



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

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia de la Magistrada Dra. **MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA**

En el juicio que por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales instauró el ciudadano **HERMINIO JESÚS ALDANA SALAS**, titular de la cédula de identidad Nro. 20.366.895; representado judicialmente por los abogados Idelsa Márquez, Eidi Pérez Sulbarán, y Sonia Pimentel, con INPREABOGADO Nros. 91.213, 116.657 y 122.276, correlativamente; contra la entidad de trabajo **FUENTE DE SODA RESTAURANT BAR LA SALAMANDRA, S.R.L.** (Restaurante La Salamandra), inscrita por ante el Registro Mercantil I de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, en fecha 19 de julio de 1992, bajo el Nro. 92, Tomo 42-A; y de manera personal, contra el ciudadano, **JUAN CLAUDIO FREITAS PEREIRA**, mayor de edad, de este domicilio y titular de la cédula de identidad Nro. 6.682.117, representados judicialmente por los abogados Ismael Da Corte Ferreira, María Begoña Epelde Salazar y José Rafael Salazar Navas, con INPREABOGADO Nros. 28.337, 105.131, y 178.118, respectivamente; el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia publicada el 3 de junio de 2015, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y parcialmente con lugar la demanda, modificando el fallo dictado en fecha 25 de marzo de 2015, por el Juzgado Décimo Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la aludida Circunscripción Judicial, que declaró parcialmente con lugar la demanda.

Contra la decisión emitida por la alzada, la parte demandada, ejerció recurso de casación y una vez admitido el mismo, el expediente fue remitido a esta Sala de Casación Social.

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

En fecha 30 de julio de 2015, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

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

En fecha 24 de febrero de 2017, en virtud de la designación de la nueva directiva de este Alto Tribunal en sesión de Sala Plena, se reconstituyó esta Sala de Casación Social, quedando conformada en el siguiente orden: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero, Vicepresidente, Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, Magistrado Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella y Magistrado Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

En fecha 17 de julio de 2017, se fijó la audiencia oral, pública y contradictoria prevista en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el día martes 3 de octubre de 2017, a la una y treinta minutos de la tarde (01:30 p.m.).

Celebrada la audiencia y pronunciada la decisión de manera oral e inmediata, procede esta Sala a reproducir la misma en atención a lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, bajo las consideraciones siguientes:

PUNTO PREVIO

De la revisión de las actas que conforman el presente expediente, se evidencia que, una vez anunciado tempestivamente el recurso de casación por la parte demandada, el Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante auto de fecha 12 de junio de 2015, ordenó la remisión del expediente a este Alto Tribunal, sin emitir pronunciamiento alguno respecto a la admisión o rechazo del referido recurso extraordinario, de conformidad con lo establecido en el artículo 169 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En este sentido, con relación al trámite que debe seguirse en aquellos casos en los que el tribunal superior no admita o rechace el recurso de casación anunciado tempestivamente por las partes, esta Sala de Casación Social, mediante decisión Nro. 1570 de fecha 15 de diciembre de 2011 (caso: *Francelino Carrero contra Expresos Flamingo, C.A.*), expresó lo siguiente:

En el recurso de casación, por el contrario, es el juez de alzada quien tiene el deber de admitir o rechazar el recurso, el día siguiente al vencimiento del lapso respectivo, conteste con lo establecido en el artículo 169 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Lo anterior fue destacado por la Sala Constitucional de este máximo Tribunal, en sentencia N° 801 del 27 de julio de 2010 (caso: *Eliécer de Jesús Silva Navas*), en la cual aseveró que “*existe para los operadores de justicia el deber de pronunciarse bien sea afirmativa o negativamente, respecto a las peticiones que le sean dirigidas, más aun cuando se trata de recursos a través de los cuales las partes ejercen su derecho a la*

defensa”; asimismo, sostuvo que, en aquellos casos en que el juez omita pronunciarse sobre la admisión del recurso de casación, no puede atribuirse a la parte recurrente la carga de formalizarlo ante esta Sala, como alternativa en el ejercicio de su derecho a la defensa.

Conteste con el criterio de la Sala Constitucional, cuando el juzgador *ad quem* obvie el pronunciamiento expreso sobre la admisión o rechazo del recurso de casación anunciado, la falta de formalización oportuna no podrá imputarse al recurrente, porque será secuela de la incertidumbre respecto de la suerte del recurso; por lo tanto, a fin de garantizar el derecho a la defensa de la parte impugnante, en tal supuesto será necesaria, en principio, la reposición de la causa al estado en que el juez de alzada lo admita o no, y –en el primer supuesto– comience nuevamente el lapso de formalización, salvo que en el caso concreto ello resulte inútil, por haber sido consignado tempestivamente el escrito correspondiente.

Cónsono con el criterio jurisprudencial citado, esta Sala estima que a pesar de la falta de pronunciamiento por parte del tribunal *ad quem* sobre la admisión o negativa del recurso anunciado por la parte demandada, resulta innecesario reponer la causa por tal motivo, puesto que el escrito de formalización correspondiente fue presentado en forma tempestiva, es decir, dentro del lapso de veinte (20) días consecutivos siguientes a los cinco (5) días previstos para el anuncio, de conformidad con el artículo 171 de la mencionada Ley Orgánica Procesal del Trabajo; por consiguiente, se pasará a resolver el recurso incoado. Así se decide.

A mayor abundamiento, esta Sala exhorta a los jueces de los Juzgados Superiores del Trabajo a cumplir con su deber de pronunciarse sobre la admisión o rechazo del recurso de casación que sea anunciado, al día siguiente del vencimiento del lapso legal, a fin de evitar incertidumbre, en resguardo al debido proceso que garantiza el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer la defensa.

DEL RECURSO DE CASACIÓN

La Sala por razones de orden metodológico modifica el orden en que fueron expuestas las denuncias, y procede a resolver inicialmente, la tercera delación.

III

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aduce la parte formalizante que la decisión impugnada incurre en la infracción de los literales a) y b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras por errónea interpretación.

Manifiesta la parte demandada recurrente en su escrito de formalización que el fallo recurrido incurre en el enunciado vicio al atribuirle una interpretación contraria al sentido y alcance de la norma, por cuanto los literales a) y b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras ordenan el depósito de quince (15) días de salario, cada tres (3) meses, con base en el último salario devengado en el trimestre por concepto de garantía de prestaciones sociales, sin embargo el *ad quem* ordena la cancelación del mismo en atención al salario generado al culminar la relación laboral, ocasionándole un grave perjuicio a la demandada al condenar un pago superior al adeudado.

