporte por obligación legal o contractual, el artículo 193 de la Ley Orgánica del Trabajo, contiene una *regla general*, en el sentido que se considerará la mitad del tiempo de viaje como jornada efectiva de trabajo, entendiéndose entonces que, el trabajador se encuentra a disposición del empleador y también comprende esta norma la *excepción*, esto es, que el sindicato y el empleador pueden convenir en no imputar el tiempo de viaje como jornada efectiva de trabajo, siempre y cuando se sustituya por el pago de la remuneración correspondiente. Por consiguiente, para el *ad quem*, la disposición contenida en el artículo anterior, es clara y precisa en cuanto a que, una vez que el patrono adquiriera la obligación de otorgar el beneficio de transporte –legal o convencional-, computará la mitad de ese tiempo de viaje a la jornada de trabajo, lo cual no significa que deba pagarlo, toda vez que la no imputación a la jornada mediante el pago del tiempo, sólo será procedente única y exclusivamente por acuerdo entre los trabajadores y el patrono, destacando que el patrono está obligado legalmente al transporte en los casos establecidos en el citado artículo 240 y convencionalmente cuando se encuentre pactado en la convención colectiva de trabajo o en el contrato individual de trabajo. Finalmente, como quiera que para el juzgador de segundo grado, no se constata en el expediente que el lugar de trabajo, diste mas de 30 kilómetros de la población mas cercana, declaró sin lugar la pretensión.

En relación con las normas, cuyo vicio de error en interpretación, denuncia el recurrente, esta Sala, en sentencia N° 1.257 del 7 de diciembre de 2016 (caso *Geovani Hidalgo y otros contra Complejo Siderúrgico de Guayana COMSIGUA*) dejó establecido:

Por su parte, el contenido de los artículos 193 y 240 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), aplicables *rationae tempore* normas delatadas como infringidas, prevén:

**Artículo 193.** Cuando el patrono esté obligado legal o convencionalmente al transporte de los trabajadores desde un sitio determinado hasta el lugar de trabajo, se computará como jornada efectiva la mitad del tiempo que debe durar normalmente ese transporte; salvo que el sindicato y el patrono acuerden no imputarlo, mediante el pago de la remuneración correspondiente.

**Artículo 240.** Cuando el lugar de trabajo esté ubicado a treinta (30) o más kilómetros de distancia de la población más cercana, el patrono deberá suplir al trabajador el transporte para ir y venir de su habitación al lugar de trabajo, gratuitamente. A los efectos del cómputo de la jornada se aplicará lo dispuesto en el artículo 193 de esta Ley.

Colige esta Sala, con base en la primera de las normas enunciadas, **la obligación que tiene el patrono de computar como jornada efectiva de trabajo, la mitad del tiempo que deben transcurrir normalmente los trabajadores** en desplazarse desde un sitio determinado hasta su lugar de trabajo, **siempre y cuando constituya una obligación, legal o convencional, del patrono la prestación del transporte**, es decir, que **para que se genere la consecuencia establecida en la norma de imputar la mitad del tiempo de viaje a la jornada laboral, es necesario que exista previamente el deber del patrono de suministrar el servicio de transporte a sus trabajadores.** Asimismo, **del contenido del segundo precepto** reseñado se desprende **el supuesto en el que el patrono se encuentra obligado legalmente a prestar el transporte a sus trabajadores, el cual se configura cuando** el lugar de trabajo se encuentre ubicado a treinta (30) o más kilómetros de la población más cercana.

A juicio de la Sala, la interpretación de los artículos 193 y 240 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) hecha por la alzada, está en consonancia con los criterios que al respecto han sido emitidos por ella, de allí que se estima que el *ad quem*, en modo alguno haya interpretado erróneamente las disposiciones legales acusadas, todo lo contrario, aplicó de manera concordada e íntegra sus contenidos, resolviendo la situación de forma ajustada a la preceptiva procedente.

Por otra parte, del análisis de las convenciones colectivas vigentes correspondientes a los períodos 1992-1995, 1995-1998, 1998-2000, 2001-2003 y 2003-2006 cuyos pagos reclaman los accionantes, no hay constancia que el empleador y el sindicato hayan pactado algún acuerdo para no imputar el tiempo de viaje a la jornada laboral y sustituirlo por un pago.

En este sentido, la cláusula 31 de la Convención Colectiva de Trabajo 2006-2008, que los accionantes invocan como fundamento de su reclamación, contempla dos obligaciones, una de hacer “*continuar proporcionando el servicio de transporte para su trabajadores del turno normal*” incluida en las convenciones colectivas suscritas desde el año 1995 y otra de dar “*asignar una prima diaria por la mitad del tiempo promedio de viaje*” que surge a partir de octubre de 2006, por lo que con respecto a esta última no es procedente su aplicación retroactiva como lo pretenden los recurrentes.

