



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

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

En el juicio que por cobro de diferencia de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, interpuesto por el ciudadano **JOSÉ LUIS GARCÍA LÓPEZ**, representado judicialmente por los abogados Aldo Savino Aranguren, Carlos Antonio Flores González y Raiza Vallera León, contra las sociedades mercantiles **INVERSIONES LA CITA, S.R.L.**, representada judicialmente por los abogados Ramiro Sierraalta, Gustavo Handan, Leobardo Subero, Alexis Febres, Luz Fernández Cortina, María Angélica Godoy y Francia González Battaglini; **RESTAURANT LA TERTULIA C.A.**, sin que conste representación judicial en las actas del expediente; y personalmente, contra los ciudadanos **Higinio Alonso Esteves** y **José María López Fernández**, no obstante, en razón de que ocurrió la muerte del prenombrado ciudadano José María Fernández –folio 92 de la pieza N° 3 del expediente- posterior a la interposición de la demanda, fueron notificados sus herederos, los ciudadanos Teodora Amparo Acero de López, Javier López Acero y Elizabeth López Acero, representados judicialmente por los abogados Ramiro Sierraalta, Leobardo Subero Rodríguez, Gustavo Adolfo Handam, Juan Pablo Arocha, Ramiro Andrés Sierraalta, Daniel Sierraalta y Carlos Matos Zerpa; el Juzgado Octavo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 14 de enero de 2019, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, parcialmente con lugar la demanda y modificó la decisión proferida por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, en fecha 15 de febrero de 2017, que declaró parcialmente con lugar la demanda.

Contra el fallo del Tribunal Superior, la representaciones judiciales de la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L., y del demandante anunciaron recurso de casación, los cuales fueron admitidos, motivo por el cual se ordenó la remisión del expediente a esta Sala de Casación Social.

Recibido el expediente en esta Sala de Casación Social, se dio cuenta del asunto en fecha 4 de junio del año 2019, y se designó ponente al Magistrado Dr. Danilo Mojica Monsalvo.

Fueron consignados los escritos de formalización por la empresa demandada Inversiones La Cita, S.R.L., y del demandante. Hubo impugnación por ambas partes recurrentes.

Por auto de fecha 4 de julio de 2019, se fijó la audiencia pública y contradictoria para el día martes seis (6) de agosto del año dos mil diecinueve (2019) a las nueve de la mañana (09:00 a.m.) la cual fue diferida para el día 1º de octubre del mismo año, a las diez de la mañana (10:00 a.m.).

En fecha 24 de septiembre de 2019, se acordó diferir la audiencia pública y contradictoria para el día martes 15 de octubre de 2019 a las 10:30 a.m., fecha en la cual se difirió la referida audiencia para el día 22 del mismo mes y año, a la 1:00 p.m.

Concluida la sustanciación de esta causa, realizada la audiencia oral y pública y siendo la oportunidad legal para decidir, pasa esta Sala de Casación Social, bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter la suscribe, a pronunciarse en los términos que se indican a continuación:

Por razones metodológicas, esta Sala de Casación Social altera el orden de las denuncias formuladas por la parte demandada y, procede a analizar la segunda de las planteadas en el escrito de formalización, en los siguientes términos:

DEL RECURSO DE CASACIÓN POR LA EMPRESA CODEMANDADA INVERSIONES LA CITA,
S.R.L.
CAPÍTULO II
DEFECTO DE ACTIVIDAD
I

Con fundamento en el numeral 3 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia la parte recurrente que la sentencia recurrida incurrió en el vicio de incongruencia negativa y en “*error de aplicación*” del principio de indubio pro-operario “*de amplia difusión*” en la materia laboral, ya que no ajustó su decisión a lo alegado y probado en autos, en virtud de que el juez *ad quem* no analizó, ni tomó en consideración la prueba documental promovida por el demandante, referida al procedimiento administrativo de solicitud de reenganche, del que se puede evidenciar la fecha de inicio de la relación laboral.

Señala que si bien, se encuentra en las actas del expediente prueba documental que demuestra la fecha de inicio de la relación de trabajo -11 de febrero de 1998-, se condenó a las empresas demandadas al pago de diferencia de los conceptos laborales desde una fecha distinta a la referida, causándoles en consecuencia, un agravio patrimonial.

La Sala para decidir observa:

Del escrito de la precedente denuncia se desprende que la demandada formalizante alega que el Juez Superior incurrió en el vicio de incongruencia negativa y “*error de aplicación*” ya que consideró como fecha de inicio de la relación de trabajo, una distinta a la admitida -11 de febrero de 1998-, la cual estaba ampliamente demostrada en la solicitud de un procedimiento administrativo.

Siendo que la Sala realmente entiende que lo pretendido por la recurrente denunciar es el vicio de inmotivación por silencio de pruebas, ya que a su juicio no tomó en consideración una prueba documental, a los fines de determinar la verdadera fecha de inicio de la relación laboral, es decir, que la demandada recurrente cuestiona la decisión del Juez de alzada, ya que declaró procedente la relación de trabajo desde una fecha anterior a la que confesó el demandante en un documento público administrativo.

Respecto al vicio alegado la Sala reitera su pacífica doctrina, según la cual la sentencia adolece de inmotivación por haber incurrido el juez en silencio de pruebas, cuando éste omite cualquier mención sobre una prueba promovida y evacuada por las partes, que consta en las actas del expediente, y cuando, a pesar de haber mencionado su promoción y evacuación, el juez se abstiene de analizar su contenido y señalar el valor que le confiere a la misma o las razones para desestimarla. En todo caso, para que sea declarado con lugar el vicio *in commento*, las pruebas promovidas y evacuadas por la parte en la oportunidad legal correspondiente, y silenciadas total o parcialmente en la sentencia recurrida, deben ser relevantes para la resolución de la controversia; en este sentido, con base en disposiciones constitucionales, por aplicación del principio finalista y en acatamiento a la orden de evitar reposiciones inútiles, no se declarará la nulidad de la sentencia recurrida si la deficiencia concreta que la afecta no impide determinar el alcance subjetivo u objetivo de la cosa juzgada, o no hace imposible su eventual ejecución.

En relación con el principio a favor o principio *in dubio pro operario*, esta Sala en sentencia N° 137 de fecha 03 de marzo de 2004 (caso: *Miguel Ángel Cárdenas contra la sociedad mercantil Banco Unión, S.A.C.A.*) señaló, lo siguiente:

Principio de favor o principio *in dubio pro operario*, concreta su finalidad en tres aplicaciones: a) En caso de conflictos de leyes, deben prevalecer las del trabajo, sustantivas o procedimentales; b) En caso de conflicto de normas, ha de aplicarse la más favorable al trabajador; y c) En el supuesto de incerteza entre dos declaraciones posibles derivadas de una misma norma, ha de preferirse la interpretación que más beneficie al trabajador.

Respecto a la fecha de inicio de la relación laboral el Juez de alzada declaró lo siguiente:

Punto de apelación de la demandada en cuanto a silencio de la prueba marcada h1: Expuso el apoderado judicial de la co-demandada Inversiones la Cita SRL, con respecto a la valoración la prueba marcada "H1" promovida por la parte actora en la cual se deja constancia de la solicitud de reenganche ante el ente administrativo como lo fue señalado por la recurrente en donde la misma parte actora deja constancia que comenzó a prestar servicio para inversiones la cita desde el 11 de agosto de 1998 y establece el sueldo y el horario, indica que la mismas fue valorada pero después fue silenciada.

Este Tribunal considera que efectivamente existe una omisión de pronunciamiento con respecto a la misma más sin embargo con la declaración de la existencia de la unidad económica, y por el principio *in dubio pro operario*, el cual establece que en caso de dudas razonables se debe favorecer al trabajador, se determina como fecha cierta la indicada por el trabajador en su libelo de demanda, con la entidad de trabajo Restaurant La Tertulia, es decir primero de febrero de 1993, de igual forma esta Juzgadora en relación a este punto acoge el criterio asentado en la sentencia N° 376, de fecha 30 de marzo de 2012, -al principio *in dubio pro operario*-, dictado por la Sala de Constitucional del Tribunal Supremo

de Justicia, con ponencia del Magistrado Francisco Carrasquero, (ver sentencia referida), en consecuencia se declara sin lugar el presente punto de apelación. Así se establece.-

Posteriormente, la sentencia recurrida determinó lo siguiente:

Seguidamente pasa este juzgador a definir el litigio sostenido por las partes en lo tocante al inicio de la relación de trabajo. En este punto, la parte actora expone en su libelo: la relación de trabajo se inicio 1993, con la entidad de trabajo codemandada: La Tertulia y luego en el devenir de cinco años fue trasladado con el mismo cargo a Inversiones La Cita. La parte demandada se excepciona aduciendo que la fecha de inicio de la relación de trabajo fue en el 11 de febrero de 1998 (folio 124) con la codemandada Inversiones La Cita, explicando que ese hecho se encuentra suficientemente probado en los recibos de pago de diferentes tipos y por lo señalado por la parte actora ante el Ministerio del Trabajo cuando se amparo (*sic*). Al respecto este juzgador observa, con antelación este juzgador estableció la existencia de un grupo de entidades de trabajo. También, la codemandada, entidad de trabajo conocida en este caso como “La Tertulia” no hizo acto de presencia en la audiencia preliminar ante el Tribunal de Sustanciación Mediación y Ejecución competente, folio 68 de la pieza 1. Nos encontramos que el hecho alegado por la parte actora como causa de pedir y su pretensión está dirigido concretamente contra “La Tertulia” la cual es la persona que realmente sabe que aconteció (la relación de trabajo se inicio 1993, con la entidad de trabajo codemandada: La Tertulia) Sin embargo, esta no hizo acto de presencia en la audiencia preliminar. Ante estas circunstancias de hecho la norma adjetiva determina (*sic*).