Para decidir esta Sala de Casación Social observa:

En reiteradas oportunidades ha expresado esta Sala que el error de interpretación de una disposición legal se configura cuando el juez, aun reconociendo la existencia y validez de la norma apropiada al caso, yerra al interpretar su alcance general y abstracto haciendo derivar de ella consecuencias que no concuerdan con su contenido, es decir, el sentenciador efectivamente interpreta la disposición legal, pero le otorga un sentido distinto al verdadero contenido de ésta.

A los fines de dilucidar la denuncia bajo estudio, se procede a verificar si la alzada incurrió en el vicio delatado, y al efecto examina el fallo recurrido, del cual se extrae:

...este Juzgado, precisa que la prestación de antigüedad es procedente por no estar demostrado en autos el pago de la misma por parte del patrono, y que la misma debe ser cancelada con el último salario integral del actor, según lo dispuesto en el artículo 141 de la LOTTT, entendiéndose que su pago debe corresponder al monto que resulte más alto según el cómputo previsto en los literales a) y b) o en el c) del artículo 142 ejusdem; y según las operaciones efectuadas por este Tribunal, el más favorable para el demandante de los cálculos anteriores, es el de los literales a) y b), que arroja un total de 240 días de salario, a razón de sesenta (60) días por año (4), más dos (2) días adicionales por cada año de antigüedad (260); mientras que el cómputo aplicado por el A quo, arroja sólo ciento veinte (120) días. Por lo que según lo expuesto, debe prosperar la apelación de la parte actora. Así se decide.

(...*Omissis*...)

Siendo entonces que al actor le corresponden 260 días del último salario integral por prestaciones sociales, debemos añadir al monto anterior, las alícuotas del bono vacacional y de las utilidades, en base a 15 y 30 días, respectivamente, o sea, las sumas de: Bs.15,67 y Bs.31,35, también respectivamente, es decir, Bs.47,02, que sumados al salario diario de Bs.376,18, alcanza a un salario integral diario de 423,20 que multiplicados por los 260 días a que tiene derecho el actor como compensación de su antigüedad en la prestación de servicios para la demandada, se alcanza a un total de Bs.110.032,00, que debe cancelar la demandada al demandante. Así se establece.

Se desprende de la sentencia recurrida que el juez *ad quem*, computó la cantidad de días que le correspondía al accionante por concepto de prestaciones sociales con fundamento a los literales a) y b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, a razón del último salario devengado.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta Sala analizar la forma de cálculo contenida en el referido artículo, el cual prevé:

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.

...(Destacado de esta Sala).

Se observa que el aludido artículo contiene varios supuestos:

El **literal a)** se corresponde con el cálculo de la **garantía de las prestaciones sociales**, la cual equivale a un depósito trimestral por la cantidad correspondiente a quince (15) días de salario con base al último salario integral del correspondiente trimestre.

El **literal b)** ordena un **depósito adicional** al contemplado en el literal a), a razón de **dos (2) días adicionales por año, acumulativo hasta treinta (30) días**, para lo cual deberá tomarse en cuenta el **salario integral promedio generado en el año a computar**, conforme a lo establecido en el artículo 71 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de fecha 28 de abril de 2006.

Ambos literales convergen en que los mismos generan montos que deben ser depositados, de manera trimestral o anual -según corresponda-, en un fideicomiso individual o en un Fondo Nacional de Prestaciones Sociales a nombre del trabajador ó pueden ser acreditadas en la contabilidad de la entidad de trabajo, cuando así lo haya autorizado el trabajador, de conformidad con lo previsto en el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

El **literal c)** por su parte constituye un cálculo a efectuar al **momento de la finalización de la relación laboral**, determinando que **por cada año de servicio o fracción superior a seis (6) meses** le corresponderá al trabajador **treinta (30) días de salario** computado con base al **último salario integral** devengado por el trabajador.

El **literal d)**, determina que el trabajador recibirá el monto superior entre la garantía de prestaciones sociales -conformada por los literales a) y b)-, y las prestaciones sociales previstas en el literal c), es decir, deberán realizarse ambos cálculos, considerando que para el cómputo de la garantía de prestaciones sociales se deberá utilizar el salario integral devengado durante el transcurso de la relación laboral, específicamente como se indicó *supra* con el salario integral del último mes del trimestre a depositar y en cuanto a los días adicionales por año, se computarán con base en el promedio del salario integral del año; y en lo que se refiere al cálculo de lo previsto en el literal c) se efectuará a razón del último salario integral devengado por el trabajador.

Aprecia esta Sala, que en el caso de autos, el juez *ad quem* al momento de aplicar lo establecido en el literal d) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, determinó que el cómputo más favorable para el accionante es el de los literales a) y b) -doscientos sesenta (260) días-, que arroja un monto de días superior al que se obtiene aplicando el literal c) -ciento veinte (120) días-, condenando un total de doscientos sesenta (260) días -por cuatro (4) años de servicio- a razón del último salario integral devengado por el accionante.

De lo cual observa esta Sala, que el juez *ad quem* interpretó erróneamente la norma *in commento*, al fundamentar su criterio en la cantidad de días que cada literal arroja, sin detenerse a analizar, que la prestación de garantía de prestaciones sociales contenida en los literales a) y b), incuestionablemente generará una cantidad de días superior a la contemplada en el literal c); radicando entonces su diferencia en el salario percibido por el trabajador. Siendo lo correcto cuantificar la cantidad de días previstos en el literal a) conforme al salario integral percibido para el momento en que se generó el referido derecho -trimestralmente-, y el monto derivado de la aplicación del literal b) a razón del salario promedio integral del año en el cual surgió el derecho, y una vez obtenidos ambos resultados unificarlos, la cantidad resultante, debiendo compararse con el resultado del cómputo realizado conforme con lo establecido en el literal c) *eiusdem* (con base en 30 días por año o fracción superior a 6 meses) multiplicado por el último salario integral, correspondiendo al accionante la suma superior entre ambos cálculos, es decir, deberá cancelársele al trabajador el monto superior que resulte entre el cómputo de los días establecidos en el literal a) y b) por el salario integral generado en el trimestre a computar y el derivado del cálculo de los días generados por el literal c) a razón del último salario integral.

