



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

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

En el juicio que por cobro de diferencias de prestaciones sociales, sigue el ciudadano **JOSÉ RAMÓN ROMÁN GUDIÑO**, representado judicialmente por los abogados Hamilton Melvin Rodríguez Philipps y Alexis García, contra la sociedad mercantil **CASTELLANA MOTORS, C.A.**, representada judicialmente por los abogados Gonzalo Álvarez Domínguez, Lindolfo León Arteaga, Pedro Luis Álvarez Gonzalo, Luis Gonzalo Álvarez Gonzalo y Amy Mariela Vielma, el Juzgado Segundo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia de fecha 22 de noviembre del año 2016, declaró sin lugar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y demandada respectivamente, y parcialmente con lugar la demanda, confirmando el fallo apelado dictado por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, en fecha 4 de octubre de 2016, que declaró con parcialmente con lugar la demanda.

Contra la sentencia de alzada anunció recurso de casación la abogada María José Cárdenas, en su carácter de apoderada judicial de la parte demandada, el cual una vez admitido, fue remitido el expediente a esta Sala de Casación Social.

Recibido el expediente en esta Sala de Casación Social, fue formalizado el recurso de casación anunciado. Hubo contestación. Posteriormente, se dio cuenta en fecha 7 de marzo del año 2017, designándose ponente al Magistrado Danilo A. Mojica Monsalvo.

En fecha 16 de mayo de 2017, fue fijada para el día 20 de junio del mismo año, la realización de la audiencia pública y contradictoria del recurso de casación, la cual fue diferida por auto de esa misma fecha, para el día 1° de agosto del año en curso, fecha en la cual compareció únicamente el apoderado judicial de la parte demandada recurrente, quien expuso sus alegatos.

Concluida la sustanciación con el cumplimiento de las formalidades legales, pasa esta Sala de Casación Social a reproducir la sentencia dictada en fecha 20 de junio del año 2017, bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter la suscribe, previa las siguientes consideraciones:

RECURSO DE CASACIÓN
-ÚNICO-

Con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el formalizante denuncia que el sentenciador de la recurrida incurrió en el vicio de incongruencia negativa, infringiendo el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con los artículos 12 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

De conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, denunció la incursión de la Juez de la recurrida en el vicio por defecto de actividad, al infringir el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con los artículos 12 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, por incongruencia negativa, lo que se da cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones procesales. En efecto, en la contestación de la demanda, invocó mi representada que las bonificaciones graciosas y no obligatorias que se le hicieron al trabajador en su liquidación, como lo fueron los salarios de la inamovilidad, debían compensarse con lo que eventualmente pudiera corresponderle al reclamante por cualquier concepto, apoyándose en la doctrina de esa honorable Sala, reiterada en sentencia N° 64 del 6 de marzo de 2015. En la audiencia de apelación declaramos como puntos a considerar en la sentencia que debía de pronunciarse en virtud del recurso, ese mismo alegato, tal como se evidencia de la cita que la recurrida hace en la parte final del punto 3 del Capítulo Tercero en donde se refleja que se pidió tal compensación. No obstante, la decisión impugnada nada dice al respecto en el dispositivo del fallo ni hace otra consideración al respecto en ninguna otra parte de la sentencia, dejando por consiguiente sin decidir uno de los puntos sostenidos. De esa manera, omitió decisión clara y precisa de uno de los puntos alegados, violando el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y el mandato del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil que en su ordinal 5° expresa que toda sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa de acuerdo a todas las excepciones o defensas opuestas. En reciente decisión de esta misma Sala, de fecha 9 de diciembre de 2016, en juicio seguido por Reyna Travieso contra Club Campestre Paracotos, se ratificó la existencia del vicio de incongruencia negativa cuando no se consideran todas las defensas opuestas, señalando que “De lo anterior se desprende que el vicio de incongruencia negativa se patentiza cuando el juez omite el debido pronunciamiento sobre alguno de los términos del problema judicial, es decir, cuando omite lo relacionado con la pretensión deducida en el escrito libelar o con las excepciones o defensas opuestas en la contestación de la demanda.” Tal vicio tiene incidencia en el dispositivo del fallo, pues de haberse decidido el monto a pagar al trabajador se vería reducido en el monto de la compensación, si fuese declarada procedente. Pido así, que de conformidad con el artículo 160 de la citada Ley Procesal de la materia, se declare la nulidad del fallo mediante la declaratoria con lugar de este recurso.

Para decidir la Sala observa:

Delata el formalizante que el sentenciador de la recurrida incurrió en el vicio de incongruencia negativa, al no pronunciarse sobre la solicitud presentada en la contestación de la demanda, referida a la compensación de las bonificaciones graciosas y no obligatorias otorgadas al trabajador en su liquidación, denominadas como salarios de inamovilidad, para que fueran compensadas con lo que eventualmente pudiera corresponderle al reclamante por cualquier concepto.

De las normas contenidas en los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil, surge el denominado deber de congruencia de la sentencia, fundado en el principio dispositivo, que le impone al sentenciador decidir con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones opuestas, para mantener la concordancia entre el objeto del debate y la sentencia. El incumplimiento de tales preceptos, hará padecer a la sentencia del vicio de incongruencia, -en sentido positivo o negativo-. El primer caso -incongruencia positiva- ocurre cuando el juez extiende su decisión más allá de los límites del problema judicial al cual fue sometido; en el supuesto de *ultrapetita*, otorga más de lo pedido, y en la *extrapetita*, otorga algo distinto de lo pedido. El segundo caso -incongruencia negativa- se verifica cuando el juez omite el debido pronunciamiento sobre algunos de los términos del problema judicial, por cuanto deja de resolver algo pedido o excepcionado.

Ahora bien, de una revisión minuciosa de la sentencia recurrida, encuentra la Sala que efectivamente el juzgador de alzada no se pronunció sobre el alegato efectuado por la parte demandada, referido a la compensación solicitada en la contestación de la demanda, cuando era su deber hacerlo, incurriendo de esa forma en el denunciado vicio de incongruencia negativa.