(*Omissis*)

Tenemos que por un lado que la norma adjetiva procesal laboral condena duramente la incomparecencia a la audiencia preliminar (*sic*) a la parte demandada. Por la otra el artículo (*sic*) 148 del CPC en una causa, como en este caso, donde debe ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes, los efectos de las actuaciones realizadas por el codemandado no contumaz (Inversiones La Cita) se extenderá al ámbito del no compareciente a la audiencia preliminar en este caso contumaz (La Tertulia) en algún termino. Entonces tenemos que La Tertulia declarada contumaz conserva su carga de alegar y probar lo concerniente a sus intereses por cuanto de manera irremisible deberá aplicarse la consecuencia prevista en el Artículo 131 d (*sic*) la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Por lo tanto, ante la afirmación de la parte actora de que laboro (*sic*) para La Tertulia para el año 1993, y ésta se declaro (*sic*) contumaz al no hacer acto de presencia a la audiencia preliminar lo cual trae aparejado como consecuencia, la admisión de los hechos. Por tal motivo este sentenciador debe tener como cierto que el trabajador laboro (*sic*) para el restauran (*sic*) La Tertulia para el año 1993. A esto se le suma, que estamos en presencia de un grupo de entidades de trabajo en consecuencia se debe tener para todo los codemandados que la fecha de inicio de la relación laboral entre las partes fue para el 1 de febrero de 1993. Así se establece.

De la transcripción parcial de la sentencia recurrida se desprende que el Juez Superior declaró confesa a la empresa codemandada Restaurant La Tertulia, C.A., en virtud de que no compareció a la audiencia preliminar, por lo que estableció precedente las reclamaciones laborales desde la fecha alegada por el demandante en el escrito libelar conforme al artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aunado al hecho de que declaró la unidad económica de las empresas demandadas conforme a las pruebas cursantes a los autos y en base al principio *indubio pro operario*.

El trabajador indicó en el escrito libelar que “*prestó sus servicios laborales, subordinados, de forma personal e ininterrumpida, bajo relación de dependencia en un principio para la empresa “RESTAURANT LA TERTULIA C.A.” antes identificada, donde se desempeñó en el cargo de mesonero, donde ingresó en fecha 01 de febrero de 1993, donde trabajó un total de cinco (5) años, y fue trasladado directamente por el señor José López, en fecha 01 de febrero de 1998, para otra empresa del Grupo, denominada “INVERSIONES LA CITA S.R.L.” comúnmente conocido como Restaurant LA CITA”.*

El Juez Superior, tal y como se indicó en la resolución de la denuncia, declaró la responsabilidad solidaria de las empresas demandadas respecto a las obligaciones laborales del trabajador, es decir, que tal y como lo señaló el demandante en el escrito libelar, comenzó a laborar en fecha 1° de febrero de 1993, por lo que al haberse condenado a ambas empresas, debe tomarse en consideración la fecha alegada como fecha de inicio para el pago de los concepto laborales reclamados aunado al hecho que quedaron admitidos los hechos alegados por el demandante en relación a la empresa Restaurant La Tertulia, C.A., por incomparecencia a las audiencias preliminar y de juicio. –Folios 68 de la primera pieza del expediente y 139 de la segunda pieza-.

No obstante a ello, la demandada recurrente objeta dicha decisión, en virtud que de la prueba documental, específicamente la denuncia presentada en fecha 08 de octubre de 2013, -folio H-1 del cuaderno de recaudos N ° 1-, por el Procurador de Trabajadores del Norte del Área Metropolitana de Caracas, en representación del demandante ante la Inspectoría del Trabajo, en razón de que a su juicio la empresa codemandada Restaurant Inversiones La Cita, S.R.L., cometió hacia su persona hechos irregulares en relación a la prestación de sus servicios laborales y de la cual se desprende específicamente que alegó como fecha de inicio de la relación de trabajo en fecha 11 de febrero de 1998, desempeñando el cargo de mesonero, devengando un salario mensual de Bs. 2.900,00, más el beneficio de alimentación, cumpliendo una jornada de trabajo de martes a domingo, en el horario comprendido de 12:00 M. a 12:00 P.M.

En ese sentido, se desprende de dicha documental que evidentemente el trabajador alegó que la relación de trabajo fue sólo con el Restaurant Inversiones La Cita S.R.L., y que la misma comenzó el 11 de febrero de 1998, además no se desprende de las actas procesales alguna prueba que demuestre que la relación de trabajo comenzó en el año 1993, ni mucho menos que laboró para el Restaurant la Tertulia, por el contrario todas las pruebas, recibos de pago, planilla de cuenta individual del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, informes de entidades bancarias y otras, demuestran que dicha relación de trabajo fue sólo con el Restaurant Inversiones La Cita, S.R.L., y que comenzó en la referida fecha 11 de febrero de 1998.

Al respecto, esta Sala en sentencia n° 115 de fecha 17 de febrero de 2004 (caso: *Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A*) determinó la posibilidad por parte de la demandada contumaz de impugnación en la ilegalidad de la acción o en la afirmación de que la acción es contraria a derecho, cuando haya operado una admisión de los hechos:

Así las cosas, el demandado rebelde podrá impugnar el fallo dictado por orden de la confesión de admisión, soportando el objeto de dicha impugnación en la ilegalidad de la acción o en la afirmación de que la pretensión es contraria a derecho.

Lógicamente, en ambos supuestos, el demandado tendrá la carga de demostrar la ilegalidad de la acción o contrariedad con el ordenamiento jurídico de la pretensión, no obstante que la obligación del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución en verificar tales extremos emerge de pleno derecho.

Ahora, tal potestad del contumaz no representa la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión por prueba en contrario, sino en la de enervar una acción no amparada por el estamento legal patrio, o de enervar la pretensión del actor por cuanto pese a que la acción está tutelada jurídicamente, los hechos acreditados y admitidos por consecuencia de ley no guardan relación o entidad alguna con el supuesto de hecho abstracto de la norma jurídica peticionada.

De tal manera, que si ante la incomparecencia del demandado a la apertura de la audiencia preliminar, la ley tiene por admitidos los hechos alegados por el actor en su demanda y, por tanto, debe decidirse conforme con dicha presunción; el demandado tendrá la posibilidad de extinguir tales efectos procesales, si por ejemplo, certifica el pago de lo condenado; es decir, desvela la pretensión como contraria a derecho.

(*Omissis*)

Bajo este mapa referencial, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución tiene la inquebrantable misión de formarse convicción con relación a la legalidad de la acción y consecuentemente la pertinencia jurídica de la pretensión, aprovechándose del cúmulo probatorio incorporado a juicio.

Asimismo, la parte demandada tiene la prerrogativa de apoyarse de los medios probatorios promovidos, siempre y cuando como se aseverara, pretenda coartar la acción por ilegal o la pretensión por su contrariedad con el derecho.

Así pues, que conforme a la sentencia citada, se observa la posibilidad por parte del demandado contumaz, de extinguir los efectos procesales de la confesión ficta contenida en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, desvelando la pretensión como contraria a derecho, promoviendo una prueba que contrarié la pretensión del demandante, es decir que existe la posibilidad de que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución tome en consideración las pruebas aportadas por el demandando, y formarse una convicción pertinente de la pretensión.

En el caso bajo estudio, si bien la acción interpuesta por el demandante está amparada por la Ley y no es contraria a derecho, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, debió tomar en consideración que el demandante nunca demostró su vinculación laboral con el Restaurant La Tertulia, sino que por el contrario siempre demostró que su relación estuvo vinculada con el Restaurant Inversiones La Cita S.R.L., y desde el año 1998, es decir, que el *ad quem*, a nuestro juicio, vulneró el debido proceso, razón por la que se declara con lugar la presente denuncia. Así se decide.

De conformidad con lo previsto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al haberse encontrado procedente la denuncia planteada por la empresa codemandada formalizante, se anula el fallo y considera la Sala pertinente decidir el fondo de la controversia.

-

SENTENCIA DE MÉRITO

Alega el demandante que prestó servicios laborales, subordinados, de forma personal e ininterrumpida, bajo relación de dependencia, en un principio para la empresa “*RESTAURANT LA TERTULIA C.A.*”, donde se desempeñó en el cargo de mesonero desde el 01 de febrero de 1993, durante cinco (5) años, cuando finalmente fue trasladado directamente por el señor José López, en fecha 1° de febrero de 1998, para la empresa “*INVERSIONES LA CITA S.R.L.*”, en el que continuó prestando sus servicios laborales hasta el día 26 de septiembre de 2013, fecha en la que fue despedido sin justa causa.

Señala que en ambas empresas para la cual prestó servicios laborales, lo hizo en las mismas condiciones de trabajo, es decir, que desempeñó como mesonero para ambos restaurantes, en una jornada de martes a domingo y un (1) días de descanso que era el día lunes, en un horario comprendido desde las 12:00 m hasta las 10:30 p.m., tres (3) días a la semana y los otros tres (3) días, desde las 12:00 m hasta las 12:30 a.m.

Alega que en fecha 26 de septiembre de 2013, le prohibieron la entrada a su sitio de trabajo, específicamente en el Restaurant Inversiones La Cita S.R.L., desconociendo el Decreto a la Inamovilidad Laboral e incurriendo en despido injustificado, razón por la que reclama las prestaciones sociales que por derecho le corresponden y demás derechos laborales, así como las propinas recibidas.

Arguye que el salario que devengó era variable, conformado por salario fijo, mas servicio del 10%, propinas, bono especial por cierre de establecimiento y bote de basura, bono nocturno, horas extras, más días domingos y feriados; y, que el último salario normal mensual era de Bs. 55.268,03 y el último salario integral mensual era de Bs. 64.939,80.

Que por concepto de días domingos y feriados trabajados, le adeudan un monto de Bs. 623.034,89; que por concepto de lunes trabajados como día de descanso, le adeudan, la cantidad de Bs. 1.344.857,10; que por concepto de propinas le adeudan la cantidad de Bs. 443.158,09; que por bono nocturno le adeudan la cantidad de Bs. 302.208,69; que por horas extras nocturnas, le adeudan la cantidad de Bs. 1.574.003,61; que por prestación de antigüedad le adeudan la cantidad de Bs. 46.106,40; que por compensación por transferencia al 19 de junio de 1997, le adeudan la cantidad de Bs. 36.000,00; que por diferencia de vacaciones de los periodos desde el 1° de febrero 1994-2013, le adeudan la cantidad de Bs. 974.414,28; que por vacaciones fraccionadas periodo 2013 febrero-septiembre, le adeudan la cantidad de Bs. 58.031,51; que por diferencia de bono vacacional periodo desde el 1° de febrero 1994-2013, le adeudan la cantidad de Bs. 596.748,93; que por la fracción del bono vacacional 2013 (periodo febrero-septiembre) le adeudan la cantidad Bs. 28.242,14; que por concepto de utilidades periodos 1993-2012, le adeudan un monto de Bs. 553.787,50; que por la fracción de utilidades del año 2013, le adeudan la cantidad Bs. 55.268,10; que por sueldo por pagar en la segunda quincena de septiembre de 2013, le adeudan once (11) días de salario un monto de Bs. 20.264,97; que por indemnización por despido injustificado le adeudan tres millones novecientos noventa y tres mil ochocientos y ocho bolívares con ochenta y dos céntimos (Bs. 3.993.088,82); que por prestación dineraria le adeudan la cantidad de Bs. 8.232,93; que por descuento de cantidades recibidas a cuenta de prestaciones sociales en el año 2009 recibió la cantidad de Bs. 3.785,87; en el año 2011, Bs. 7.086,38; y que en el año 2012, la cantidad de Bs. 10.560,63; para un total de Bs. 21.432,88.