Concluye esta Sala, que en efecto la sentencia recurrida adolece del vicio delatado al haber incurrido el juez de alzada en un error de interpretación en la oportunidad de aplicar el artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, razón por la que se anula el fallo recurrido y, en consecuencia, esta Sala de Casación Social no se pronunciará respecto a las restantes delaciones formuladas en el recurso de casación formalizado por la parte demandada, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, corresponde a este órgano jurisdiccional decidir el fondo de la causa de autos, lo que procede a efectuar en los términos siguientes:

DECISIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Alegatos de las partes

-

La parte actora alega, en su **escrito libelar**, que el trabajador comenzó a prestar servicios para la demandada el 8 de enero de 2010, desempeñando el cargo de barman, con un salario mixto, integrado por un monto fijo y una parte variable -producto del recargo del diez por ciento (10%) sobre el consumo a razón de cuatro (4) puntos.

Aduce que su último salario promedio fue de Bs. 12.626,45, conformado por el salario fijo, el cual era menor al salario mínimo nacional, en virtud que sólo le pagaba Bs. 1.320,00. Manifestando que a los fines de la elaboración de la demanda, tomará en consideración el salario mínimo nacional de Bs. 3.270,28 -por cuanto era éste el que realmente debió devengar-, el diez por ciento (10%) sobre el consumo facturado Bs. 5.856,17, más el promedio mensual de lo devengado por concepto de propinas de Bs. 3.500,00 con base a cinco (5) puntos.

Asimismo indica que la jornada de trabajo desde el inicio de la relación laboral hasta el mes de mayo de 2013, fue de lunes a martes de 12:00 m. a 3:00 p.m. y luego de 6:00 p.m. a 11:00 p.m., con el día miércoles libre. Siendo posteriormente modificado, laborando de viernes a lunes de 12:00 m. a 8:00 p.m. librando los días miércoles y jueves, hasta el 19 de enero de 2014, fecha en la cual renuncia a su cargo, acumulando un tiempo de servicio de cuatro (4) años y once (11) días.

Manifiesta que la demandada no le ha pagado sus prestaciones sociales y demás derechos laborales, por lo que exhorta a la demandada sociedad mercantil Fuente de Soda Restaurant Bar La Salamandra S.R.L. y al ciudadano Juan Claudio Freitas Pereira en su carácter de director de la entidad de trabajo, para que le sean pagados los conceptos siguientes:

Prestaciones sociales, conforme a lo previsto en el artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, ciento treinta y dos (132) días calculadas al último salario integral diario de Bs. 514,04, resultando un total de Bs. 67.853,28.

Intereses sobre prestaciones sociales, por dicho concepto solicita el pago de Bs. 48.312,16.

Vacaciones y bono vacacional vencidos período 2013-2014, dieciocho (18) días de vacaciones y dieciocho (18) días de bono vacacional, para un total de treinta y seis (36) días, computadas a razón del último salario normal diario de Bs. 453,58, para un monto a pagar de Bs. 16.328,88.

Diferencia de vacaciones y bono vacacional, períodos 2010-2011, 2011-2012, 2012-2013, reclamadas en virtud que las mismas le fueron canceladas empleando solo una porción del salario devengado por el trabajador, sin incluir los componentes del salario como es el salario mínimo, el porcentaje por consumo, y la propina, solicitando el pago de los montos siguientes:

Período 2010-2011: Bs. 1.720,00.

Período 2011-2012: Bs. 2.969,62.

Período 2012-2013: Bs. 2.952,15.

Para un total adeudado de Bs. 7.578,36.

Utilidades, correspondiente a los años 2010, 2011, 2012 y 2013, al respecto indica que la demandada no canceló este concepto con el salario variable devengado realmente por el trabajador, exigiendo ciento veinte (120) días -treinta (30) días por año- a razón del último salario diario normal Bs. 453,58, para un total de Bs. 54.429,60, menos lo pagado de Bs. 13.920,14, resta la cantidad de Bs. 40.509,46.

Indemnización por concepto de bono nocturno, pretende el recargo del treinta por ciento (30%) sobre el salario convenido para la jornada diurna ordinaria, por cuanto el accionante laboraba en una jornada nocturna, por un total de Bs. 83.117,75.

Días domingos trabajados, no pagados con el salario normal devengado por el trabajador, aduciendo que el accionante no descansó los días domingos, y que éstos les fueron remunerados por su patrono como un día normal de trabajo sin el recargo del 1,50 y tomando en consideración el salario fijo sin incluir la parte variable, generando por dicho concepto la cantidad de Bs. 54.799,60, de los cuales sólo le fue cancelada la cantidad de Bs. 16.022,30, razón por la cual le adeuda la diferencia de Bs. 38.777,30.

Días de descanso, no pagados con el salario normal devengado por el trabajador, reclamando por dicho concepto la cantidad de Bs. 103.116,09, a los cuales se le debe deducir la cantidad de Bs. 24.910,94 cancelada por la demandada, adeudando la cantidad de Bs. 78.205,15.

Diferencia por concepto de salario mínimo, argumentando que se le adeuda la diferencia entre el monto percibido por salario fijo y el salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional, adeudando un total de Bs. 54.829,56.

Por último, reclamó los intereses moratorios e indexación judicial.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandada **Fuente de Soda Restaurant Bar La Salamandra S.R.L.** y el ciudadano **Juan Claudio Freitas Pereira**, dieron **contestación a la demanda** en los términos siguientes:

En primer término debe indicarse, que fue negada la relación de trabajo respecto al demandado en forma personal ciudadano Juan Claudio Freitas Pereira alegando la falta de cualidad de éste para ser demandado en el presente juicio.

La demandada Fuente de Soda Restaurant Bar La Salamandra S.R.L., admite la fecha de inicio y culminación de la relación laboral, el cargo desempeñado para con la codemandada Fuente de Soda Restaurant Bar La Salamandra S.R.L., que el salario devengado por el accionante era mixto, compuesto por una parte fija y una comisión equivalente a cuatro puntos sobre la venta de la barra, indicando los salarios que a su decir, devengaba el accionante. Asimismo reconoce el horario de trabajo.

Prosigue, rechazando que devengara salario mixto compuesto por una parte fija y una parte variable producto del recargo del 10% sobre el consumo, por cuanto la entidad de trabajo demandada no cobra porcentaje sobre el consumo.