Respecto de la compensación, la Sala Constitucional de este alto Tribunal, en sentencia Nro. 194 de fecha 4 de marzo del año 2011, caso: *Ferretería EPA, C.A.*, señaló que al declarar que la cantidad entregada al trabajador al momento del término de la relación laboral, no es imputable a la cantidad adeudada por la empresa por concepto de prestaciones sociales, conlleva un menoscabo del derecho a la defensa, en los siguientes términos:

Afirmar que la cantidad entregada al trabajador al momento en que se pone fin a la relación de trabajo (11 de marzo de 2008), no es imputable a la cantidad adeudada por la empresa por concepto de prestaciones sociales, es una arbitrariedad del juzgador, que conlleva a un menoscabo del derecho a la defensa de Ferretería EPA C.A., pues la vulneración del derecho a la prueba incluye el derecho a su valoración de forma correcta; sin errores de apreciación por parte del juzgador.

Por su parte, esta Sala de Casación Social se ha pronunciado sobre la procedencia de la compensación de concesiones gratuitas del patrono, entre otras, en sentencia Nro. 922 de fecha 3 de agosto de 2011, caso: *Jorge Enrique Navarro Ordoñez contra Banco Provincial, S.A. Banco Universal*, en los siguientes términos:

En tal sentido, observa esta Sala que con tal proceder el juez de alzada incurrió en un error de calificación de los hechos, toda vez que estableció que parte de los pagos contenidos en el contrato transaccional constituyen una concesión “*gratiosa del patrono*”, desconociendo que en definitiva las cantidades recibidas por el actor en el marco de la terminación del vínculo laboral, independientemente de la denominación dada por las partes, constituyen un pago parcial o eventualmente total de las prestaciones sociales del trabajador, por lo que éstas deben ser objeto de deducción en caso de una ulterior condenatoria de diferencia de prestaciones sociales.

En atención a todo lo antes expuesto, debe esta Sala declarar con lugar la presente denuncia, por haber incurrido el sentenciador de alzada en el vicio de incongruencia negativa, al no pronunciarse sobre la petición efectuada por la parte demandada, de compensar lo condenado a pagar con lo pagado al trabajador al momento de la terminación de la relación laboral, que fuera denominado salarios de inamovilidad, y así se declara.

Dada que la declaratoria de procedencia de la presente denuncia, acarrea la resolución con lugar del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, resulta inoficioso para la Sala emitir pronunciamiento sobre las restantes delaciones contenidas en el escrito de formalización. En consecuencia, esta Sala de Casación Social declara con lugar el recurso de casación anunciado por la parte accionada, ANULA el fallo recurrido y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pasa a decidir el fondo de la controversia, en los siguientes términos:

DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

Expone la parte actora en su libelo de demanda, que comenzó a prestar servicio como vigilante contratado a tiempo indeterminado, de forma directa y subordinada para la sociedad mercantil Castellana Motors, C.A., en jornada nocturna y continuada de 5:00 pm a 7:30 am, de martes a domingo, y día libre el lunes desde las 7:30 am hasta el martes a las 5:00 pm, con fecha de inicio el 25 de octubre de 2010, hasta el día 26 de octubre de 2015, fecha en la cual fue despedido sin justa causa, devengando como último salario mensual Bs. 16.526,50 y como último salario mensual promedio la cantidad de Bs. 45.883,63.

Alega que el patrono le impuso al trabajador durante todo el vínculo laboral, una excesiva jornada de 14 ½ horas diarias, que comprende 12 horas nocturnas y 2 ½ horas diurnas, sin que conste autorización de la Inspectoría del Trabajo, que la jornada laboral trabajada en forma regular durante todo el vínculo laboral fue de 6 días hábiles, y que el trabajador gozaba sólo un día de descanso y no dos como lo dispone el artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. En tal sentido, demanda el cobro de los siguientes conceptos y cantidades:

Prestaciones Sociales e Intereses	Bs. 323.720,51
Salarios Inamovilidad (del 26-10-2015 al 31-12-2015)	Bs. 102.361,93
Vacaciones anuales (15 días)	Bs. 22.916,85
Bono Vacacional (19 días)	Bs. 29.028,01
Vacaciones días adicionales (4 días)	Bs. 6.111,16
Sab-Dom Vacac. anuales (6 días)	Bs. 9.166,74
Vacaciones fraccionadas (2,50 días)	Bs. 3.819,48
Bono Vacacional fraccionado (3,33 días)	Bs. 5.087,54
Días adicionales fraccionados (0,83 días)	Bs. 1.268,07
Utilidades fraccionadas (120 días)	Bs. 150.227,59
Días adicionales literal c) art.142	Bs. 15.277,90
Indemniz. Despido Injust. (150 días)	Bs. 319.561,50
Jornadas semanales (462 horas)	Bs. 201.667,62
Jornadas semanales (132 domingos)	Bs. 302.503,08
Jornadas semanales (448 horas)	Bs. 195.556,48
Jornadas semanales (128 domingos)	Bs. 293.336,32
Jornadas semanales (128 días descanso)	Bs. 195.557,12
Cesta Ticket (8 días)	Bs. 1.200
Indemnización Cesta Ticket (60 días)	Bs. 13.500,00

Lo que genera un total de Bs. 2.191.867,90 menos lo pagado como anticipo de prestaciones sociales por la cantidad de Bs. 202.059,09, más los intereses de mora y la corrección monetaria.

Por su parte, la demandada en su escrito de contestación a la demanda, negó todos los conceptos de forma generalizada, así como el salario devengado en el último mes, alegando que éste fue de Bs. 13.551,00 y diario de Bs. 451,70. Alegó como último salario integral para los efectos del cálculo de las prestaciones sociales de Bs. 579,96, que fue el utilizado para pagar al trabajador en la liquidación, correspondiente al pago de las prestaciones sociales y de la indemnización por despido, por lo que nada adeuda por esos conceptos. Negó de igual forma, que le deban al accionante los conceptos y montos demandados, con base en el salario diario de Bs. 1.527,70, negando en consecuencia, la procedencia de los conceptos demandados.