Contestación de la demanda de la empresa mercantil Inversiones La Cita, S.R.L.

-
La empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L., admitió la existencia de la relación laboral desde el 11 de febrero 1998; no obstante, negó y rechazó la existencia de un grupo de empresa entre dicha empresa y la sociedad mercantil Restaurant La Tertulia C.A.; que es falso que la relación de trabajo inició el 1° de febrero de 1993, tal y como quedó demostrado en fecha 8 de octubre de 2013, con la solicitud de reenganche y pago de los salarios caídos ante la Inspectoría del Trabajo, en la que el actor admitió como fecha de inicio de la relación laboral el 11 de febrero de 1998, así como quedó demostrada dicha fecha de inicio en los recibos de pago de liquidación de utilidades, en los recibos de liquidación de vacaciones de los años 2011-2012, así como en el de prestaciones sociales en los años 2011, 2010, 2012, 2009, 2008, 2007, 2006 y 2005; asimismo niega que la forma de terminación de la relación de trabajo fue por despido injustificado, ya que el trabajador no se presentó a su puesto de servicio el 2 de septiembre de 2013, por lo que se procedió a solicitar ante la Inspectoría del Trabajo, autorización de despido con fecha 1° de octubre de 2013; niega que el trabajador haya recibido algún monto por propina, por lo que desconoce el reclamo de dicho concepto; desconoce, igualmente el salario que alega como devengado desde el 1° de febrero de 1993, ya sólo admite el salario que devengó desde el 11 de febrero de 1998; niega que haya recibido el trabajador algún monto por porcentaje (10%) del servicio, por lo que desconoce el monto que por dicho concepto, reclama el trabajador; niega y desconoce el monto que señala el trabajador como adeudado por concepto de prestaciones sociales y los intereses; asimismo, que le adeude al trabajador 962 días por días domingos y feriados, así el monto determinado por día de descanso, ya que el salario con el que pretende se calculen todos los conceptos es irreal y exagerado; también rechaza las propinas; los montos por bono nocturno, por cuanto el trabajador nunca prestó servicios en horas nocturnas; rechaza que le adeude horas extras, ya el trabajador prestó servicios en el horario sellado por la Inspectoría del Trabajo; contradice que le adeude al demandante monto alguno por indemnización de antigüedad calculado con base a un irreal y exagerado salario, ya que le fueron pagados durante la relación de trabajo, anticipos por dicho concepto; que los montos que por compensación por transferencia reclama, son irreales, en razón de que la relación de trabajo se inició en fecha 11 de febrero de 1998.

Finalmente rechaza y contradice los montos que alega el trabajador por concepto de vacaciones fraccionadas por no estar de acuerdo con el salario alegado; bono vacacional en el periodo comprendido 1994-2013, ya que la relación de trabajo comenzó el 11 de febrero de 1988; el monto por concepto de bono vacacional fraccionado en el periodo 2013, en virtud de que el salario alegado es irreal; el monto por concepto de utilidades en los periodos 1993-2012, por cuanto la fecha de inicio de la relación de trabajo es el 11 de febrero de 1998; el monto por utilidades fraccionadas, ya que el salario con el que fue calculado dicho monto, es irreal y exagerado; el monto por concepto de la segunda quincena de septiembre de 2013, en razón de que el trabajador abandonó su puesto de trabajo sin ninguna justificación; y, el monto por concepto por despido injustificado, por cuanto el trabajador no se presentó a su sitio de trabajo después de disfrutar sus vacaciones.

Confesión ficta de la empresa codemandada Restaurant La Tertulia, C.A.

A los folios 68 y 69 de la pieza N° 1 pieza del expediente, se encuentra acta de fecha 15 de mayo de 2014, de la que se desprende que el Juez Quinto de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declaró confesa a la empresa codemandada Restaurant La Tertulia C.A., por no haber comparecido ni por sí, ni por medio de apoderado judicial a la audiencia preliminar.

El artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, dispone:

Artículo 131. Si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día, contra la cual, el demandado podrá apelar a dos efectos dentro de un lapso de cinco (5) días hábiles a partir de la publicación del fallo.

El Tribunal Superior del Trabajo competente decidirá oral e inmediatamente y previa audiencia de parte, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados a partir del día de recibo del expediente, pudiendo confirmar la sentencia de Primera Instancia o revocarla, cuando considerare que existieren justificados y fundados motivos para la incomparecencia del demandado por caso fortuito o fuerza mayor plenamente comprobables, a criterio del tribunal.

La decisión se reducirá a forma escrita y contra la misma será admisible el recurso de casación, si alcanzare la cuantía a la que se refiere el artículo 167 de esta Ley, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a dicha decisión.

En todo caso, si el apelante no compareciere a la audiencia fijada para decidir la apelación, se considerará desistido el recurso intentado.

Tal como se aprecia de la transcripción de la norma antes hecha, la incomparecencia del accionado a la audiencia preliminar hace presumir que los hechos demandados son ciertos y conforme a ello, luego de la revisión de las actas el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución sentencia la causa de conformidad a la confesión de la demandada, siempre que la pretensión no sea contraria a derecho. No obstante, si esa decisión es apelada por el demandado, debe probar que su ausencia fue justificada en razón de un caso fortuito o de fuerza mayor, supuesto en el cual, el juez de alzada podrá revocar el fallo dictado por el tribunal de instancia.

Contestación del demandado José María López Fernández

Niega y rechaza el codemandado de forma personal la existencia de una relación de carácter laboral, razón por la que alega falta de cualidad para sostener la presente demanda, en virtud de que el sustento utilizado en dicha demanda, es la sociedad que existe en la empresa “*que no es a la que prestaron servicios*”, es decir, que el actor para proponer la demanda de forma personal, debe tener interés judicial, circunstancia que no existen el caso bajo estudio, ya que el demandante pretende reunir en un solo sujeto pasivo, a varias personas naturales y otra jurídica, pretendiendo desconocer con quien realmente mantuvo una relación laboral.

Así pues niega de forma absoluta la existencia de una relación laboral con el demandante de forma personal sin que existiere a los autos pruebas que demuestren dicha relación, por lo que solicita se declare sin lugar la pretensión del demandante, ya que con el único sujeto procesal que tuvo un vínculo laboral, fue con la sociedad mercantil Inversiones La Cita S.R.L.

Contestación del demandado Higinio Alonso Estevez

Niega y rechaza el codemandado de forma personal la existencia de una relación de carácter laboral, razón por la que alega falta de cualidad para sostener la presente demanda, en virtud de que el sustento utilizado en dicha demanda, es la sociedad que existe en la empresa “*que no es a la que prestaron servicios*”, es decir, que el actor para proponer la demanda de forma personal, debe tener interés judicial, circunstancia que no existen el caso bajo estudio, ya que el demandante pretende reunir en un solo sujeto pasivo, a varias personas naturales y otra jurídica, pretendiendo desconocer con quien realmente mantuvo una relación laboral.

Así pues niega de forma absoluta la existencia de una relación laboral con el demandante de forma personal sin que existiere a los autos pruebas que demuestren dicha relación, por lo solicita se declare sin lugar la pretensión del demandante, ya que con el único sujeto procesal que tuvo un vínculo laboral, fue con la sociedad mercantil Inversiones La Cita S.R.L.

Del controvertido se desprende que si bien la empresa codemandada Inversiones La Cita, S.R.L., admitió la relación laboral y el cargo alegado por el demandante, rechaza y contradice la unidad económica con la empresa codemandada Restaurant La Tertulia C.A.; que la fecha de inicio de la relación es desde el 11 de febrero de 1998, por lo que niega y rechaza las diferencias reclamadas desde antes de dicha fecha real de inicio, que le adeude los conceptos de diez (10%) por consumo y propinas, ya que las mismas fueron devengas, así como niega la indemnización por despido injustificado, ya que el trabajador no se presentó en la fecha que le correspondía a su sitio de trabajo.

Asimismo, se desprende del controvertido que la empresa codemandada niega que al trabajador le adeude horas extras y bono nocturno en virtud de que su horario estuvo contemplado conforme al presentado en la Inspectoría del Trabajo, además que su labor la ejercía en horas diurnas, razón por la que debe el accionante demostrar tales condiciones en exceso. Asimismo debe demostrar el trabajador, que laboró de forma directa y personal con codemandados José María López Fernández e Higinio Alonso Estevez.

Ahora bien, con respecto a la carga de probar los alegatos expuestos por las partes, los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, establecen lo siguiente:

Artículo 72. Salvo disposición legal en contrario, **la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos.** El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo (...).

Artículo 135: Concluida la audiencia preliminar (...), el demandado deberá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda, determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. Se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales al contestar la demanda, **no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso.** (Resaltado de la Sala).

De acuerdo a lo expuesto en los artículos parcialmente transcritos, el régimen de distribución de la carga probatoria en materia laboral, se fijará de acuerdo con los términos en que la parte accionada de 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 tendrá 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.

Así, le corresponde demostrar a la codemandada Inversiones La Cita, S.R.L., por haber admitido la relación de trabajo, la inexistencia de la unidad económica con el Restaurant La Tertulia C.A., así como que el trabajador no laboró desde el 1° de febrero de 1993 y que la real fecha de inicio de la relación de trabajo, es 11 de febrero de 1998, y en ese sentido, demostrar que las diferencias de los conceptos laborales no le corresponde en razón del salario que alegó el demandante como devengado, ni que le corresponde el concepto de compensación por transferencia, así como que no devengó los conceptos de porcentaje por consumo, ni propina, y por último demostrar que al trabajador no le corresponde la indemnización por despido injustificado, horas extras, ni el pago de los días de descanso, domingos y feriados.

En ese sentido, esta Sala procederá a analizar las pruebas promovidas por las partes, a los fines de verificar los hechos alegados por ambas partes.