Asevera que el valor salarial de las propinas se corresponde con el veinticinco por ciento (25%) del monto percibido por dicho concepto.

Niega que el salario devengado estuviere conformado por el salario fijo y el estimado por la entidad de trabajo, y que éste fuere inferior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional, por cuanto, a su decir, el salario percibido por el accionante siempre fue superior.

Aduce que los días feriados laborados, se cancelaron conforme a lo previsto en el artículo 120 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadora. Asimismo produce una relación de los pagos que, a su criterio, fueron realizados por los conceptos siguientes:

- ◆ Utilidades: Años: 2010: Bs. 2.326,70; 2011: Bs. 3.167,50; 2012: Bs. 6.429,90; y 2013: Bs. 7.490,24.
- ◆ Vacaciones y bono vacacional: Períodos: 2010-2011, Bs. 1.275,00, por vacaciones, y Bs. 595,00, por bono vacacional; 2011-2012, Bs. 1.689,28, por vacaciones, y Bs. 844,62, por bono vacacional; 2012-2013, Bs. 4.714,29, por vacaciones, y Bs. 3.367,35, por bono vacacional.

Niega la composición del salario empleado para calcular los conceptos reclamados y que adeude las cantidades reclamadas.

Destaca que no adeuda los intereses moratorios reclamados, en virtud que ante la negativa del accionante en recibir sus prestaciones sociales, se inició un procedimiento de oferta real de pago ante el Juzgado Cuadragésimo Tercero (43°) de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Área Metropolitana de Caracas, cursante en el asunto AP21-S-2014-1805.

Por último, reconoce que la entidad de trabajo Fuente de Soda Restaurant Bar La Salamandra S.R.L. le adeuda las prestaciones sociales y sus intereses, calculados sobre el salario efectivamente devengado, sin las diferencias de bono nocturno, salario mínimo, días de descanso, y días domingos reclamados.

Planteados como han quedado los hechos alegados por la parte actora, las excepciones y defensas opuestas por la demandada, reconociendo expresamente el cargo desempeñado por el accionante, la fecha de ingreso y culminación de la relación laboral, el horario laborado, que el trabajador devengó un salario mixto, y que se le adeudan las prestaciones sociales al trabajador.

En tal sentido, se encuentra controvertido: i) la composición del salario devengado por el accionante, ii) el tipo de jornada laborada por el accionante, iii) la correspondencia de las diferencias reclamadas y la incidencia de estos en el salario.

Establecidos como han quedado los términos del presente contradictorio, esta Sala procede a analizar las pruebas promovidas y evacuadas por las partes, en el entendido que con relación al régimen de **distribución de la carga de la prueba** en materia laboral, esta Sala de Casación Social en el fallo Nro. 419, de fecha 11 de mayo de 2004 (caso: *Juan Rafael Cabral Da Silva* contra *Distribuidora de Pescado La Perla Escondida, C.A.*), estableció:

- 1) El demandado tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió al trabajador, cuando en la contestación de la demanda haya admitido la prestación de un servicio personal y no la califique de laboral (presunción iuris tantum, establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo).
- 2) El demandante tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió con el patrono, cuando el demandado en la contestación haya negado la prestación de un servicio personal.
- 3) Cuando el demandado no niegue la existencia de la relación laboral, se invertirá la carga de la prueba en lo que se refiere a los restantes alegatos contenidos en el libelo que tengan conexión con ésta. Es decir, es el demandado quien deberá probar la improcedencia de los conceptos que reclama el trabajador. Asimismo, tiene el demandado la carga de probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar la pretensión del actor.
- 4) Se tendrán como admitidos aquellos hechos alegados por el demandante en su libelo, que el demandado no niegue o rechace expresamente en su contestación, aunado al hecho de que tampoco haya aportado a los autos, alguna prueba capaz de desvirtuar los alegatos del actor.
- 5) Se tendrán como admitidos aquellos hechos alegados por el demandante en su libelo, cuando el demandado no haya fundamentado el motivo del rechazo, aunado al hecho de que tampoco haya aportado a los autos en la oportunidad legal, alguna prueba capaz de desvirtuar los alegatos del actor.

Pruebas de la parte actora:

Documentales:

Produjo marcado “A” a la “A63” (folios 2 al 69 del cuaderno de recaudos Nro. 1), original de **recibos de pago semanales**, correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014, de los cuales se desprenden las asignaciones percibidas por el actor, tales como el salario semanal, porcentaje de ventas, domingos laborados y feriados laborados, así como las deducciones de ley concernientes al seguro social, paro forzoso, fondo de ahorro obligatorio de vivienda, e inasistencias o faltas injustificadas. A las referidas documentales **se les otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Consignó marcado “**B**” (folio 70 del cuaderno de recaudos Nro. 1) copia de **recibo de pago de utilidades correspondientes al año 2012**; del mismo se desprende que la demandada pagó al actor, la cantidad de Bs. 6.462,21, a razón de 30 días de salario promedio diario con incidencia de propina de Bs. 215,41. A la referida documental **se le otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Informes:

Solicitó se requiriera información al **Ministerio del Poder Popular para el Trabajo, Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas**, cuyas resultas no constan en autos, desistiendo la parte promovente de la referida prueba, por lo que a este respecto, **no hay materia que analizar**.

Exhibición de documentos:

-
Solicitó la exhibición de todos los **recibos de pago**, correspondientes al trabajador para los años 2010, 2011, 2012, 2013 y enero de 2014. Asimismo, pretendió se mostrara el **horario de trabajo**. Al respecto se observa que en la oportunidad de la celebración de la audiencia oral de juicio, la demandada reconoce los recibos de pago consignados por la parte actora, por lo que se tienen por aceptados. En lo que respecta al horario de trabajo, éste quedó fuera de los hechos controvertidos, al haber sido expresamente reconocido por la parte demandada.

Testimoniales:

Promovió el testimonio de los ciudadanos **José Luis Arrieta Telez y Alejandro José González**, los cuales no comparecieron a rendir declaración, por lo que a este respecto **no hay materia que analizar**.