Delimitación de la Controversia:

Conforme a los argumentos expuestos por la parte actora en su libelo de demanda y a los términos de la contestación efectuada por la demandada, quedaron admitidos los siguientes hechos: la existencia de la relación laboral, las fechas de inicio y finalización del vínculo laboral y la causa de terminación, y como controvertidos: la jornada de trabajo, así como el salario devengado por el accionante, y la procedencia o no de la diferencia por los conceptos y montos demandados.

Carga de la Prueba:

A la luz de lo dispuesto en los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el régimen de distribución de la carga probatoria en materia laboral, se fijará de acuerdo con la forma como el accionado dio contestación a la demanda, es decir, que el demandado tiene la carga de probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar las pretensiones del actor. Así pues, el demandado tiene la carga de desvirtuar en la fase probatoria, aquellos hechos sobre los cuales no hubiese presentado en la contestación el fundamento del rechazo, de lo contrario, el sentenciador deberá tenerlos como admitidos.

En ese sentido, conforme al régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral, que establece que corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga alegando nuevos hechos; en el caso que nos ocupa, le corresponde a la parte demandada demostrar la jornada de trabajo laborada por el accionante, el salario devengado por el trabajador, así como el pago liberatorio de las obligaciones para con el trabajador. Y a la parte demandante le corresponde demostrar la prestación del servicio durante horas que exceden al horario regularmente laborado.

Delimitada como ha quedado la controversia, se observa de las actas que conforman el expediente, que en la oportunidad correspondiente, ambas partes promovieron las pruebas que consideraron pertinentes, de la siguiente manera:

Pruebas de la parte actora:

Documentales:

Marcado 1, constancia de trabajo expedida por la empresa demandada en fecha 17 de septiembre de 2015, cursante al folio 34 de la primera pieza del expediente. Al no haber sido impugnada por la parte contraria, se le otorga valor probatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcados 2 y 3, contentivos de recibos de pago al trabajador Nros 19 y 20 de fechas 19/10/2015 y 31/10/2012 respectivamente, en los que se verifican los pagos efectuados en esas fechas relativos a salario, domingo, seguridad, y utilidades. Al no haber sido impugnadas por la parte contraria, se les otorga valor probatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado 4, carta de despido de fecha 23 de octubre de 2015, suscrita por la Gerente de Recursos Humanos de la empresa demandada. Al no haber sido impugnada por la parte contraria, se le otorga valor probatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcada 5, constancia de trabajo expedida por la empresa demandada en fecha 4 de noviembre de 2015, cursante al folio 36 de la primera pieza del expediente. Al no haber sido impugnada por la parte contraria, se le otorga valor probatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Exhibición:

Se le solicitó a la demandada que exhibiera los libros de vacaciones, control de horario de trabajo, control de asistencia de personal, descripción de cargos, deducciones del empleador (IVSS) paro forzoso y política habitacional, los cuales fueron exhibidos en la audiencia de juicio, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se les otorga valor probatorio a dichas documentales.

Informes:

Al SENIAT, cuyas resultas constan a los folios 73 al 94 de la primera pieza del expediente, contentivas de las declaraciones efectuadas por la demandada, del impuesto sobre la renta correspondientes a los ejercicios fiscales de los años 2011 al 2015, lo cual no guarda relación con lo controvertido.

A la Inspectoría del Trabajo del Distrito Capital, cuyas resultas no constan en el expediente, por lo que la parte promovente desistió de la misma en la audiencia de juicio.

Testimoniales:

Fueron promovidas las de los ciudadanos Manuel Amaya y Yoilan Alexander Segovia, quienes no comparecieron en la oportunidad de la audiencia de juicio, por lo que no hay sobre lo cual valorar.

Pruebas de la Parte Demandada:

Documentales:

Marcado 1, contentivo de liquidación final de contrato de trabajo, cursante al folio 2 del cuaderno de recaudos nro. 1, debidamente recibida y firmada por el trabajador, en la que se verifican los conceptos y montos pagados al actor en fecha 26 de octubre de 2015. Al no haber sido impugnada por la parte contraria, se le otorga valor probatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado 2, cursante a los folios 3 y 4 del cuaderno de recaudos nro. 1, contentivo de relación de la empresa demandada, denominada Mayor Analítico del 25/10/2010 al 26/10/2015, en los cuales aparecen los débitos y créditos efectuados al trabajador, por conceptos como prestaciones sociales, anticipos de prestaciones sociales, recálculo de prestaciones sociales, con saldo desde el 31/10/2010 al 31/7/2015. Esta documental a pesar de no estar suscrita por la parte actora, se le otorga valor probatorio al no haberla impugnado, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado 3, contentivos de comprobantes de caja chica, cursantes a los folios 5 al 14 del cuaderno de recaudos nro. 1, evidenciándose que fueron efectuados por concepto de anticipos de prestaciones sociales, a excepción del comprobante Nro. 86803 de fecha 6 de agosto de 2012, por Bs. 200,00, cursante al folio 10 del cuaderno de recaudos nro. 1, en el cual se lee: "Vale para ser cancelado el día viernes 10-08-12". Al no haber sido impugnadas por la parte contraria, se les otorga valor probatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado 4, cursante al folio 15 del cuaderno de recaudos nro. 1, contentivo de carta de aceptación de indemnización establecida en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, suscrita por el trabajador. Al no haber sido impugnada por la parte contraria, se le otorga valor probatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcados 5, cursantes a los folios 16 al 261 del cuaderno de recaudos nro. 1, relativos a recibos de pago de nómina correspondientes al accionante, desde el 25 de octubre de 2010 hasta el 18 de octubre de 2015, de los cuales se demuestran los conceptos pagados durante toda la relación laboral. Estas documentales no fueron impugnadas por la parte contraria, razón por las que se les otorga valor probatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Cursantes a los folios 262 al 269 del cuaderno de recaudos nro. 1, contentivos de planillas de liquidación y pago de vacaciones de fechas 16 de septiembre de 2014, 5 de septiembre de 2013, 14 de septiembre de 2012 y 14 de octubre de