Pruebas demandante

-

A los folios 2 al 14 del cuaderno de recaudos N° 1 del expediente, se encuentran copias simples del documento constitutivo de las empresas Inversiones La Cita, S.R.L., registrada en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, bajo el N° 38, tomo 32-A, en fecha 26 de febrero de 1986, de las que se pueden evidenciar que los ciudadanos José María Fernández y Jaime Acero Acero, convinieron y constituyeron una compañía de responsabilidad limitada denominada Inversiones La Cita; que el objeto de la misma, es la explotación de negocios de bar restaurant; que el capital social cuenta con cuatrocientos mil bolívares divididos en cuatrocientos cuotas de participación de un mil bolívares cada una, pagados por los socios de la manera siguiente: 100 cuotas de participación para el socio José María López Fernández y 100 cuotas de participación para el socio Jaime Acero Acero; y que los administradores de la referida empresa son los ciudadanos José María Fernández y Jaime Acero Acero. Posteriormente, en fecha 16 de julio de 1996, los referidos socios suscribieron acta de asamblea extraordinaria de la que se desprende la modificación de la cláusula quinta, la cual establece el capital social de la compañía, la cual fue incrementada en un 1.200 cuotas de participación, distribuidas en 400 cuotas de participación para el socio Jaime Acero Acero, 400 cuotas de participación para el socio José María López Fernández y, 400 cuotas de participación para el nuevo socio Higinio Alonzo Esteves.

A los folios 15 al 19 del mismo cuaderno de recaudos N° 1 del expediente, se encuentra copia simple del documento constitutivo de la empresa Restaurant La Tertulia, C.A., registrada en el Registro

Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, en fecha 18 de junio de 1990, bajo el N° 28, tomo 78-A, del que se desprende que los ciudadanos Jaime Acero Acero y José María López Fernández, constituyeron una compañía denominada Restaurant La Tertulia, C.A.; que su objeto es la explotación de los ramos de restaurant, bar, cervecería, tasca y demás negocios de actividades similares; que el capital social es de 10.000 bolívares, divididos equitativamente en 5.000 bolívares para cada socio; que la administración de la compañía está cargo por ambos socios.

Dichas documentales no fueron impugnadas por los codemandados, razón por la que se les otorga valor probatorio conforme a los artículos 78 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

A los folios 20 al 28 del mismo cuaderno de recaudos, el demandante promovió copia simple de recibos de pagos, de los que se desprenden el nombre del demandante, el salario devengado desde el 16 de enero de 2010 hasta el 30 de abril de 2013, para la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L. Dichos recibos de pagos no fueron impugnados, razón por la que se les otorga valor probatorio conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

A los folios 29 al 37 del mismo cuaderno de recaudos se desprenden copias de cheques emitidos por la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L., al demandante, de los que se evidencian distintos montos desde el 3 de agosto de 2009 hasta el 4 de marzo de 2013. A dichas documentales se les otorga valor probatorio conforma al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

A los folios 41 al 44 del mismo cuaderno de recaudos se encuentran recibo de pago de utilidades del año 2012; recibo de pago de finalización de contrato y pago de prestación de antigüedad de los años 2009, 2011 y 2012, vacaciones, bono vacacional e intereses de la prestación de antigüedad, de los que se desprenden como fecha de ingreso el 11 de febrero de 1998 y los salarios promedios devengados en los referidos períodos, también se desprenden que dichas documentales se encuentran suscritas por el demandante. Las referidas documentales no fueron impugnadas por los codemandados, razón por la que se les otorga valor probatorio conforme a los artículos 78 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

Al folio 45 de la misma pieza, se encuentra denuncia presentada en fecha 8 de octubre de 2013, - folio H-1 del cuaderno de recaudos N ° 1-, por el Procurador de Trabajadores del Norte del Área Metropolitana de Caracas, en representación del demandante ante la Inspectoría del Trabajo, en razón de que a su juicio la empresa codemandada Restaurant Inversiones La Cita, S.R.L., cometió hacia su persona hechos irregulares en relación a la prestación de sus servicios laborales y de la cual se desprende específicamente que alegó como fecha de inicio de la relación de trabajo fecha 11 de febrero de 1998, desempeñando el cargo de mesonero, devengando un salario mensual de Bs. 2.900,00, más el beneficio de alimentación, cumpliendo una jornada de trabajo de martes a domingo,

en el horario comprendido de 12:00 M. a 12:00 P.M. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme al artículo 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

Al folio 46 de la misma pieza se encuentra copia simple de Planilla de cuenta Individual de la Dirección General de Afiliación y Prestaciones en Dinero Cuenta Individual del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, de la que se desprende que la empresa patronal del demandante es la empresa codemandada Inversiones La Cita, S.R.L. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en virtud de que no fue impugnada por los demandados. Así se decide.

Prueba de exhibición.

-
De conformidad con el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la parte demandante solicitó a la codemandada exhibición de originales de 1) Libro de Registro de Horas Extras; 2) Libro de Vacaciones; 3) Libro de Horario de Trabajo; al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), a los fines de verificar las declaraciones mensuales de ventas de las empresa demandadas; y, finalmente a la Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Capital, a los fines de que informe sobre las declaraciones de ventas brutas de las empresas demandadas.

Al folio 79 del mismo cuaderno de recaudos se desprende informe rendido por el Superintendente Municipal de Administración Tributaria, ciudadana María Claudia Durán, del que se desprende en relación a las reclamaciones brutas de las empresas Inversiones La Cita S.R.L. y Restaurant La Tertulia, C.A., que no aparece reflejada ninguna información en el sistema sobre la referida solicitud. Dicha documental no aporta nada a la resolución de la presente controversia, razón por la que se desecha. Así se decide

Prueba de informe

Conforme al artículo 81 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, promovió el demandante prueba de informe al Registro Mercantil Primero y Segundo del Distrito capital del Área Metropolitana de Caracas; a la Inspectoría del Trabajo a los fines de que informe sobre la existencia de un expediente que cursa por ante dicha dependencia y si cursa alguna denuncia realizada por el demandante. Al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), a los fines de que informen sobre las declaraciones de venta de las empresas demandadas; a la Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Capital, a los fines de que informe sobre las ventas brutas de las empresas demandadas; a las entidades bancarias Corp Banca, Exterior, Plaza, Provincial Banesco; y, al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, a los fines de que informe sobre qué empresa afilió al demandante en dicha Institución.

A los folios 8 y 12 de la pieza N° 2 del expediente, se encuentra informe de fecha 19 de diciembre de 2014, de la Licenciada Lucía Teresa Pérez Betancourt, Directora de Afiliación del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, del que se desprende que el trabajador se encuentra afiliado desde el 9 de enero de 1978, aparece que laboró en la empresa Inversiones La Cita S.R.L., desde el 4 de septiembre de 2004 hasta el 20 de julio de 2014; y,

que el trabajador no se encuentra registrado en el Restaurant La Tertulia C.A. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme al artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

A los folios 108 al 121 de la pieza N° 2 del expediente se encuentra informe presentado por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) de fecha 5 de noviembre de 2015, del que se desprende las declaraciones de impuesto al valor agregado desde el mes de enero de 2013 hasta el mes de septiembre de 2015 y desde el mes de abril de 2015 hasta el mes de septiembre de 2015, por la empresa codemandada Inversiones la Cita S.R.L., asimismo, que la empresa codemandada Restaurant La Tertulia C.A., no se evidencia presentación del impuesto al valor agregado. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme al artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

Al folio 151 de la misma pieza del expediente, se encuentra informe rendido por el Banco Provincial de fecha 11 de febrero de 2016, del que se desprende la existencia de un cheque girado por la empresa codemandada Inversiones la Cita S.R.L., por Bs. 8.142,00, a una cuenta de Banesco a nombre del demandante. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

Prueba de inspección judicial

Conforme a lo establecido en el artículo 111 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, solicitó la prueba de inspección en la sede de cada una de las empresas demandadas a los fines de verificar las ventas expedidas por la máquina registradora y autorización del SENIAT, a los fines de establecer la certeza jurídica sobre el cobro de los clientes del diez por ciento (10%) por servicio prestado.

Pruebas de la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L.

-

Documentales

A los folios 2 al 60 del cuaderno de recaudo N° 2, se encuentran recibos de pagos, no obstante los mismos no se encuentran suscritos por el demandante, por tal razón carecen de valor probatorio. Así se decide.

A los folios 61 al 69 del mismo cuaderno de recaudo, se desprende comprobantes de recibos de pagos suscritos por el demandante en el año 2008, de los que se desprenden que la empresa Inversiones La Cita S.R.L., le pagó unos montos al demandante. A dichas documentales se le otorga valor probatorio conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en virtud de que no fueron objetados por demandante. Así se decide.

A los folios 70 al 73 del mismo cuaderno de recaudos se encuentran originales de recibos de pago de utilidades del año 2012; recibo de pago de finalización de contrato y pago de prestación de antigüedad de los años 2009, 2011 y 2012, vacaciones, bono vacacional e intereses de la prestación de antigüedad, de los que se desprenden como fecha de ingreso el 11 de febrero de 1998 y los

salarios promedios devengados en los referidos períodos, también se evidencia que dichas documentales se encuentran suscritas por el demandante. Las referidas documentales ya fueron valoradas en virtud de que fueron promovidas por el demandante, en tal razón se reproduce el mérito probatorio. Así se decide.