Pruebas de la parte demandada

Documentales

-
Promovió marcados “**B**” a la “**B100**” (folios 3 al 102 del cuaderno de recaudos Nro. 2), originales de **recibos de pagos** relativos a los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014. De los mismos se desprenden los pagos semanales recibidos por el trabajador. A las referidas documentales **se les otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Consignó marcados “**C**”, “**D**”, “**E**” y “**F**” (folios 103 al 106 del cuaderno de recaudos Nro. 2), originales de **recibos de pago de utilidades**, correspondientes a los años 2010, 2011, 2012 y 2013 por los montos de Bs. 2.326,70, Bs. 3.167,50, Bs. 6.429,90 y Bs. 7.490,24, respectivamente. A las referidas documentales **se**

les otorga valor probatorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Produjo marcados “G”, “H” e “I” (folios 107 al 109 del cuaderno de recaudos Nro. 2), **recibos de pago de vacaciones y bono vacacional**, de los períodos 2010-2011, 2011-2012, y 2012-2013, por los montos de Bs. 1.870,00, Bs. 2.533,90 y Bs. 7.637,15, respectivamente. Asimismo, se desprenden pagos por concepto de días adicionales vacaciones, domingos y feriados, beneficio de alimentación y bono vacacional en el recibo de pago de las vacaciones del período 2012-2013. A las mencionadas documentales **se les otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Presentó marcado “J” (folios 110 al 122 del cuaderno de recaudos Nro. 2), copia simple de **Oferta Real de Pago**, efectuada por la parte demandada al trabajador, la cual cursa por ante el Tribunal Cuadragésimo Tercero (43°) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Área Metropolitana de Caracas, signado con la nomenclatura AP21-S-2014-1805, por un monto de Bs. 66.205,46. Al mismo **se le otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado “L” (folios 2 al 124 y 2 al 84 del cuaderno de recaudos Nro. 3 y 4), **relación de porcentajes de ventas**, correspondiente a los años 2010, 2011 y 2012, se observa una asignación diaria por puntos desde 2,5 a 5, los mismo **se desestiman** del acervo probatorio **por cuanto vulneran el principio de alteridad de la prueba**.

Promovió marcadas “M” y “M2” (folios 85 y 86 del cuaderno de recaudos Nro. 4), **facturas fiscales** emanadas de impresora fiscal de la entidad de trabajo demandada, de las cuales se evidencian los conceptos cobrados por mesa, sin observarse el cobro del porcentaje sobre consumo. A las mismas **se les otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Consignó a los folios 87 al 99 del cuaderno de recaudos Nro. 4, **notificaciones de listados de precio de productos y servicios, listado de precios de la empresa demandada** emanado del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS). Sin embargo éste carece de sello que permita su autenticación, por lo que **se desestiman** del acervo probatorio.

Produjo marcado “K” (cursante en el cuaderno de conservación Nro. 1), **Libro de registros de propinas** aportado por la empresa demandada, del cual se desprende las propinas recibidas por los trabajadores, entre los cuales se encuentra el demandante ciudadano Herminio Jesús Aldana Salas. Al mismo **se le otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Testimoniales:

Promovió el testimonio de las ciudadanas **Leonor Goncalvez** y **Marylin Aquino** Rojas, las cuales **no comparecieron** a rendir declaración, por lo que a este **respecto no hay materia que analizar**.

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Analizadas las pruebas, y antes de proceder a verificar la correspondencia de los conceptos reclamados, es preciso efectuar las consideraciones siguientes:

En primer término resulta imperativo pronunciarse sobre la falta de cualidad opuesta por el codemandado Juan Claudio Freitas Pereira, respecto del cual el juez *ad quem* estableció:

El último aspecto de la recurrida tocado por la representación judicial de la parte actora, se refiere a la negativa del A quo a la demanda contra el director de la empresa demandada, accionado de manera personal, señalando que la Sala ha decidido que es procedente por cuanto hay responsabilidad solidaria, y que así lo establece la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores.

A este respecto, observa el Tribunal que la parte actora en su libelo, indica que, prestó servicios para la demandada y para su Director, JUAN CARLOS FREITAS PEREIRA, de manera personal y subordinada, por cuatro (4) años y once (11) días; y luego de señalar en el petitorio que demanda a FUENTE DE SODA BAR Y RESTAURANT LA SALAMANDRA, S.R.L., indica que asimismo, demandamos al ciudadano: JUAN CLAUDIO FREITAS PEREIRA, venezolano, mayor de edad, de este domicilio y titular de la cédula de identidad N° 6.682.117, como persona natural en su carácter de Director de la referida empresa, para que convenga o en su defecto sea condenado a ello por este Tribunal al pago de la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO BOLÍVARES CON SESENTA Y DOS CÉNTIMOS (Bs.395.435,62) (...). (Subrayado y mayúsculas del libelo).

Ahora bien, se desprende de la transcripción anterior, que la demanda contra la persona natural se funda en su carácter de director de la demandada principal, ya que sostiene la parte actora que la Sala Social ha decidido que es procedente por existir responsabilidad solidaria, y que así se establece en la LOTTT. Al respecto, se observa que el artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, en su parte pertinente, dispone que:

“...Las personas naturales en su carácter de patronos y patronas y los accionistas son solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la relación laboral, a los efectos de facilitar el cumplimiento de las garantías salariales...”

De donde se colige que la solidaridad a que se refiere esta disposición está atribuida a las personas naturales en su carácter de patronos y a los accionistas, y al no invocarse ni demostrarse el carácter de accionista de la persona natural demandada, se entiende que resultó demandada en su carácter de patrono, como también lo alega el actor en su libelo al indicar que prestó servicios para éste de manera personal y subordinada; de donde deviene la obligación para el actor de evidenciar en el proceso, que en efecto, prestó servicios personales y subordinados para el referido director; y no habiendo en autos evidencia del trabajo personal del actor para la persona natural demandada, su pretensión debe sucumbir, tal como lo acordó la recurrida, y este Juzgado ratifica, por lo que no prospera la apelación de la parte actora, y así se establece.

Al respecto se observa de autos que el juez de alzada consideró procedente la defensa de falta de cualidad en virtud que no quedó demostrado el carácter de patrono del demandado en forma personal ciudadano Juan

Claudio Freitas Pereira, resolución que no fue objetada por la parte recurrente, quedando conforme con lo decidido por el tribunal de instancia, compartiendo esta Sala el referido criterio proferido por el *ad quem*. Así se decide.