2011. Estas documentales no fueron impugnadas por la parte contraria, razón por las que se les otorga valor probatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Analizadas y valoradas las pruebas evacuadas en el presente juicio, pasa la Sala a pronunciarse con base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es necesario dilucidar la jornada laborada por el accionante, por cuanto alegó en su libelo de demanda, que trabajó una jornada nocturna de 14 ½ horas, comprendida de 5:00 pm a las 7:30 am; a lo que la demandada negó que fuera de 14 ½ horas, sin señalar cuál fue la realmente laborada por el actor, por lo que quedó demostrada la alegada por el accionante, conforme a lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Orgánica del Procesal del Trabajo -1997-, resultando en consecuencia, procedente el pago de la jornada nocturna de 14 ½ horas diarias, con el incremento del 30% , conforme a lo establecido en los artículos 156 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y 117 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Así se establece.

Por otra parte, en cuanto a las horas extraordinarias laboradas, al tratarse de una jornada de 14 ½ horas diarias, de 5:00 pm a las 7:30 am, que comprende una jornada nocturna, y por la naturaleza del servicio prestado por el accionante en el cargo de vigilante, se trata de uno de los supuestos previstos en el artículo 198 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y 175 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que estipulan que los trabajadores allí mencionados no podrán permanecer más de 11 horas diarias en su trabajo; por lo que es necesario concluir que el actor trabajó 3,5 horas extras diarias nocturnas, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, y en consecuencia, procede el pago de las horas extraordinarias con el recargo del 50% conforme a lo dispuesto en los artículos 155 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y 118 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, previamente incrementado el 30 % correspondiente a la jornada nocturna antes señalada. Así se declara.

Con respecto a la solicitud del trabajador del pago doble de las horas extraordinarias, conforme a lo consagrado en el artículo 182 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, argumento éste presentado por la parte actora en su recurso de apelación y que fue negado por el sentenciador superior; evidencia la Sala que al haber recurrido en casación únicamente la parte demandada, en virtud del principio de personalidad de los recursos, no se puede perjudicar al único recurrente, por lo que se confirma la improcedencia de lo solicitado.

Así las cosas, a fin de calcular las horas extraordinarias ordenadas cancelar, se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo, cuyo perito designado a tales efectos, deberá calcular 3,5 horas extras diarias desde el inicio de la relación laboral (25-10-2010) hasta la fecha de finalización de la misma (26-10-2015) tomando en cuenta que los días lunes eran libres, que los días domingos trabajados se ordenará su pago de forma separada, así como los salarios devengados por el accionante, con la inclusión del bono nocturno, que serán aportados por esta Sala en el cuadro contentivo de los salarios que se realizará al respecto.

Respecto a los domingos y días de descanso trabajados, es necesario señalar que con la Ley Orgánica del Trabajo (1997) el único día de descanso era el domingo, y con la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, corresponden dos días semanales obligatorios de descanso, el domingo que es feriado, y otro día continuo, que puede ser sábado o lunes; en el presente caso, el actor señaló que su día libre semanal era el lunes, por lo que el único día de descanso trabajado fue el domingo, correspondiéndole en consecuencia, el pago de un (1) sólo día de descanso trabajado. Ahora bien, en los recibos de pago cursantes en autos y que fueron valorados, se observa que fue pagado el domingo trabajado

con salario básico diurno, por lo que sólo procede el recargo de la jornada nocturna (30%) mas el recargo de la jornada extraordinaria (50%) mas el recargo que corresponde por los domingos trabajados (50% conforme lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras). A tale efectos, se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo, cuyo perito designado a tales fines, deberá calcular los referidos recargos, por todos los domingos habidos durante el tiempo que duró la relación laboral, con base en el salario básico diario que se establecerá en el cuadro de cálculo del salario normal. Así se declara.

En cuanto a los días de descanso compensatorio, evidencia la Sala que los mismos no fueron solicitados en el libelo de demanda, sin embargo, el sentenciador de primera instancia de juicio los acordó, la parte demandada apeló de ello, y visto que no forma parte del petitorio de la demanda, no puede esta Sala acordar este concepto. Así se declara.

En atención al reclamo del actor referido a los salarios de inamovilidad, no procede lo solicitado, por cuanto no existe norma alguna o acuerdo celebrado entre las partes, que establezca el pago por este concepto; por esa misma razón procede la compensación pretendida por la parte demandada, como se estableció en el capítulo precedente al resolver el recurso, y así se declara.

Ahora bien, a los efectos de calcular los conceptos demandados, a continuación se establecerá el salario normal diario base de cálculo, incluyendo el salario por jornada nocturna, las horas extras y los domingos trabajados:

	Salario básico diario	b. nocturno	salario nocturno	N° H. Ext	Horas extras	salario nocturno con h. extras	domingos y descansos trabajados	domingos y descansos trabajados	Salario normal diario
nov-10	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
dic-10	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
ene-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
feb-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
mar-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
abr-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
may-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
jun-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
jul-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
ago-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
sep-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
oct-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
nov-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
dic-11	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
ene-12	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
feb-12	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
mar-12	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
abr-12	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
may-12	56,67	17,00	73,67	3,5	35,16	108,83	1	23,32	132,15
jun-12	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
jul-12	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
ago-12	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
sep-12	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
oct-12	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
nov-12	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
dic-12	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
ene-13	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05