En tal virtud, se declara sin lugar la presente denuncia.

## II

Con fundamento en el numeral 2, del artículo 168, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo denuncia que la recurrida incurrió en *error en la aplicación* de los artículos 133, 144, 196, 216 y 217 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), al considerar improcedente la diferencia reclamada por el día de descanso contractual (sábado) y por el día de descanso legal (domingo) y feriado.

Para ello, argumenta que de la motivación hecha por la juzgadora de segundo grado se deriva que aplicó erróneamente el contenido del artículo 217 de la Ley Orgánica del Trabajo, esto como resultado de su consideración de que el punto reclamado es de mero derecho, basado en que en el libelo se señaló que todos los accionantes devengaban un mismo salario, sin hacerse señalamiento de la variabilidad en su percepción y en su monto; que ello no es así, por cuanto según afirma el formalizante, cursan en el expediente pruebas documentales que demuestran estar en presencia de trabajadores de nómina semanal o nómina diaria y no, como se dejó expuesto en la recurrida, de que por el solo hecho de haberse indicado que los tres trabajadores percibían un mismo salario diario, ya esto los subsumía en el contenido de la norma del citado artículo 217, que por ello, hubo un convenio de salario mensual, criterio totalmente erróneo a consideración del recurrente, por cuanto constan en autos recibos de pagos aportados por la parte demandada y que por tal motivo, mal pudo entonces considerar la juzgadora de alzada estar en presencia de un salario mensual para aplicar el artículo 217 de la Ley Orgánica del Trabajo cuando ha debido aplicar lo preceptuado en el artículo 216 *eiusdem*.

Delata el recurrente que tanto la *a quo* como la *ad quem* no entendieron o no quisieron entender que lo reclamado en su pretensión está relacionado con el día sábado y su diferencia en la base de cálculo, por cuanto la entidad de trabajo venía cancelando el día sábado a salario básico hasta el día 30 de junio de 2008 cuando quedó establecido en la convención colectiva de trabajo que el día sábado sería cancelado a salario normal, es decir, que venía pagando el día sábado a salario básico. Sin embargo -prosigue el recurrente- la juzgadora *a quo*, entendió que se estaba reclamando un día adicional y la juzgadora superior interpretó que era un salario mensual y por ende, en dicho monto estaba incluido el día sábado, además declaró improcedente la retroactividad del mismo y sus incidencias laborales.

Con el propósito de resolver esta denuncia, es necesario precisar, en primer término, que el artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo -norma que contiene los motivos de casación en la jurisdicción laboral- no contempla en ninguno de sus tres ordinales el vicio de “*error en la aplicación*” como causal que pueda denunciarse en esta sede.

Por otra parte, el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, que es aplicado supletoria y complementariamente en los supuestos no previstos en la ley adjetiva especial antes indicada para los mismos fines, tampoco contiene tal vicio como motivo de casación, por lo que infiere esta Sala, en aplicación de la normativa constitucional que dispone no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, que lo querido acusar por el recurrente es la falsa aplicación de la normativa *supra* denunciada.

En tal sentido es preciso indicar, que para este Máximo Tribunal, la falsa aplicación de norma jurídica, se ha entendido como una violación que consiste en una incorrecta elección de la norma jurídica correspondiente, lo cual se traduce, normalmente, en una preterición y omisión de la norma jurídica que debió ser utilizada. Por tanto, para que pueda darse este vicio, es necesario que se haya empleado en la construcción de la decisión la norma jurídica denunciada, sólo que la situación fáctica en concreto establecida, no se relaciona con el supuesto de hecho contenido en dicho precepto (*vid* sentencia de la Sala de Casación Social N° 316 del 21/02/2006 Caso *Martín Cortes contra Barold de Venezuela*).

En el presente caso, se constata que el recurrente no expone la fundamentación fáctica con la cual pretende sea analizada la presunta violación de las disposiciones contenidas en los artículos 133, 144 y 196 de la Ley Orgánica del Trabajo, circunstancia ésta que imposibilita a la Sala resolverla por carecer de argumentación en tal respecto, razón por la cual la misma es desechada.

En lo que se refiere a la infracción de las normas contenidas en los artículos 216 y 217 *eiusdem* y conforme a la determinación hecha por la Sala, de que lo realmente pretendió el formalizante acusar fue la falsa aplicación de éstos dispositivos, debe destacarse antes de todo, la contradicción en que incurre el impugnante cuando expone en su fundamentación, al denunciar primeramente el “*error de aplicación*” del primero de estos artículos, para renglón seguido alegar que la juzgadora de alzada “*ha debido aplicar lo preceptuado en el artículo 216 eiusdem*”, argumentación ésta que por contradictoria desvanece y hace innecesario cualquier intención de análisis lógico de esta delación.



Para verificar la denuncia de falsa aplicación del artículo 217 de la Ley Orgánica del Trabajo, es necesario tener en cuenta lo establecido por la recurrida.