A los folios 74 al 88 del mismo cuaderno de recaudos se desprenden originales de “*planillas de liquidación final de contrato de trabajo*”; suscritas por el accionante, de la que se evidencia liquidación de prestación de antigüedad; intereses de prestación de antigüedad; vacaciones; utilidades; de los que se observa que el cargo del trabajador era mesonero, que la fecha de ingreso es 11 de febrero de 1998 y que la empresa responsable del pago era Inversiones la Cita, S.R.L., asimismo se evidencia los salarios devengados y los anticipos por prestación de antigüedad pagados. A dichas documentales se les otorga valor probatorio conforme a los artículos 78 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide

A los folios 89 al 113 del mismo cuaderno de recaudos se encuentran originales de recibos de pagos suscritos por el demandante, de los que se desprenden que la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L., pagó distintos montos por salario al demandante desde el año 2004 hasta el 15 de agosto de 2013. A dichas documentales se les otorga valor probatorio conforme a los artículos 78 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide

A los folios 2 al 67 del cuaderno de recaudos N° 3 se encuentran originales de recibos de pagos suscritos por el demandante, de los que se desprenden que la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L., pagó distintos montos por salario al demandante desde el año 1998 hasta año 2011. A dichas documentales se les otorga valor probatorio conforme a los artículos 78 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

A los folios 68 al 70 del mismo cuaderno de recaudos N° 3 se desprende copia certificada de solicitud de calificación de falta presentada por el apoderado judicial de la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L., por abandono de trabajo del demandante, en virtud de que el trabajador después del disfrute de sus vacaciones desde el 2 de agosto de 2013, no se presentó en la fecha de incorporación -2 de septiembre de 2013-. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme al artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

A los folios 71 al 74 del mismo cuaderno de recaudos se encuentra consignación de horario de trabajo ante la Inspectoría del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 31 de mayo de 2013, por el codemandado Higinio Alonso Estévez, en su condición de socio de la empresa Inversiones La Cita S.R.L. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme a los artículos 77 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

Informes

La codemandada Inversiones La Cita, S.R.L., promovió conforme al artículo 81 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a la Inspectoría del Trabajo del Distrito Capital Norte, a los fines de que remita copia certificada del procedimiento de calificación de falta presentado en fecha 1° de octubre de 2013, así como de la solicitud del horario de trabajo; asimismo promovió prueba de informe a las entidades bancarias Exterior, Provincial, Plaza y Corp Banca, a los fines de verificar la bonificación percibida por concepto de porcentaje de servicio; y al SAIME a los fines de que informe sobre el movimiento migratorio desde el año 1998 hasta el 2013.

A los folios 60 al 74 del cuaderno de recaudos N° 5 se encuentra informe rendido por el Banco Exterior y copias de cheques librados por la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L., al demandante, de los que se desprende que el N° de cuenta 0115-0010-26-0100656807 pertenece sólo a Inversiones La Cita S.R.L.; asimismo se desprende informe en la que refiere copia certificada de cheque librados por la referida empresa codemandada al demandante. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme a los artículos 78 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

Al folio 226 de la pieza N°1 se encuentra informe rendido por el Banco Plaza de fecha 1° de diciembre de 2014, del que se desprende que el N° de cuenta 0138-0011-11-010216504, pertenece a la sociedad mercantil Inversiones la Cita, S.R.L. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme a los artículos 77 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

A los folios 259 y 260 de la pieza N° 1 del expediente se encuentran informe rendido por el ciudadano Edixo José López Gómez, en su condición de Director Nacional de Migración y Zonas Fronterizas, de los que se desprenden que el trabajador salió del país el 3 de agosto de 2013 a la Ciudad de Madrid-España y entró al aeropuerto de Maiquetía el día 21 de septiembre de 2013. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme a los artículos 78 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

A los folios 191 al 258 de la pieza N° 2 del expediente se encuentra informe de fecha 29 de julio de 2016, rendido por el Banco Provincial, del que se desprende que la cuenta corriente 0108-0023-40-0100090134 pertenece a la empresa codemandada Inversiones La Cita, S.R.L., asimismo se evidencian copias certificadas de cheques librados por la referida empresa codemandada Inversiones La Cita, S.R.L., al demandante. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme a los artículos 77 y 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

Prueba testimonial

De conformidad con el artículo 98 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, promueve la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L., promovió los siguientes testigos, a los fines de que rinda sus declaraciones: 1) David Mateos; Alberto Peña Padula; Fernando Fleszczynski; Eduardo Martínez Hidalgo; Willian Vivas; Edris Caceres; Xiolimar Polanco; y, Edgar Ernesto Escalante.

Una vez analizadas y valoradas las pruebas promovidas en el expediente, esta Sala procederá a determinar la procedencia o no de los conceptos demandados en el escrito libelar, no obstante debe pronunciarse en primer

lugar con relación a la unidad económica alegada por el demandante en el escrito libelar de las empresas codemandadas.

En ese sentido, observó la Sala del análisis de las pruebas promovidas por el demandante, específicamente de las copias simples de los documentos constitutivos de las empresas codemandadas Restaurant La Tertulia C.A. e Inversiones La Cita S.R.L., lo siguiente:

Del documento constitutivo de las empresas Inversiones La Cita, S.R.L., registrada en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, bajo el N° 38, tomo 32-A, en fecha 26 de febrero de 1986, se evidenció que los ciudadanos José María Fernández y Jaime Acero Acero, convinieron y constituyeron una compañía de responsabilidad limitada denominada Inversiones La Cita; que el objeto de la misma, es la explotación de negocios de bar restaurant; que el capital social cuenta con cuatrocientos mil bolívares divididos en cuatrocientos cuotas de participación de un mil bolívares cada una, pagados por los socios de la manera siguiente: 100 cuotas de participación para el socio José María López Fernández y 100 cuotas de participación para el socio Jaime Acero Acero; y que los administradores de la referida empresa son los ciudadanos José María Fernández y Jaime Acero Acero. Posteriormente, en fecha 16 de julio de 1996, los referidos socios suscribieron acta de asamblea extraordinaria de la que se desprende la modificación de la cláusula quinta, la cual establece el capital social de la compañía, la cual fue incrementada en un 1.200 cuotas de participación, distribuidas en 400 cuotas de participación para el socio Jaime Acero Acero, 400 cuotas de participación para el socio José María López Fernández y, 400 cuotas de participación para el nuevo socio Higinio Alonzo Esteves.

Por otra parte, se observa del documento constitutivo de la empresa Restaurant La Tertulia, C.A., registrada en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, en fecha 18 de junio de 1990, bajo el N° 28, tomo 78-A, que los ciudadanos Jaime Acero Acero y José María López Fernández, constituyeron una compañía denominada Restaurant La Tertulia, C.A.; que su objeto es la explotación de los ramos de restaurant, bar, cervecería, tasca y demás negocios de actividades similares; que el capital social es de 10.000 bolívares, divididos equitativamente en 5.000 bolívares para cada socio; que la administración de la compañía está cargo por ambos socios.

Respecto a la noción de grupo de empresas, esta Sala en sentencia N 242 de fecha 10 de abril de 2003 (caso: *Rafael Oscar Lara Rangel contra Distribuidora Alaska, C.A. y otras*), estableció:

En efecto, la noción de grupo de empresas **‘responde a una idea de integración hacia un fin específico de carácter económico en el que el denominador común es la dirección conjunta y una actividad concurrente**, quiere decir, que todas tienden al mismo resultado final aunque con diferentes acciones’ (Néstor de Buen, Grupos de empresas en el Derecho del Trabajo; Trabajo y Seguridad Social, Relaciones; U.C.A.B; Pág. 113).

En concreto, el grupo de empresas en su composición se caracteriza por **la sujeción a una administración o control común** en el marco de un sistema de acciones integrados que persiguen en definitiva, materializar un objetivo común (el económico).

Tal noción la recoge el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, enfatizando como se dijo, la responsabilidad solidaria de los integrantes del grupo de empresas, respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores. (Resaltado añadido).

Por otra parte, estableció esta Sala en sentencia N° 110 de fecha 11 de marzo de 2005 (caso: *Bernardo Walter Randich Morales contra Diversiones El Tolon, S.R.L. y otra*), lo siguiente:

Del análisis de los estatutos sociales de las empresas codemandadas se evidencia la existencia del grupo de empresas, **pues ambas desarrollan en conjunto actividades que evidencian su integración**, las cuales están relacionadas con parques de diversiones y cualquier otro derivado de su objeto principal, y por la otra, sus órganos de dirección están conformados en proporción significativa por las mismas personas, pues la ciudadana Rosina Murgano de Gammiero, posee el 50% por ciento de las acciones de la empresa Inversiones Gammiero Murgano, C.A., y 50 cuotas de participación en la empresa Diversiones Tolón S.R.L., **evidenciándose igualmente que los accionistas con poder decisorio son comunes en ambas empresas.** (Resaltado añadido).

Asimismo, esta misma Sala en sentencia N° 0119 de fecha 2 de marzo de 2010 (caso: *Belén Consuelo Rojas contra Salón de Belleza Margarita y otras*), estableció:

(...) considera preciso este Alto Tribunal verificar -además de este elemento-, de conformidad con el artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo si: **a) existe relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o si los accionistas con poder decisorios son comunes; b) las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; o c) desarrollen en conjunto actividades que evidenciaran su integración.**

De la revisión del Acta constitutiva y Estatutos Sociales de las sociedades mercantiles Team Estilist, C.A., Salón de Belleza Caritas, C.A. y Salón de Belleza Margarita, C.A., las cuales no fueron impugnadas por la parte actora, por lo que de conformidad con el artículo 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, adquieren valor de plena prueba, de cuyo contenido se desprende que fungen como accionistas de la primera de las indicadas los ciudadanos: Itrina Boccaccio Cilia, José Gregorio Díaz Martínez y Sparacio Fortunato (folios 90 a 93. 1° pieza); respecto a la segunda de las mencionadas fungen como accionistas los ciudadanos Dolores García de Cabañete y Juan Carlos Navarro Morales (folio 115 al 132. 1° pieza); y finalmente la sociedad mercantil Salón de Belleza Margarita C.A., esta registrada por los socios José Manuel Correia Alves y Luz del Cielo Barroca Da Silva (folios 56 al 65. 2da pieza).

En tal sentido, establece esta Sala que no existe relación de dominio accionario, ni coincidencia en cuanto a los accionistas de las distintas empresas demandadas, toda vez que “cada sociedad está integrada por personas naturales distintas”; asimismo, se observa que **las juntas administradoras u órganos de administración de las sociedades mercantiles Team Estilist, C.A., Salón de Belleza Caritas, C.A., y Salón de Belleza Margarita, C.A., no están conformados por las mismas personas.** (Resaltado Añadido).

Así pues, se desprenden de los criterios jurisprudenciales parcialmente transcritos que el grupo de empresas tiene como denominador común, la dirección conjunta de ellas, es decir, que debe existir relación de dominio accionario y coincidencia de los accionistas en empresas que sean demandadas para que se pueda declarar grupo de empresas y por ende unidad económica.

Siendo que en el caso bajo estudio se evidenció de las actas constitutivas de registro mercantil de las empresas Inversiones La Cita S.R.L. y Restaurant La Tertulia C.A., que los socios que las constituyeron son comunes en ambas empresas, tienen capital de acciones de manera significativa y equitativamente distribuidas, tienen el control de las mismas y desarrollan ambas actividades que evidencian su integración, razón por la que es evidente la presencia de unidad económica. Así se declara.