feb-13	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
mar-13	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
abr-13	87,50	26,25	113,75	3,5	54,29	168,04	1	36,01	204,05
may-13	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
jun-13	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
jul-13	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
ago-13	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
sep-13	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
oct-13	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
nov-13	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
dic-13	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
ene-14	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
feb-14	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
mar-14	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
abr-14	113,77	34,13	147,90	3,5	70,59	218,49	1	46,82	265,31
may-14	147,90	44,37	192,27	3,5	91,77	284,04	1	60,86	344,90
jun-14	147,90	44,37	192,27	3,5	91,77	284,04	1	60,86	344,90
jul-14	147,90	44,37	192,27	3,5	91,77	284,04	1	60,86	344,90
ago-14	147,90	44,37	192,27	3,5	91,77	284,04	1	60,86	344,90
sep-14	147,90	44,37	192,27	3,5	91,77	284,04	1	60,86	344,90
oct-14	147,90	44,37	192,27	3,5	91,77	284,04	1	60,86	344,90
nov-14	163,00	48,90	211,90	3,5	101,13	313,03	1	67,08	380,11
dic-14	163,00	48,90	211,90	3,5	101,13	313,03	1	67,08	380,11
ene-15	163,00	48,90	211,90	3,5	101,13	313,03	1	67,08	380,11
feb-15	195,60	58,68	254,28	3,5	121,36	375,64	1	80,49	456,14
mar-15	195,60	58,68	254,28	3,5	121,36	375,64	1	80,49	456,14
abr-15	195,60	58,68	254,28	3,5	121,36	375,64	1	80,49	456,14
may-15	254,27	76,28	330,55	3,5	157,76	488,31	1	104,64	592,95
jun-15	254,27	76,28	330,55	3,5	157,76	488,31	1	104,64	592,95
jul-15	330,53	99,16	429,69	3,5	205,08	634,77	1	136,02	770,79
ago-15	330,53	99,16	429,69	3,5	205,08	634,77	1	136,02	770,79
sep-15	330,53	99,16	429,69	3,5	205,08	634,77	1	136,02	770,79
oct-15	330,53	99,16	429,69	3,5	205,08	634,77	1	136,02	770,79

Respecto al reclamo solicitado del pago de los cesta tickets correspondientes a la última semana del mes de octubre de 2015, tanto el sentenciador de primera instancia de juicio como el superior, negaron la procedencia de este concepto al verificarse el pago en su debida oportunidad y en la planilla de liquidación valorada en autos, por lo que al no haber la parte actora apelado de ello, quedó firme lo decidido respecto de la improcedencia de este concepto. Así se declara.

En cuanto a las vacaciones, el actor reclama 19 días, y de la planilla de liquidación valorada quedó evidenciado que la parte demandada le pagó 19 días a razón del salario básico diurno, por lo que procede el pago de la diferencia salarial por este concepto, con el recargo de la jornada nocturna (30%) mas el recargo de la jornada extraordinaria (50%) es decir, con base en el salario normal diario, de la siguiente manera:

19 días x Bs. 770,79 (salario normal) = Bs. 14.645,00 menos lo pagado en la liquidación (Bs. 10.466,72) da un resultado de Bs. 4.178,28.

En cuanto a las vacaciones fraccionadas, el accionante reclama 2,5 días, quedando evidenciado igualmente de la planilla de liquidación de prestaciones sociales, que la parte demandada pagó lo reclamado con base al salario básico

diurno, procediendo el pago de la diferencia salarial por este concepto, con el recargo de la jornada nocturna (30%) mas el recargo de la jornada extraordinaria (50%) es decir, con base en el salario normal diario, de la siguiente manera:

2,5 días x Bs. 770,79 (salario normal) = Bs. 1.926,97 menos lo pagado en la liquidación (Bs. 1.377,20) da un resultado de Bs. 549,77.

Respecto al bono vacacional, el accionante reclama 19 días, quedando evidenciado de la planilla de liquidación de prestaciones sociales, que la parte demandada pagó lo reclamado con base al salario básico diurno, procediendo el pago de la diferencia salarial por este concepto, con el recargo de la jornada nocturna (30%) mas el recargo de la jornada extraordinaria (50%) es decir con base en el salario normal diario, de la siguiente manera:

19 días x Bs. 770,79 (salario normal) = Bs. 14.645,00 menos lo pagado en la liquidación (Bs. 10.466,72) da un resultado de Bs. 4.178,28.

Por el bono vacacional fraccionado, el accionante solicita el pago de 3,33 días por este concepto, evidenciándose de la planilla de liquidación de prestaciones sociales valorada, que la parte demandada pagó lo reclamado con base al salario básico diurno, procediendo el pago de la diferencia salarial por este concepto, con el recargo de la jornada nocturna (30%) mas el recargo de la jornada extraordinaria (50%) es decir con base en el salario normal diario, de la siguiente manera:

3,33 días x Bs. 770,79 (salario normal) = Bs. 2.566,73 menos lo pagado en la liquidación (Bs. 1.834,43) da un resultado de Bs. 732,30

En cuanto a los días adicionales fraccionados, el actor solicita 0,83 días, evidenciándose de la planilla de liquidación de prestaciones sociales valorada, que la parte demandada pagó lo reclamado con base al salario básico diurno, procediendo el pago de la diferencia salarial por este concepto, con el recargo de la jornada nocturna (30%) mas el recargo de la jornada extraordinaria (50%) es decir con base en el salario normal diario, de la siguiente manera:

0,83 días x Bs. 770,79 (salario normal) = Bs. 639,76 menos lo pagado en la liquidación (Bs. 457,23) da un resultado de Bs. 182,53.

Respecto de las utilidades fraccionadas del último período, el accionante reclama 98,33 días, y al haber cancelado en fecha 18 de octubre de 2015, la parte demandada la cantidad de Bs. 34.363,00 con salario básico, como quedó valorado del recibo de pago que cursa al folio 261 del cuaderno de recaudos nro. 1, procede el pago por la diferencia salarial con el recargo por jornada nocturna (30%) y de jornada extraordinaria (50%) como a continuación se detalla:

98,33 días x Bs. 770,79 (salario normal) = Bs. 75.791,73 menos lo pagado en la liquidación (Bs. 34.363,00) da un resultado de Bs. 41.428,73.