Precisado lo anterior, procede esta Sala a pronunciarse sobre el tipo de jornada laborada por el accionante, en virtud que la parte actora indica que era nocturna, mientras que la demandada alega que la misma era mixta. Observando esta Sala que ambas partes fueron contestes en establecer que el horario de trabajo del demandante, al principio de la relación laboral, era de lunes a martes de 12:00 m. a 3:00 p.m. y luego de 6:00 p.m. a 11:00 p.m., con el día miércoles libre, modificándose en el mes de mayo de 2013, prestando su servicio de viernes a lunes de 12:00 m. a 8:00 p.m. librando los días miércoles y jueves, hasta la culminación de la relación laboral.

Con fundamento a lo expuesto por las partes se verifica que el horario del accionante trascendía en una jornada mixta conforme a lo contemplado en el artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis* y 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en virtud que en ningún caso el período nocturno fue superior a cuatro (4) horas.

En atención a lo expuesto *supra*, resulta procedente el **bono nocturno** reclamado por la parte actora, únicamente respecto a aquellas horas laboradas después de las 7:00 p.m., generando un recargo del treinta por ciento (30%) sobre el salario devengado en el horario diurno, por cuatro (4) horas nocturnas laboradas desde el inicio de la relación laboral hasta abril del año 2013, y sobre una (1) hora nocturna laborada desde el mes de mayo de 2013, hasta la culminación de la relación laboral. En este sentido, se ordena el cálculo de dicho concepto a través de una experticia complementaria al fallo, para lo cual el perito deberá tomar en consideración el valor de la hora diurna generada durante la totalidad de la relación laboral. Así se decide.

En lo concerniente a la diferencia reclamada por concepto de salario mínimo, se observa de autos que la parte fija devengada por el accionante era inferior al salario mínimo nacional decretado por el Ejecutivo Nacional. Respecto a dicho concepto, resulta imperativo destacar sentencia Nro. 1438 de esta Sala de Casación Social del 1° de octubre de 2009 (caso: *Carlos Eduardo Chirinos Castellanos* contra *Desarrollos Hotelco C.A.*), en la cual interpretando el contenido del artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, indicó lo siguiente:

La Sala para decidir observa:

En sentido estricto el salario es definido como la remuneración, provecho o ventaja de cualquier nombre o método de cálculo, evaluable en efectivo, correspondiente al trabajador por los servicios prestados. En ese mismo orden, el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que el salario se estipulará libremente por las partes. De allí que se diga que el salario constituye el valor que de modo voluntario las partes convienen en atribuir al tiempo, cantidad, calidad y eficiencia de la labor a realizarse. De esta manera, las condiciones de trabajo particulares de la labor a realizar sirven a un tiempo para determinar las exigencias manuales e intelectuales del servicio a prestar, como de medida para justipreciar la compensación equivalente que debe corresponderle.

De esta definición del salario, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han extraído, entre otras, las siguientes características: es estipulado libremente por las partes; es una prestación inmediata o directa por constituir percepciones del trabajador pagadas a costa del patrimonio del empleador para

retribuir el servicio recibido; es una prestación cierta y segura, no sujeta a ninguna contingencia que pueda afectar la existencia de la retribución y su exigibilidad inmediata.

Sin embargo, no todas las percepciones integradoras del salario son estipuladas libremente por las partes, ni son pagadas a costa del patrimonio del empleador, como tampoco son ciertas y seguras; pues estas características confluyen solamente en una porción básica, la cual es complementada con percepciones unas veces de carácter variable, eventual y aleatorio, como es el pago de comisiones, horas extras, etc.; otras veces no poseen la cualidad ordinaria del salario que es el pago de la remuneración a costa del patrimonio del empleador, pero son consideradas salario por el legislador, como es el recargo de un porcentaje sobre el consumo en los locales en que se acostumbra cobrar al cliente por el servicio, y las propinas.

De manera que, no todas las ventajas consideradas salario son en rigor retribución del trabajo, por ser sumas eventuales, no ciertas ni determinables de antemano, sino formas o modos de determinarla; por ello resulta, si no imposible cuando menos muy difícil, que las partes puedan estipular de antemano la totalidad de la suma a percibir por el trabajador considerando todos los elementos que integran el salario, por lo que esta Sala considera que solamente una porción básica de éste puede determinarse con antelación, resultando entonces que sólo en esa porción básica pueden precisarse las características a que antes se aludió.

Por tales razones, **concluye la Sala que esa porción básica estipulada de antemano por las partes es la que no debe ser inferior al salario mínimo en los términos establecidos en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo.** (Destacado de esta Sala).

De la sentencia transcrita se observa que el criterio asumido, radica en determinar que la parte fija del salario mixto no puede ser inferior al salario mínimo nacional, el cual debe ser honrado a costa del patrimonio del patrono, ser cierto y seguro, por lo que no puede considerarse satisfecho el mismo con el pago de conceptos extras de carácter “*variable, eventual y aleatorio*”, como lo son la propina y el porcentaje sobre el consumo.

El criterio antes mencionado fue empleado por el *ad quem* para la resolución de la controversia, sin embargo lo aplica hasta la publicación de la sentencia Nro. 1466 de fecha 17 de diciembre de 2013 de esta Sala (caso: *Mayra Alejandra Añanguren Peláez, contra Representaciones Venuscol, C.A.*), que, a su decir, modificó el razonamiento anterior, precisándose en la referida decisión lo siguiente:

Habiendo sido pactado libremente por las partes el salario en una porción base (salario básico) y otra, conformada por comisiones; y demostrado como fue que la demandada se comprometió a garantizar a la trabajadora el salario mínimo nacional de Ley vigente, en el caso de no cubrirlo con los ingresos percibidos en el mes por concepto de salario básico y comisiones, mediante la documental marcada “S” (folio 116 del cuaderno de recaudos) a la cual se le confirió pleno valor probatorio, se concluye que la demandada obró ajustada a la previsión contenida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), que no permite la fijación de un salario inferior al fijado como mínimo por la autoridad competente, sin distinción de la clase de salario de que se trate. Así se declara.

En el caso concreto, de los recibos de pago cursantes a los folios 14 al 115 del cuaderno de recaudos, a los cuales se les otorgó pleno valor probatorio, **esta Sala constató que el salario efectivamente pagado a la demandante por la accionada, estuvo compuesto además de la parte básica, por las comisiones derivadas de las ventas y el bono estímulo, el cual, durante la relación de trabajo, en ningún momento fue inferior al salario mínimo obligatorio, fijado en cada período por el Ejecutivo Nacional, en observancia a la norma contenida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997).** Así se declara.