Ahora bien, una vez resuelto el primer alegato demandado por el trabajador como es la existencia de unidad económica entre las empresas demandadas, pasa esta Sala a pronunciarse sobre la procedencia de la demanda de forma personal contra los ciudadanos Higinio Alonso Esteves y José María López Fernández (quien en vida fue demandado y en el curso del proceso ocurrió su muerte, razón por la que se procedió a notificar a sus herederos para que se hicieran parte en el juicio).

Al respecto, establece el artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras del año 2012, lo siguiente:

Artículo 151.- El salario, las prestaciones e indemnizaciones o cualquier otro crédito adeudado al trabajador o la trabajadora con ocasión de la relación de trabajo, gozarán de privilegio y preferencia absoluta sobre cualquier otra deuda del patrono o patrona (...). Las personas naturales en su carácter de patronos o 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. Se podrá otorgar medida preventiva de embargo sobre los bienes del patrono involucrado o patrona involucrada.

Así pues, de la reproducción del artículo parcialmente transcrito se desprende que las personas naturales en su carácter de patrono o patrona y los accionistas son solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la relación laboral, sólo a los efectos de facilitar el cumplimiento de dichas obligaciones laborales.

En ese sentido, esta Sala ha establecido -entre otras- en sentencia N°724 de fecha 22 de julio de 2016 (caso: *Mariana Coromoto Guevara Mayz y otra contra Grupo de Especialidades Odontológicas Alto Centro, C.A. hoy Grupo Alto Centro, S.C. y otras*) lo siguiente:

(...) En relación con la falta de cualidad alegada por la ciudadana MICHELLE LAPADULA KOLOSOVAS se observa, **que ésta no logró desvirtuar el hecho que fuere accionista de la codemandada GRUPO DE ESPECIALIDADES ODONTOLÓGICAS GRUPO ALTO CENTRO, C.A., razón por la cual la presunción prevista en el artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras aplica en el presente caso y en consecuencia, debe tenerse a la citada ciudadana, solidariamente responsable de las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo** que existieran entre las accionantes y GRUPO DE ESPECIALIDADES ODONTOLÓGICAS ALTO CENTRO C.A. (...). (Resaltado de origen).

Entonces, para que se declare procedente conforme al criterio citado, la responsabilidad solidaria de las obligaciones derivadas de la relación laboral a los accionistas de una determinada empresa demandada, bastará con demostrar dicho carácter de accionistas.

En virtud de las consideraciones expuestas, y al haber quedado demostrado en autos la condición de accionista de la sociedad a la cual el trabajador prestó sus servicios, esta Sala declara procedente la responsabilidad solidaria de los accionistas de las empresas demandadas, ciudadanos Higinio Alonso Esteves y José María López Fernández, quien en vida fue demandado y en el curso del proceso ocurrió su defunción, razón por la cual son responsables solidarios sus herederos válidamente notificados en el juicio, por las obligaciones laborales que se declaren procedentes, en consideración que el artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras, establece la referida responsabilidad solidaria personal de los accionistas. Así se decide.

Ahora bien, procederá esta Sala a determinar si resulta procedente la demanda contra las empresas codemandadas y de ser así, verificar cuáles de los conceptos demandados resultan condenables.

En ese sentido, tal y como se evidenció en la primera parte de esta sentencia, el demandante pretende el pago de los conceptos laborales desde el año 1993, ya que a su decir, laboró en el Restaurant La Tertulia C.A., empresa solidariamente responsable conforme se decidió en el párrafo anterior.

Ahora bien, tal y como se enfatizó antes de entrar a analizar las pruebas promovidas por las partes, la distribución de la carga de la prueba, corresponde en principio a quien alegue una pretensión, es decir, quien pretenda se le reconozca un derecho, debe probarlo.

Al respecto, esta Sala en sentencia N° 1354 de fecha 4 de diciembre de 2012 (caso: *Giovanni Bonici contra Industria Láctea Venezolana, C.A (INDULAC). Tercero Interesado: Parmalat de Venezuela, C.A.*, señaló lo siguiente:

Con relación a la carga de la prueba, se observa que le corresponde a la parte demandada demostrar los hechos que afirmó en aplicación del artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con la presunción prevista en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone:

Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal.

En interpretación de la citada disposición legal, esta Sala de Casación Social, ha sostenido que en el proceso laboral el demandado tiene la carga de probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar las pretensiones del actor, y que, el régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral, conocido en la doctrina como "el principio de la inversión de la carga de la prueba", se distingue del principio procesal civil ordinario establecido en los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, respecto del cual, **corresponde al demandante alegar y probar los hechos constitutivos de su acción**; con esta forma de establecer la carga de la prueba en los juicios laborales no se infringe de modo alguno el principio general, debido a que la finalidad principal es proteger al trabajador de la desigualdad económica en que se encuentra frente al patrono, pues es éste quien dispone de todos los elementos

fundamentales que demuestran la prestación de servicio y otros conceptos, de no ser así, se generaría en el trabajador accionante una situación de indefensión. (Resaltado de la Sala).

En ese sentido, el demandante alegó en el escrito libelar que prestó servicios laborales, subordinados, de forma personal e ininterrumpida, bajo relación de dependencia, en un principio para la empresa RESTAURANT LA TERTULIA C.A., donde se desempeñó en el cargo de mesonero desde el 1° de febrero de 1993, durante cinco (5) años, es decir hasta el 1° de febrero de 1998, cuando comenzó a laborar para la empresa INVERSIONES LA CITA S.R.L., en el que continuó prestando sus servicios laborales hasta el día 26 de septiembre de 2013.

Ahora bien, esta Sala observó de la pruebas aportadas por las partes, las cuales se analizaron detenidamente, específicamente de la denuncia presentada en fecha 8 de octubre de 2013, -folio H-1 del cuaderno de recaudos N ° 1-, por el Procurador de Trabajadores del Norte del Área Metropolitana de Caracas, en representación del demandante ante la Inspectoría del Trabajo, que alegó como fecha de inicio de la relación de trabajo fecha 11 de febrero de 1998, desempeñando el cargo de mesonero, devengando un salario mensual de Bs. 2.900,00, más el beneficio de alimentación, cumpliendo una jornada de trabajo de martes a domingo, en el horario comprendido de 12:00 M. a 12:00 P.M., en la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L.

Asimismo, del análisis de las demás pruebas del expediente no se evidencia alguna prueba que certifique que ciertamente el demandante laboró para el Restaurant La Tertulia C.A., ya que dichas pruebas, como: recibos de pagos de salario, utilidades, vacaciones, prestación de antigüedad, informes de las entidades bancarias, planilla de afiliación del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, de la Alcaldía del Distrito Metropolitana de Caracas y del SENIAT, lo que demuestran es que laboró desde el 11 de febrero de 1998, fecha en la que inició su relación laboral con la empresa codemandada Inversiones La Cita S.R.L., lo cual evidentemente quedó demostrado en el debate probatorio como fecha de inicio de la relación laboral, hasta el 26 de septiembre de 2013, fecha en la cual culminó su relación laboral; observando asimismo la Sala -como precedentemente se indicó- que el trabajador demandante al ampararse con el fuero de inamovilidad, ante la Inspectoría del Trabajo, indicó en dicha solicitud que sólo trabajó para la empresa La Cita S.R.L., alegando como fecha de ingreso el día 11 de febrero de 1998, sin embargo cuando acudió a la jurisdicción del trabajo demandó a una nueva empresa en forma solidaria, alegando una nueva fecha de inicio de la relación laboral con el Restaurant La Tertulia C.A.

En este orden de ideas, si bien la empresa La Tertulia C.A., no compareció durante el proceso, lo que hace presumir una admisión de los hechos, no obstante al no quedar demostrada con prueba alguna que la relación de trabajo se haya iniciado con ella en el año 1993, o con la empresa compareciente en juicio la Cita S.R.L., resultaría contrario a derecho condenarlas al pago de las prestaciones sociales con fecha anteriores a 1998, que fue la fecha que quedó demostrada en el debate probatorio sostenido en la presente causa por el demandado.

Al respecto, tal y como se determinó en la *prima face* de la presente sentencia, la demandada contumaz tiene la oportunidad de impugnar la admisión de los hechos, argumentando la ilegalidad de la acción o en la afirmación de que la pretensión es contraria a derecho, demostrando con pruebas fehacientes que lo que dice el demandante no es tal, como se desprende de las pruebas aportadas.

Así pues, tal y como se argumentó en el presente caso, la demandada citó una prueba -folio H-1 de cuaderno de recaudos N° 1, específicamente en denuncia presentada ante el Procurador de Trabajadores del Norte del Área Metropolitana de Caracas-Inspectoría del Trabajo- en la que quedó demostrado que el trabajador comenzó a prestar sus servicios como mesonero a partir del 11 de febrero de 1998 y no en la fecha alegada en el escrito libelar, por lo que conforme al criterio jurisprudencial de esta Sala Social N° 115 de fecha 17 de febrero de 2004, citada *ut supra*, la pretensión del demandante resulta contraria a derecho por no estar sus hechos acreditados y no guardar relación con los hechos probados.

En atención a lo antes expuesto, se procederá a analizar los conceptos que resultaren procedentes, desde la fecha que fue demostrada como fecha de inicio de la relación laboral, es decir, desde el 11 de febrero de 1998 hasta el 26 de septiembre de 2013, fecha de culminación de la relación laboral. Así se decide.

En ese sentido, se procede a realizar los cálculos matemáticos de diferencia de los conceptos laborales que corresponden al trabajador, tomando en consideración los recibos de pagos analizados precedentemente que reflejan los anticipos que realizó la demandada al accionante, no obstante esta Sala entrará a determinar si los conceptos exorbitantes reclamados en el escrito libelar, fueron demostrados, a los fines de declarar la procedencia o no de los mismos.

Así pues el demandante, tal y como se hizo referencia en el mérito de la controversia, reclamó los conceptos de propina; 10% del servicio por consumo; bono especial por cierre y bote de basura; horas extras nocturnas; días de descanso; y, días domingos y feriados.

En ese sentido, esta Sala ha sostenido de forma pacífica que, cuando se alegan en la demanda condiciones o acreencias distintas o en exceso de las legales, es necesario exponer y analizar las demostraciones y razones de hecho y de derecho conforme a las cuales sean o no procedentes los conceptos y montos correspondientes.

Respecto al concepto de propinas y al 10% de consumo, señala el demandante que el salario que devengó durante la relación de trabajo, estaba compuesto, además de las propinas y del 10% de consumo, por otros conceptos, en ese sentido, esta Sala pasa a determinar si al trabajador le corresponde o no el pago de dichos conceptos.