En relación con las prestaciones sociales, el artículo 141 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicable por terminar la relación laboral el 26 de octubre de 2015, dispone:

Régimen de prestaciones sociales

Artículo 141. Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los ampare en caso de cesantía. El régimen de prestaciones sociales regulado en la presente Ley establece el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio, calculado con el último salario devengado por el trabajador o trabajadora al finalizar la relación laboral, garantizando la intangibilidad y progresividad de los derechos laborales. Las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozan de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.

Adicionalmente, los artículos 142 y 143 del mismo texto normativo disponen:

Garantía y cálculo de prestaciones sociales

Artículo 142. Las prestaciones sociales se protegerán, calcularán y pagarán de la siguiente manera:

- a) El patrono o patrona depositará a cada trabajador o trabajadora por concepto de garantía de las prestaciones sociales el equivalente a quince días cada trimestre, calculado con base al último salario devengado. El derecho a este depósito se adquiere desde el momento de iniciar el trimestre.
- b) Adicionalmente y después del primer año de servicio, el patrono o patrona depositará a cada trabajador o trabajadora dos días de salario, por cada año, acumulativos hasta treinta días de salario.
- c) Cuando la relación de trabajo termine por cualquier causa se calcularán las prestaciones sociales con base a treinta días por cada año de servicio o fracción superior a los seis meses calculada al último salario.
- d) El trabajador o trabajadora recibirá por concepto de prestaciones sociales el monto que resulte mayor entre el total de la garantía depositada de acuerdo a lo establecido en los literales a y b, y el cálculo efectuado al final de la relación laboral de acuerdo al literal c.
- e) Si la relación de trabajo termina antes de los tres primeros meses, el pago que le corresponde al trabajador o trabajadora por concepto de prestaciones sociales será de cinco días de salario por mes trabajado o fracción.
- f) El pago de las prestaciones sociales se hará dentro de los cinco días siguientes a la terminación de la relación laboral, y de no cumplirse el pago generará intereses de mora a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país.

Depósito de la garantía de las prestaciones sociales

Artículo 143. Los depósitos trimestrales y anuales a los que hace referencia el artículo anterior se efectuarán en un fideicomiso individual o en un Fondo Nacional de Prestaciones Sociales a nombre del trabajador o trabajadora, atendiendo la voluntad del trabajador o trabajadora.

La garantía de las prestaciones sociales también podrá ser acreditada en la contabilidad de la entidad de trabajo donde labora el trabajador o trabajadora, siempre que éste lo haya autorizado por escrito previamente.

Lo depositado por concepto de la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses al rendimiento que produzcan los fideicomisos o el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, según sea el caso.

Cuando el patrono o patrona lo acredite en la contabilidad de la entidad de trabajo por autorización del trabajador o trabajadora, la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses a la tasa pasiva determinada por el Banco Central de Venezuela.

En caso de que el patrono o patrona no cumplierse con los depósitos establecidos, la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país, sin perjuicio de las sanciones previstas en la Ley.

El patrono o patrona deberá informar semestralmente al trabajador o trabajadora, en forma detallada, el monto que fue depositado o acreditado por concepto de garantía de las prestaciones sociales.

La entidad financiera o el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, según el caso, entregará anualmente al trabajador los intereses generados por su garantía de prestaciones sociales.

Asimismo, informará detalladamente al trabajador o trabajadora el monto del capital y los intereses.

Las prestaciones sociales y los intereses que éstas generan, están exentos del Impuesto sobre la Renta. Los intereses serán calculados mensualmente y pagados al cumplir cada año de servicio, salvo que el trabajador, mediante manifestación escrita, decidiera capitalizarlos.

Por su parte, el artículo 122 *eiusdem* establece que el salario base para el cálculo de las prestaciones sociales y la indemnización por despido, será el último salario devengado, incluyendo todos los conceptos salariales percibidos, así como la alícuota de utilidades y bono vacacional.

De conformidad con los artículos antes transcritos, referentes a las prestaciones sociales, es necesario calcular el depósito en garantía y compararlo con el cálculo realizado con el último salario, acordando al trabajador el monto que resulte más alto.

A continuación se realizará el cálculo del depósito en garantía de prestaciones sociales:

	Salario normal	alícuota B. Vac	alícuota utilidades	Salario Integral	días antigüedad	días adic antigüedad	Antigüedad	Anticipos Antigüedad