No pasa inadvertido para esta Sala significar que, cuando se esté en presencia de un salario mixto, el empleador –*sea de carácter público o privado*- debe garantizar que en ningún caso, el trabajador o trabajadora perciba un salario inferior al fijado como mínimo por la autoridad competente, en atención al derecho que tienen todos los trabajadores y trabajadoras a devengar un salario mínimo vital, -*artículo 91 constitucional*-, con independencia de la clase de salario que las partes libremente hayan acordado. (Destacado de esta Sala).

En el razonamiento precedentemente expuesto, se concluye que conforme a lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando se esté en presencia de un salario mixto, la única limitación para el pago del salario es que en su totalidad no sea inferior al mínimo legal. Siendo importante destacar que en el caso de la referida sentencia, la parte variable del salario provenía igualmente del patrimonio del patrono, es decir, que la decisión expuesta no se ajusta al supuesto de autos, en el cual la parte variable no es costeadada por el empleador.

Sin embargo, en la decisión recurrida el *ad quem* se apoya en ambas decisiones para resolver la presente controversia, considerando que al haberse cancelado un monto inferior al salario mínimo nacional como parte fija, debe aplicarse el criterio que protege la parte fija del salario, adecuándola al salario mínimo nacional -que a su decir, estuvo vigente hasta el mes de diciembre de 2013-, condenando el pago de la diferencia entre lo cancelado por la demandada por concepto de salario fijo y el salario mínimo nacional decretado por el Ejecutivo Nacional desde el inicio de la relación laboral hasta el 17 de diciembre de 2013 -oportunidad en la cual a criterio del juez de alzada fue modificada la posición al respecto-. Resultando tal declaratoria más beneficiosa para el recurrente –al aplicarla hasta la fecha antes indicada-. En consecuencia, esta Sala se encuentra impedida de modificarlo en atención al principio de prohibición de la *reformatio in peius*, quedando incólume lo resuelto al respecto.

Determinado lo anterior, procede esta Sala a pronunciarse sobre el resto de los componentes salariales, en virtud que -como se expuso *supra*- el salario devengado por el accionante era mixto, siendo imperativo determinar bajo qué términos se obtiene la parte variable del mismo. Al respecto, la parte actora aduce que ésta se generaba a consecuencia del recargo del 10% sobre el consumo, lo cual fue negado por la parte demandada, recayendo la carga probatoria en el accionante, quien no logró demostrar su afirmación. Por su parte, la demandada indica que la variabilidad del salario es producto de la propina, lo cual quedó evidenciado en autos.

Ahora bien, en lo concerniente a la propina, el juez *ad quem* indicó en la sentencia recurrida lo siguiente:

“...el actor en su libelo, indica que el mismo era equivalente a Bs. 3.500,00, o sea, a cinco (5) puntos; sin embargo, la parte demandada señala que tal derecho se pactó entre las partes al equivalente del veinticinco por ciento (25%) del total de lo percibido por propina, y que al efecto, ambas partes suscribieron el denominado libro de registro de propinas, desde septiembre de 2012 a julio de 2014. Al respecto, este Tribunal observa que en efecto, se abrió un cuaderno de conservación al cual se anexó el llamado libro de registro de propinas aportado por la parte demandada, a cuyos folios se observa el registro de sumas de dinero desde el 17 de septiembre de 2012 a julio de 2014, avaladas por las firmas del trabajador y del representante de la demandada, en que se aprecia que el actor tiene asignado cinco (5) puntos, y que no se habla de porcentaje alguno, pero dado a que la parte actora nada objetó respecto al porcentaje que por derecho a percibir la propia alega la demandada, **este Tribunal, toma como monto del derecho del actor a percibir la**

propina, el veinticinco por ciento (25%) del monto total de lo percibido por ese concepto, durante toda la relación de trabajo. Así se establece. (Destacado de esta Sala).

Del extracto de la sentencia recurrida, se evidencia que el juez de alzada consideró el valor del **derecho a percibir propina** en los términos indicados por la parte demandada -es decir con base al 25% de la propina recibida-, siendo así, esta Sala se encuentra impedida de modificar tal disposición, respetando el principio de prohibición de la *reformatio in peius*, para el cálculo de dicha incidencia salarial el experto deberá tomar en consideración el veinticinco por ciento (25%) de la propina generada por el accionante, según se desprende del libro de registro de propinas, y de la parte variable que se evidencia en los recibos de pago cursantes a los autos. Así se decide.

En cuanto a los **días de descanso no pagados** con el salario normal devengado por el trabajador, se evidencia de los recibos de pago cursante a los autos, que la parte demandada no canceló dicho concepto en razón de la parte variable, por lo que resulta procedente la diferencia reclamada, tomando en consideración lo generado en la semana a calcular por concepto de derecho a percibir propina, dicho cómputo será efectuado mediante experticia tomando en consideración los días de descanso especificados del folio 12 al 15 del escrito libelar.

Adicionalmente resulta procedente el recargo por concepto de días **domingos trabajados**, en virtud que el mismo fue cancelado como un día ordinario, cuando por ser día feriado debió ser cancelado con un recargo del cincuenta por ciento (50%), conforme a lo previsto en los artículos 154 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, y 120 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, la realización de dicho cómputo se deberá hacer mediante experticia, para lo cual se tomará en consideración el salario normal devengado por el accionante en la semana a computar, conformado por el salario fijo indicado anteriormente, más la parte variable devengada por el accionante -derecho a percibir propinas-, y el recargo del treinta por ciento (30%) por concepto de bono nocturno -condenado *supra*-.

En lo que atañe a las **prestaciones sociales**, resulta procedente el pago de dicho concepto, el cual será determinado mediante experticia, conforme a los regímenes legales vigentes durante la relación laboral, siendo que la relación laboral inició el 8 de enero de 2010 bajo el amparo de la Ley Orgánica del Trabajo del año 1997, y culminó el 19 de enero de 2014 bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el experto deberá realizar los cálculos en atención a ambos textos legislativos en los términos siguientes:

Se deberá calcular lo correspondiente al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, conforme al cual después del tercer mes de servicio se computa lo equivalente a cinco (5) días de salario integral por cada mes. Dicho cálculo, deberá ser realizado en tales términos hasta el 30 de abril de 2012, y luego a partir de mayo de ese año, se deberá calcular con fundamento en lo establecido en el artículo 142 literal a) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que prevé que el cómputo de la garantía de las prestaciones sociales se hará por un pago trimestral de quince (15) días de salario integral a calcular con base al salario del

último mes del respectivo trimestre. El monto que resulte de ambos cálculos a su vez deberán ser sumados entendiéndose que la totalidad constituye la garantía de prestaciones sociales generadas por el accionante durante la relación laboral, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Asimismo deberá calcularse los dos (2) días adicionales consagrados hasta el 30 de abril de 2012 en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 y, a partir de mayo del 2012 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 según lo estatuido en el artículo 108, anteriormente señalado.