Tal y como se analizaron precedentemente los recibos de pagos que aportaron tanto el demandante -folios 20 al 28 del cuaderno de recaudos N° 1 del expediente- como la empresa demandada -folios 91 :

113 del cuaderno de recaudo N° 2- y que adquirieron pleno valor probatorio, se evidenció que el salario que devengó el demandante desde el 16 de enero de 2010 hasta el 30 de abril de 2013, estaba compuesto por salario mínimo mensual decretado por el Ejecutivo Nacional, algunos días feriados y algunos días domingos, más no se evidencia que estaba compuesto por el concepto de propinas y el porcentaje de consumo.

Respecto al 10% por ciento de consumo reclamado por el trabajador, esta Sala en sentencia N° 0001 de fecha 19 de enero de 2016 (caso: *Benjamín Maldonado Sarmiento* contra *Inversiones La Cita, S.R.L.*) estableció como demostrado que la referida empresa demandada cobraba el 10% de consumo, de la manera siguiente:

Por otra parte, en lo que respecta al porcentaje sobre el consumo, se observa de las facturas fiscales cursantes a los autos (folios 10, 11 y 12 del Cuaderno de Recaudos Nro. 1), **que la entidad de trabajo demandada cobraba a sus clientes el diez por ciento (10%) sobre el consumo, por lo que efectivamente dicho concepto debe computarse como parte del salario. (Resaltado añadido).**

En ese sentido, siendo que al haber resuelto esta Sala que la empresa demandada Inversiones La Cita S.R.L. cobraba el concepto de porcentaje por consumo, se declara procedente el mismo y para ello se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo a ser practicada por un único experto que será designado por el Juzgado de Sustanciación, Mediación y Ejecución competente, cuyos honorarios serán sufragados por la parte accionada a efecto de que determine el monto devengado por el accionante por concepto de porcentaje sobre el consumo, y a que quede establecido el salario normal y su incidencia en el resto de los conceptos reclamados, entonces, el experto deberá realizar dicho cálculo del referido concepto condenado. Para la determinación del diez por ciento (10%) por el servicio prestado al cliente, el experto deberá solicitar a la entidad de trabajo demandada el reporte de ventas anuales y cualesquiera otros documentos, libros de contabilidad, facturas, de los cuales se pueda servir para establecer, de manera precisa, los ingresos obtenidos por la demandada mes a mes por cobro de porcentaje sobre consumo en las ventas, en el período comprendido entre el 11 de febrero de 1998 hasta el día 26 de septiembre de 2013, asimismo deberá suministrar la nómina de empleado mensual, así una vez obtenga el monto percibido por porcentaje sobre el consumo, deberá dividirlo entre la cantidad de empleados habidos en nómina en el mes a calcular, el resultado de dicho cálculo deberá ser adicionado al salario mínimo recibido por el accionante. Así se decide.

Adicionalmente, se debe tomar en consideración que respecto a los conceptos de porcentaje sobre el consumo y de propina, los artículos 134 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 (aplicable *rationae tempore*) y 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, prevén que “*en los locales en que se acostumbra cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario, en la proporción que corresponda a cada trabajador o trabajadora de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso*” asimismo con respecto a la propinas, dichas normas (ambas con idéntico contenido) establecen lo siguiente:

(...) Si el trabajador o trabajadora, recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considerará formando parte del salario un valor que para él o ella representa el derecho a percibir las, el cual se estimará por convención colectiva o por acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre el patrono o patrona y el trabajador o trabajadora la estimación se hará por decisión judicial.

El valor que para el trabajador o trabajadora representa el derecho a percibir la propina, **se determinará considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador o la trabajadora, la categoría del local y demás elementos derivados la costumbre o el uso.** (Resaltado añadido).

Así que, conforme a las normas enunciadas, en aquellos lugares o establecimientos comerciales donde por razones de costumbre o de uso local, el trabajador recibiera propinas, las mismas se consideraran parte del salario.

Al respecto, esta Sala en sentencia N° 0273 de fecha 06 de abril de 2017 (caso: *Yorgenis Rangel Rivero contra Inversiones Merto, C.A. empresa encargada de la explotación del Fondo de Comercio "IL Caminetto Restaurant" y otra*), determinó con respecto al concepto de propinas, lo siguiente:

(...) Asimismo, establece la norma que en los locales en que por **costumbre o uso** el trabajador **recibiera propinas, por la cantidad y calidad del servicio, el valor que representa el derecho a percibir las,** y no las cantidades pagadas voluntariamente por los clientes-, **formará parte del salario normal** del trabajador. Dicho valor será el **estimado por convención colectiva o por acuerdo** entre el empleador y el trabajador y, sólo **en caso de desacuerdo** entre partes, es que **la estimación se hará por decisión judicial, tomando en cuenta** los criterios señalados para su cuantificación, entre los cuales se destacan: la calidad del servicio; el nivel profesional, la productividad del trabajador, la categoría del local y demás elementos derivados de la costumbre o el uso.

De igual modo, aprecia la Sala que **el contenido del artículo 108** de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, **no hace distinción sobre qué tipo de trabajadores deben considerarse como beneficiario de la propina, pues, ello está regulado por el uso o la costumbre**, por lo que dicho concepto puede ser repartido entre todos los trabajadores de un local, o solamente entre los que prestan atención directa al cliente.

Así pues, al haber negado **la parte demandada** la procedencia del concepto con fundamento, en que dadas las funciones ejecutadas por el actor "*Pastero*" o "*Ayudante de Cocina*", no estaba en contacto directo con los clientes y quien manejaba el control de las propinas era el capitán de mesoneros; **debía el trabajador demostrar: i)** el uso y costumbre en la demandada de repartir las propinas entre todos los trabajadores que prestaban sus servicios -incluidos los del personal del área de cocina- **ii)** que el reparto de las propinas estaba en control de la demandada y **iii)** que recibió la parte que alega que le correspondía de la distribución de las propinas de forma consuetudinaria.

Entonces, conforme al referido criterio jurisprudencia, esta Sala declara procedente las propina reclamadas por el trabajador, tomando en consideración el uso y la costumbre, en virtud de que la empresa demandada –Inversiones La Cita S.R.L.– es una empresa constituida hace más de 10 años, de conocido renombre y ubicación, es decir, que conforme al criterio jurisprudencial y de los artículos citados, es un local de categoría; asimismo, no es un hecho controvertido que el demandante fue mesonero, que tenía contacto directo con los clientes y, que tuvo más de quince (15) años laborando por dicha empresa demandada, lo que denota responsabilidad, calidad de servicio y productividad, aunado al hecho de que la empresa demandada es un local dedicado al servicio de bar-restaurant, que por uso y costumbre los clientes generalmente dejan propinas, por tal razón, el experto perito nombrado deberá para determinar el monto que por concepto de propinas corresponde al trabajador en su salario mensual para ello deberá solicitar a la entidad de trabajo demandada el reporte de ventas anuales, y cualesquiera otros documentos, libros de contabilidad, facturas, de los cuales se pueda servir para establecer, de manera precisa, los ingresos obtenidos por el cobro de propinas, en el período comprendido entre el 11 de febrero de 1998 hasta el día 2

de septiembre de 2013, asimismo deberá suministrar la nómina de empleado mensual, así una vez obtenga el monto percibido por propinas, deberá dividirlo entre la cantidad de empleados habidos en nómina en el mes a calcular, el resultado de dicho cálculo deberá ser adicionado al salario mínimo recibido por el accionante. Así se declara.

En el supuesto que la demandada no suministre al experto contable, los datos para realizar los correspondientes cálculos anteriormente descritos, (10 % de consumo y propinas) deberá tomar en cuenta, los montos establecidos en el escrito libelar (*Vid.* folios del 1 al 45). Así se declara.

Respecto al concepto de bono especial por cierre y bote de basura, esta Sala observó en el escrito de prueba a los folios 85 al 93 de la pieza N° 1 del expediente, que el demandante señala en el punto “*TERCERO Promovemos y Consignamos mercado E-1 hasta E-31, un total de doce (12) folios útiles correspondientes a veintiséis (26) copias de cheques emitidos y pagados al actor, así como cinco (5) planillas bancarias de depósitos en copias al carbón (entregadas al cliente bancario), por concepto de BONO ESPECIAL POR CIERRE Y BOTE DE BASURA, emanados de INVERSIONES LA CITA, S.R.L. (...).*

A los folios 20 al 40 del cuaderno de recaudos N° 1 del expediente se encuentran copias simples de cheques emitidos por la empresa demandada al demandante por distintos montos desde el mes de agosto de 2009 hasta el 3 de septiembre de 2013; asimismo, se desprende copias de depósitos en cuenta bancaria del demandante en la entidad bancaria Banesco.

Por otra parte, se desprenden a los folios 226 al 258, 194 y 252 de la pieza N° 1 y 2 del expediente respectivamente, informes de las entidades bancarias Banco Plaza de fechas 1° de diciembre de 2014 Banco Provincial de fecha 29 de julio de 2016, consignando copias de cheques del Banco Plaza y Banco Provincial, a nombre del demandante por la empresa Inversiones La Cita S.R.L., así como de los folios 1 al 70, del cuaderno de recaudos N° 5 de las entidades bancarias Banco Occidental de Descuento Exterior, de fechas 23 de diciembre de 2014 y 30 de enero de 2015, respectivamente, se desprende estados de cuentas y cheques a nombre del demandante por la referida empresa demandada.

Por su parte la demandada en la contestación de la demanda, rechazó la composición del salario mensual alegado por el demandante como devengado, específicamente, negó que los referidos conceptos bono de cierre y bote de basura formaran parte del mismo, no obstante alegó como hecho nuevo que de los recibos de pagos aportados a los autos, se podía determinar cómo estaba compuesto el salario mensual devengado por el trabajador.

Así pues, se evidencian de las pruebas aportadas por las partes, específicamente de los comprobantes de pagos a los que se les otorgó valor probatorio cursante en los cuadernos de recaudos N° 2 y del cuaderno de recaudos N° 3, que la demandada demostró que el salario que devengó el trabajador no se encontraban los conceptos de bono de cierre y bote de basura, ni tampoco se evidenció de la prueba de informes promovida por el demandante, que los cheques y depósitos realizados por la empresa demandada al demandante, correspondían al pago de los referidos conceptos, que arguyó el

demandante en el escrito libelar como parte del salario mensual devengado, razón por la que al no demostrar que en el salario mensual devengado se encontraba el concepto de bono especial por cierre bote de basura, resulta improcedente. Así se decide.