nov-10	132,15	2,57	44,05	178,77				
dic-10	132,15	2,57	44,05	178,77				
ene-11	132,15	2,57	44,05	178,77				
feb-11	132,15	2,57	44,05	178,77	5		893,87	1.200,00
mar-11	132,15	2,57	44,05	178,77	5		893,87	
abr-11	132,15	2,57	44,05	178,77	5		893,87	
may-11	132,15	2,57	44,05	178,77	5		893,87	
jun-11	132,15	2,57	44,05	178,77	5		893,87	
jul-11	132,15	2,57	44,05	178,77	5		893,87	
ago-11	132,15	2,57	44,05	178,77	5		893,87	3.000,00
sep-11	132,15	2,57	44,05	178,77	5		893,87	
oct-11	132,15	2,57	44,05	178,77	5		893,87	
nov-11	132,15	8,50	44,05	184,71	5		923,53	
dic-11	132,15	8,50	44,05	184,71	5		923,53	3.000,00
ene-12	132,15	8,50	68,02	208,67	5		1.043,36	
feb-12	132,15	8,50	68,02	208,67	5		1.043,36	
mar-12	132,15	8,50	68,02	208,67	5		1.043,36	1.500,00
abr-12	132,15	8,50	68,02	208,67	5		1.043,36	
may-12	132,15	8,50	68,02	208,67	15		3.130,07	4.000,00
jun-12	204,05	8,50	68,02	280,57			0,00	
jul-12	204,05	8,50	68,02	280,57			0,00	
ago-12	204,05	8,50	68,02	280,57	15		4.208,50	2.500,00
sep-12	204,05	8,50	68,02	280,57			0,00	
oct-12	204,05	8,50	68,02	280,57			0,00	
nov-12	204,05	11,79	68,02	283,86	15	2	4.825,55	
dic-12	204,05	11,79	68,02	283,86			0,00	3.000,00
ene-13	204,05	11,79	88,44	304,28			0,00	
feb-13	204,05	11,79	88,44	304,28	15		4.564,14	
mar-13	204,05	11,79	88,44	304,28			0,00	
abr-13	204,05	11,79	88,44	304,28			0,00	
may-13	265,31	11,79	88,44	365,54	15		5.483,06	
jun-13	265,31	11,79	88,44	365,54			0,00	
jul-13	265,31	11,79	88,44	365,54			0,00	
ago-13	265,31	11,79	88,44	365,54	15		5.483,06	
sep-13	265,31	11,79	88,44	365,54			0,00	
oct-13	265,31	11,79	88,44	365,54			0,00	4.000,00
nov-13	265,31	16,29	88,44	370,03	15	4	7.030,62	
dic-13	265,31	16,29	88,44	370,03			0,00	
ene-14	265,31	16,29	126,70	408,30			0,00	
feb-14	265,31	16,29	126,70	408,30	15		6.124,51	
mar-14	265,31	16,29	126,70	408,30			0,00	
abr-14	265,31	16,29	126,70	408,30			0,00	5.000,00
may-14	344,90	16,29	126,70	487,89	15		7.318,37	
jun-14	344,90	16,29	126,70	487,89			0,00	
jul-14	344,90	16,29	126,70	487,89			0,00	
ago-14	344,90	16,29	126,70	487,89	15		7.318,37	7.000,00
sep-14	344,90	16,29	126,70	487,89			0,00	
oct-14	344,90	16,29	126,70	487,89			0,00	
nov-14	380,11	38,54	126,70	545,36	15	6	11.452,49	
dic-14	380,11	38,54	126,70	545,36			0,00	7.000,00
ene-15	380,11	38,54	256,93	675,58			0,00	
feb-15	456,14	38,54	256,93	751,60	15		11.274,07	

mar-15	456,14	38,54	256,93	751,60			0,00	
abr-15	456,14	38,54	256,93	751,60			0,00	
may-15	592,95	38,54	256,93	888,42	15		13.326,33	5.000,00
jun-15	592,95	38,54	256,93	888,42			0,00	200,00
jul-15	770,79	38,54	256,93	1.066,26			0,00	
ago-15	770,79	38,54	256,93	1.066,26	15		15.993,88	
sep-15	770,79	38,54	256,93	1.066,26			0,00	
oct-15	770,79	38,54	256,93	1.066,26			0,00	
					Literal a) y b)		121.598,35	46.400,00

En total la garantía de las prestaciones asociadas da un total de Bs. 121.598,35, menos los anticipos recibidos por el trabajador de Bs. 46.400,00, da un resultado de Bs. 75.198,35.

Ahora bien, las prestaciones sociales con el último salario promedio (literal c, artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras) se calculan de la siguiente manera:

Último salario integral diario = Bs. 1.066,26

Duración de la relación laboral = 5 años.

Prestación de antigüedad = 5 x 30 días x Bs. 1.066,26 = Bs. 159.938,83 menos los anticipos de prestaciones sociales por Bs. 46.400,00, da un total de Bs. 113.538,83.

Como el cálculo del depósito en garantía de prestaciones sociales es menor que el realizado con el último salario, le corresponde al trabajador éste último por la cantidad de Bs. 113.538,83. Así se declara.

En relación con los intereses de las prestaciones sociales, el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras arriba transcrito, establece que lo depositado por concepto de la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses. En el caso que nos ocupa, el actor solo solicitó los intereses del último período, razón por la cual se acuerdan y se calcularán a continuación, aplicando la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, ya que la empresa no alegó haber realizado los depósitos de las prestaciones sociales, descontando los intereses pagados en la liquidación.

	Antigüedad acumulada	tasa de interés	Intereses Antigüedad
sep-14	35.351,58	17,76	523,20
oct-14	35.351,58	18,39	541,76
nov-14	46.804,07	19,27	751,60
dic-14	39.804,07	19,17	635,87
ene-15	39.804,07	18,70	620,28
feb-15	51.078,14	18,76	798,52
mar-15	51.078,14	18,87	803,20
abr-15	51.078,14	19,51	830,45
may-15	59.404,47	19,46	963,34
jun-15	59.204,47	19,68	970,95
jul-15	59.204,47	19,83	978,35
ago-15	75.198,35	20,37	1.276,49
sep-15	75.198,35	20,89	1.309,08
oct-15	75.198,35	21,35	1.337,90
			12.341,01

El total de intereses de prestaciones sociales del último periodo arroja la suma de Bs. 12.341,01, menos lo pagado por este concepto en la liquidación (folio 2 del cuaderno de recaudos Nro. 1) por Bs. 4.159,01 dan un resultado de Bs. 8.182,00. Así se declara.

En cuanto al reclamo por indemnización por despido injustificado, como quedó demostrado que la relación terminó sin causa justificada, se acuerda el pago del monto calculado por prestaciones sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por Bs. 159.938,83. Así se declara.

Del monto total a pagar que arrojen las experticias complementarias al fallo antes ordenadas y de los conceptos ordenados a pagar, el experto designado deberá compensar lo pagado por la demandada por Bs. 22.145,51 en la liquidación de prestaciones sociales valorada, bajo la denominación “salarios inamovilidad”, al tratarse como se estableció en el primer capítulo del presente fallo, del pago de una bonificación graciosa por parte de la demandada, susceptible de ser compensado con los montos ordenados a pagar en la presente decisión. Así se declara.