Adicionalmente, se debe efectuar el cálculo a que alude el literal c) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por la totalidad del tiempo de servicio, en atención a lo previsto en la disposición transitoria segunda, numeral 2 *eiusdem*. En este sentido, teniendo el accionante un tiempo de servicio de cuatro (4) años, y once (11) días, se computa la cantidad de cuatro (4) años a razón de treinta (30) días por año, para un total de ciento veinte (120) días, multiplicado por el último 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 –entendiéndose que en el literal a) deberá considerarse todo lo que es garantía de prestaciones sociales, la cual a su vez debe contener el monto generado por los cinco (5) días por mes ordenados *supra* con base al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997- y el resultado de dicha suma deberá compararlos con el resultado del cálculo ordenado 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 devengado mes a mes, debiendo calcular, en primer término, el salario normal -compuesto por salario mínimo nacional (hasta el 17 de diciembre de 2013) y posteriormente, a razón de la parte fija que se desprende de los recibos de pago, bono nocturno por las horas nocturnas laboradas, la incidencia de la parte variable en los días domingos y de descanso generados por el accionante-, y el derecho a percibir propina. Al salario normal se le adicionará la alícuota de utilidades -con base en quince (15) días por año para los años 2010 y 2011 y a razón de treinta (30) días para los años siguientes - y la alícuota de bono vacacional -con base a siete (7) días para el primer año, ocho (8) días para el segundo, quince (15) días para el tercer año y dieciséis (16) días para el cuarto 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-.

Vacaciones y bono vacacional vencidos período 2013-2014, siendo que no consta en autos el pago de dicho concepto, resulta procedente el mismo a razón de dieciocho (18) días por concepto de vacaciones y dieciséis (16) días de bono vacacional, para un total de treinta y cuatro (34) días, computadas a razón del último salario normal diario, el cual deberá ser calculado por medio de experticia.

En lo concerniente a la **diferencia de vacaciones y bono vacacional**, períodos 2010-2011 y 2011-2012, y **diferencia de utilidades** correspondiente a los años 2010 y 2011, siendo que los referidos conceptos fueron pagados con un salario inferior al devengado, se ordena el recálculo de los mismos, tomando en consideración el salario devengado por el accionante en el momento en que se generó el derecho, debiendo descontarse los montos que por este concepto le fueron cancelados al accionante, según se evidencia de las documentales cursantes a los autos.

En lo concerniente a la **diferencia de vacaciones y bono vacacional**, período 2012-2013, y **diferencia de utilidades** correspondiente a los años 2012 y 2013, dichos conceptos fueron declarados improcedentes por el juzgado *a quo* en los términos siguientes:

En cuanto a los conceptos por vacaciones, bono vacacional 2012-2013, y utilidades pagadas correspondientes de los años 2012, 2013, las mismas se declara improcedente toda vez que la parte demandada logro demostrar su cancelación con la inclusión dicho pago del derecho a percibir propinas como parte del salario normal.

Al respecto, no se observa en la decisión recurrida que el juez de alzada haya modificado tal declaratoria, en tal sentido, siendo que la misma resulta más beneficiosa para la parte demandada recurrente, esta Sala se abstiene de modificar la misma en atención a la prohibición de la *reformatio in peius*.

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. 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 de mora de la cantidad condenada a pagar por concepto de prestaciones sociales e intereses sobre prestaciones sociales - contemplado en el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras-, que arroje la experticia complementaria del fallo, calculados desde la finalización de la relación laboral; y con respecto a los intereses de mora del resto de los conceptos condenados, se ordena su cálculo a partir de la fecha en que nació el derecho al trabajador de percibirlos, ello, conforme a lo establecido en sentencia proferida por esta Sala publicada bajo el Nro. 1097 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, hasta la oportunidad del pago efectivo. Asimismo, se ordena el pago de la corrección monetaria sobre el resto de los conceptos condenados a pagar a partir de la fecha de notificación de la demandada hasta la oportunidad del pago efectivo, excluyendo el lapso de inactividad procesal por acuerdo entre las partes, 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 decide.

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 Nro. 40.616 de fecha 9 de marzo de 2015, el juez ejecutor 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 resuelve.

Conforme fue condenado por el juez superior del resultado de *“los montos mandados a pagar, deberá deducirse lo ya percibido por el actor, según los recibos que obran en autos, en especial lo relativo a la oferta real de pago que obra por ante este Circuito Judicial bajo el N° AP21-S-2014-1605, cuyo monto se encuentra depositado a favor del trabajador accionante, en el Banco Bicentenario”*. Así se decide.

En mérito de las consideraciones expuestas, se declara parcialmente con lugar la demanda incoada por el ciudadano Herminio Jesús Aldana Salas contra la codemandada Fuente de Soda Restaurant Bar La Salamandra S.R.L. Así se decide.

-

DECISIÓN

Por las razones precedentemente 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 casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, publicada en

fecha 3 de junio de 2015, **SEGUNDO: SE ANULA** la sentencia recurrida, **TERCERO: CON LUGAR** la defensa de falta de cualidad opuesta por el ciudadano Juan Claudio Freitas Pereira. **CUARTO: PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda incoada por el ciudadano Herminio Jesús Aldana Salas contra la codemandada Fuente de Soda Restaurant Bar La Salamandra S.R.L.

No hay condenatoria en costas dada la naturaleza del presente fallo.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial *supra* señalada. Particípese de la presente remisión al Juzgado Superior de origen, de conformidad con 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, diecisiete (17) días del mes de octubre de dos mil diecisiete. Años: 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente,

Magistrado,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrada Ponente,

Magistrado,

MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO

El-

Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R. C. N° AA60-S-2015-000861

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,