En tal sentido la alzada indicó que, en virtud de que la parte actora en su escrito libelar afirmó que todos los trabajadores devengaban un mismo salario (folio 35) sin señalar “*variabilidad en su percepción y monto*”, ello hizo considerar como punto de mero derecho, precisar el monto salarial que debe tomarse como base de cálculo para la cancelación de los días de descanso -legal o contractual- no laborados, en atención a las previsiones contenidas en el artículo 217 de la Ley Orgánica del Trabajo, que es del tenor siguiente:

**Artículo 217.** Cuando se haya convenido un salario mensual el pago de los días feriados y de descanso obligatorio estará comprendido en la remuneración, pero quienes prestaren servicios en uno (1) o mas de esos días, tendrán derecho a la remuneración correspondiente a aquellos días en los cuales trabajen y a un recargo del cincuenta por ciento (50%), conforme a lo previsto por el artículo 154.

Igualmente señaló la recurrida, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, que se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio.

Seguidamente transcribió la letra del artículo 216 de la Ley abrogada, que señala que el descanso semanal será remunerado por el patrono a los trabajadores que presten servicios durante los días hábiles de la jornada semanal de trabajo en la empresa, con el pago de una cantidad equivalente al salario de un (1) día; que igualmente será remunerado el día de descanso adicional semanal convenido por las partes conforme al artículo 196 y que cuando se trate de trabajadores a destajo o con remuneración variable, el salario del día feriado será el promedio de los devengados en la respectiva semana.

Para finalmente señalar el juzgador de segundo grado que:

De lo expuesto concluye este Tribunal, que todo trabajador que perciba salario fijo –**caso de los actores**- tiene derecho a que se le cancele el salario correspondiente a los días de descanso –legal y convencional- , **lo que significa que en el pago semanal, quincenal o mensual, según sea el caso, ya está incluido ese día.**, tal como lo prevé el artículo 217 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), el cual disponía:

‘Cuando se haya convenido un salario mensual el pago de los días feriados y de descanso obligatorio estará comprendido en la remuneración.’ (Destacados del original)

Dejó establecido también la recurrida que el salario base de cálculo para la cancelación del día de descanso dependerá de si se trata de un trabajador con remuneración fija o por el contrario su remuneración variable; que en el primer caso (remuneración fija), cuando se haya convenido un salario mensual el pago de los días feriados y de descanso obligatorio estará comprendido en la remuneración y que en el segundo caso, si trata de un trabajador con salario variable, la cancelación de los días de descanso (no trabajados) se efectuará tomando en

cuenta el ingreso promedio de la semana (para obtener el ingreso diario y así remunerar el descanso y feriados respectivos).

Con base en tales consideraciones estableció el fallo de reemplazo que los actores demandan la diferencia salarial, señalando la percepción de un salario fijo de Bs. 286,19; que por tanto, mal puede la parte actora, pretender que se ordene el pago de los sábados y domingos como si se tratase de una remuneración variable, para así promediarse lo devengado y dividirlo entre el número de días hábiles a remunerar; que de lo anterior se colige que en el pago semanal, ya está incluido el día de descanso y en mérito de tales fundamentos declaró improcedente la diferencia reclamada por días de descanso.

Encuentra la Sala que la recurrida no aplicó falsamente la norma denunciada por cuanto ésta regula la situación *sub iudice*, y es la norma conforme a la cual debe resolverse la controversia planteada, y el hecho que haya declarado la improcedencia de la pretensión no significa que esté incurso en el vicio denunciado. Así se decide.

Por los razonamientos antes expuesto, esta Sala considera que debe declararse sin lugar el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte actora contra la decisión proferida por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, en fecha 17 de abril de 2015

### **DECISIÓN**

En mérito de las consideraciones anteriores, esta Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la Ley, declara: **PRIMERO: SIN LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la representación judicial de la parte actora, ciudadanos **ESNARDO CASTILLO RODRÍGUEZ, HÉCTOR BANDA CANCINE y JHONNY APARICIO CORONADO** contra la sentencia proferida el 17 de abril de 2015 por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo; y **SEGUNDO: CONFIRMA** el fallo recurrido.

No hay condenatoria en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

No firma la presente decisión, la Magistrada Presidenta de la Sala de Casación Social, Dra. MARJORIE CALDERÓN GUERRERO, quien no asistió a la audiencia oral y pública por motivos justificados.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial arriba identificada. Particípese esta decisión al Juzgado Superior de origen, de conformidad con lo establecido en el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Dada, firmada y sellada en la sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Caracas, a los veintiséis (26) días del mes de abril del año 2017. Años 207° de la Independencia y

158° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente Ponente,

Magistrado,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrada,

Magistrado,

ÍONICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

**R.C. N° AA60-S-2015-000599**

Nota: Publicada en su fecha a las

El Secretario,