En consecuencia, se ordena a la accionada cancelar al demandante la cantidad que resulte de la experticia complementaria del fallo antes ordenada, por concepto de domingos trabajados y horas extras, más los conceptos acordados, previamente compensados, por lo que en el dispositivo del presente fallo se declarará parcialmente con lugar la demanda. Así se decide.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio asentado por esta Sala de Casación Social en decisión N° 1841 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 moratorios sobre el monto condenado a pagar, a excepción de los días domingos y horas extras, los cuales deberán ser cuantificados a través de la experticia complementaria del fallo antes ordenada, conforme lo establece el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, rigiéndose la misma bajo los siguientes parámetros: a) Desde el inicio de la relación laboral (25-10-2010) hasta el 6-5-2012, el perito deberá servirse de la tasa fijada por el Banco Central de Venezuela, de conformidad con el literal c) del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, y desde el 7-5-2012 hasta el pago efectivo, el perito deberá servirse de la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela, conforme a lo establecido en el artículo 128 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; b) Serán calculados a partir de la fecha de terminación de la relación laboral hasta el pago efectivo; c) Será realizado antes de indexar la cantidad condenada a pagar, y d) Para el cálculo de los enunciados intereses de mora no operará el sistema de capitalización de los propios intereses, ni serán objeto de indexación. Así se declara.

Respecto a los intereses de mora de los días domingos, resultan procedentes desde el momento en que debieron ser pagados, como así lo estableció esta Sala de Casación Social en sentencia Nro. 356 de fecha 31 de mayo de 2013 (caso: Héctor Guzmán y otros contra Pepsi-Cola Venezuela, C.A.):

Adicionalmente, se deja establecido que de conformidad con lo previsto en los artículos 133, 216 y 217 de la Ley Orgánica del Trabajo, ya analizados, los días domingos y feriados forman parte del salario normal y en consecuencia, al no haber sido pagados en su oportunidad, a tono con la sentencia N° 2.191 del 6 de diciembre del año 2006 de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, le corresponde a la parte actora el pago de intereses de mora desde el momento en que debieron ser pagados los domingos y feriados, es decir, al final de cada mes, hasta la oportunidad del pago efectivo, ello, conforme al artículo 108, literal c) de la Ley Orgánica del Trabajo, para lo cual deberán considerarse las tasas fijadas en tal sentido por el Banco Central de

Venezuela. Dichos intereses no serán objeto de capitalización ni indexación, razón por la cual se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo para su cálculo. Así se establece.

En ese sentido, se ordena el pago de los intereses moratorios de los días domingos y horas extras, los cuales deberán ser cuantificados a través de la experticia complementaria del fallo, conforme lo establece el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, rigiéndose la misma bajo los siguientes parámetros: a) Desde el inicio de la relación laboral (25-10-2010) hasta el 6-5-2012, el perito deberá servirse de la tasa fijada por el Banco Central de Venezuela, de conformidad con el literal c) del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, y desde el 7-5-2012 hasta el pago efectivo, el perito deberá servirse de la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela, conforme a lo establecido en el artículo 128 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; b) Será realizado antes de indexar la cantidad condenada a pagar, y c) Para el cálculo de los enunciados intereses de mora no operará el sistema de capitalización de los propios intereses, ni serán objeto de indexación. Así se declara.

De igual forma, se ordena la indexación o corrección monetaria, mediante la realización de una experticia complementaria del fallo, para lo cual el perito designado deberá tomar en consideración que con relación a la suma ordenada a pagar por concepto de prestación de antigüedad, el cómputo de la indexación debe hacerse desde la fecha de finalización de la relación laboral del accionante (26 de octubre de 2015) mientras que para el resto de los conceptos, deberá tomar como inicio del período a indexar la fecha de notificación de la demandada (4 de diciembre de 2015); deberá computarla hasta que se realice el pago efectivo, debiendo tomar en cuenta los indicadores oficiales del Banco Central de Venezuela, y excluyendo de dicho cómputo, los lapsos en los cuales la causa se hubiere paralizado por acuerdo entre las partes o por motivos no imputables a ellas, como caso fortuito o fuerza mayor, vacaciones judiciales o paros o huelgas tribunalicias.

En caso de no cumplimiento voluntario de lo dispuesto en el presente fallo, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo competente, aplicará lo preceptuado en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, procediendo el pago de intereses de mora sobre la cantidad condenada, los cuales serán calculados a la tasa de mercado vigente, fijada por el Banco Central de Venezuela para los intereses sobre prestaciones sociales, y correrán desde la fecha de ejecución hasta el pago efectivo; igualmente procederá la corrección monetaria sobre la cantidad condenada, la cual deberá ser calculada tomando en cuenta el período indicado.

Sin embargo, esta Sala establece que si para el momento de la ejecución de la presente decisión está en práctica en dicho tribunal lo previsto en el acuerdo que dictó el Reglamento del Procedimiento Electrónico para la Solicitud de Datos al Banco Central de Venezuela de fecha 30 de julio del año 2014, emanado de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 47 de fecha 5 de marzo del año 2015 y en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 40.616 de fecha 9 de marzo del año 2015, el juez ejecutor procederá a aplicar con preferencia a la experticia complementaria del fallo, para el cálculo de los intereses moratorios e indexación de los conceptos condenados. Así se declara.

DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, 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, hace los siguientes pronunciamientos: **PRIMERO:** Declara **CON LUGAR** el recurso de casación formalizado por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia de fecha 22 de noviembre del año 2016, emanada del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. **SEGUNDO:** **ANULA** el fallo recurrido, y

TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR la demanda interpuesta por el ciudadano José Ramón Román Gudiño, contra la sociedad mercantil Castellana Motors, C.A.

No hay condenatoria en costas dada la naturaleza de la decisión.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Particípese de esta decisión al Juzgado Superior, antes mencionado.

Dada, firmada y sellada en la sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Caracas, a los once (11) días del mes de agosto de dos mil diecisiete. Años 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente de la Sala,

El Magistrado,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

La-

Magistrada,

El Magistrado Ponente,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO A. MOJICA MONSALVO

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C. N° AA60-S-2017-000056

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,