En relación a las horas extras nocturnas reclamadas por el trabajador, alegó en el escrito libelar que laboró unos días desde las 12:00 m hasta las 10:30 p.m., y desde las 12:00 m hasta las 12:30 a.m., razón por la que el patrono le adeuda 100 horas extras nocturnas semanales. Por su parte, la demandada tal como se desprende del controvertido, rechazó tal petición, en virtud de que conforme al horario de trabajo presentado ante la Inspectoría del Trabajo, el trabajador pertenecía al primer grupo.

Así pues que, conforme al artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevo hecho en el caso bajo estudio se observa que la demandada se excepcionó del pago del concepto de horas extras nocturnas alegando un hecho nuevo al señalar que el trabajador pertenecía al primer grupo.

Del escrito de promoción de pruebas, se evidenció que el demandante solicitó la exhibición del Libro de Horas Extras y del Libro de Horario de Trabajo, no obstante no se desprende de las actas de expediente que haya promovido el Libro de Horas Extras, pero sí promovió a los folios 71 al 74 de cuaderno de recaudos N° 3, el horario de trabajo que fue presentado ante la Inspectoría del Trabajo Seguridad Social del Distrito Capital Municipio Libertador, en fecha 31 de mayo de 2013, del que se puede evidenciar lo siguiente:

Horario de trabajo
PRIMER TURNO
(COCINA Y MANTENIMIENTO-GRUPO 1)
(OMISSIS)
DESCANSO INTRAJORNADA
(OMISSIS)
SEGUNDO TURNO
(OMISSIS)
DESCANSO INTRAJORNADA
(OMISSIS)
TURNO-OFICINA
DESCANSO INTRAJORNADA
PRIMER TURNO
(MESONEROS-GRUPO 1)
DE LUNES A VIERNES
12:00 P.M. A 3:30 P.M.
4:30 P.M. A 8:00 P.M.
(...)

No resultó un hecho controvertido que el actor era mesonero de la empresa demandada, por tal razón al demandante le correspondía el horario de mesonero, y tal y como lo alegó la demandada pertenecía al grupo 1.

Respecto a la jornada nocturna, el artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, establece:

Artículo 195.- Salvo las excepciones previstas en esta Ley, la jornada diurna no podrá exceder de (8) horas diarias, ni de cuarenta y cuatro (44) semanales; la jornada nocturna no podrá exceder de siete (7) horas diarias, ni de cuarenta (40) semanales; y la jornada mixta no podrá exceder de siete y media (7 ½) horas por día, ni de cuarenta y dos (42) por semana.

Se considera jornada diurna la cumplida entre las 5:00 am y las 7:00 pm.

Se considera como jornada nocturna la cumplida entre las 7:00 pm y las 5:00 am.

Se considera como jornada mixta la que comprende períodos de trabajo diurnos y nocturnos.

Cuando la jornada mixta tenga un período nocturno mayor de cuatro (4) horas, se considerará como jornada nocturna.

Por su parte, el artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras de año 2012, establece los límites de la jornada de trabajo de la manera siguiente:

Artículo 173.- La jornada de trabajo no excederá de cinco días a la semana y el trabajador o trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor.

La jornada de trabajo se realizará dentro de los siguientes límites:

1. La jornada diurna, comprendida entre las 5:00 a.m. y las 7:00 p.m., no podrá exceder de ocho horas diarias ni de cuarenta horas semanales.

2. La jornada nocturna, comprendida entre las 7:00 p.m. y las 5:00 a.m. no podrá exceder de siete horas diarias ni de treinta y cinco horas semanales. Toda prolongación de la jornada nocturna en horario diurno se considerará como hora nocturna.

3. Cuando la jornada comprenda períodos de trabajos diurnos y nocturnos se considera mixta y no podrá exceder de las siete horas y media diarias ni de treinta y siete y media semanales. Cuando la jornada mixta tenga un período nocturno mayor de cuatro horas se considerará jornada nocturna en su totalidad.

Así pues, conforme a las normas expuestas y a los alegatos hechos por la empresa demandada, el trabajador laboró en una jornada mixta, ya que prestó sus servicios, en el horario diurno -12:00 m. hasta las 7:00 p.m.- y una hora nocturna diaria -7:00 p.m. a 8:00 p.m.-; no obstante, la demandada al haber admitido que el trabajador laboró una (1) hora nocturna -07:00 p.m. a 8:00 p.m.-, pero sin poder revertir el horario alegado por el demandante en el escrito libelar, se considera como cierto que el trabajador laboró en una jornada de martes a domingo en un horario comprendido desde las 12:00 m hasta las 10:30 p.m., tres (3) días a la semana y los otros tres (3) días, desde las 12:00 m hasta las 12:30 a.m., así pues que el actor laboró en tres (3) días de la semana diez horas y media (10 ½) y en los otros tres (3) días laboró, doce horas y media (12 ½), en consecuencia, superando el límite de horas diarias y semanales contemplado en las referidas normas, ya que conforme al alegato del demandante laboró (27) horas extras nocturnas semanales, lo que arroja un total de ciento ochenta y ocho (108) horas extras nocturnas mensuales, las cuales debe pagar la empresa Inversiones La Cita S.R.L., al trabajador. Así se decide.

Ahora bien, en relación al bono nocturno, tal y como quedó establecido precedentemente, el actor laboró semanalmente en horas nocturnas, por lo tanto le corresponde un recargo del 30% sobre el salario devengado en el horario diurno conforme con lo establecido en el artículo 117 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras. La determinación del monto que le corresponde al actor por este concepto se realizará, igualmente por experto contable, debiendo éste calcular el monto generado por bono nocturno mensualmente, para el referido cálculo deberá tomarse en cuenta el salario normal devengado por el accionante mensualmente.

a mes -salario mínimo nacional, más porcentaje sobre el consumo y propinas-, desde el 11 de febrero de 1998 hasta el 26 de septiembre de 2013. Así se decide.

Respecto a los días domingos y feriados, el actor reclamó en el escrito libelar que la empresa demandada le adeuda 962 días domingos y feriados; por su parte la demandada en la contestación de la demanda, niega la referida deuda, rechazando por ser incierto que el trabajador haya laborado en los días domingos y feriados.

En ese sentido, por ser los días domingos y feriados le corresponde al trabajador demostrar su labor en dichos días, en virtud de ser dicho concepto acreencias en exceso y haber sido negado por la demandada de forma absoluta.

Sin embargo, se desprende de las actas procesales que el demandante y la empresa demandada promovieron recibos de pagos en los cuadernos de recaudos N° 1 y N° 2, respectivamente, siendo que los mismos fueron debidamente valorados por encontrarse suscritos y no haber sido impugnados por la parte contraria, de los que se desprenden y se evidencian, que el demandante laboró algunos días domingos y feriados, ya que se demuestran el pago por parte de la demandada de dichos días, razón por la que la demandada de forma específica y detallada demostró cuáles días domingos y cuáles días feriados fueron los que no laboró, siendo que los recibos promovidos sólo reflejan el pago de los años 2011, 2012 y 2013, en consecuencia, se declara procedente el pago de los días domingos y feriados de los demás años de la relación de trabajo, ordenándole al experto contable ya nombrado, solicitar a la entidad de trabajo demandada el libro de asistencia de los empleados o en su defecto la relación de los empleados que asistieron los días domingos y de descanso desde el 11 de febrero de 1998 hasta el 26 de septiembre de 2013, posteriormente del *quantum* total, descontar los debidamente pagados, conforme a lo establecido en los artículos 217 y 218 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 aplicable *rationae tempore* y 120 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras. En el supuesto que la demandada no suministre al experto contable, los datos para realizar el correspondiente cálculo, deberá tomar en cuenta los montos establecidos en el escrito libelar (*Vid.* folios 4 y 5 y sus vueltos). Así se declara.

En relación con los días de descanso reclamados, alega el demandante que la empresa demandada le adeuda la cantidad de un millón trescientos cuarenta y cuatro mil ochocientos cincuenta y siete bolívares (Bs. 1.344.857,00), y que laboró desde el inicio de la relación de trabajo, los días de descanso. Por su parte, la empresa demandada niega que el actor haya laborado en los días de descanso y que por tal razón no le adeude los mismos.

En ese sentido, tal y como quedó establecido precedentemente cuando se resolvió el pago de horas extraordinarias nocturnas, el trabajador laboró en un horario de martes a domingo, al respecto establece el ya analizado artículo 17 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, que “*La jornada de trabajo no excederá a cinco días de la semana y el trabajador tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor*”; en este caso, el trabajador laboró seis (6) días a la semana, razón por la que *ut supra* se condenó el pago del día de descanso del trabajador -domingos- no obstante no se desprende de las actas procesales

que haya laborado el otro día de descanso semanal, es decir el día lunes, por tal razón se declara improcedente el pago de los días lunes como día de descanso. Así se decide.

Respecto a la indemnización por despido injustificado señaló el actor en el escrito libelar que la relación de trabajo terminó por despido injustificado, en virtud de que una vez que regresó de su período vacacional fue impedido el acceso a la empresa demandada, porque a su juicio no se presentó en la fecha que le correspondía -2 de septiembre de 2013- sino el 26 de ese mismo mes y año, sin considerar que gozaba de días adicionales de vacaciones en virtud de lo contemplado en el artículo 176 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, es decir que cuando el trabajador labore seis (6) días continuos, será compensado con un (1) día adicional remunerado de disfrute en el período vacacional por cada semana trabajada, que contando un día (1) adicional desde el mes de mayo, tenía pendiente 1 día de disfrute, además que en el procedimiento administrativo de calificación de faltas iniciado por la empresa Inversiones La Cita S.R.L., no hubo un pronunciamiento administrativo sobre el supuesto abandono de trabajo que argumenta la demandada.

Tal y como se observó en las pruebas promovidas por las partes, específicamente de la copia certificada de la solicitud de calificación de falta ante la Inspectoría del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas -folios 68 al 7 del cuaderno de recaudos N° 3 del expediente - de la misma se desprende que el trabajador se encontraba disfrutando de sus vacaciones desde el día 2 de agosto de 2013 y que debía reintegrarse el 2 de septiembre del mismo año, es decir treinta días posteriores a la fecha de salida.

Al respecto, también se evidenció a los folios 200-201-259 y 260 de la pieza N° 1 del expediente, informe rendido por el Director Nacional de Migración y Zonas Fronterizas, de fecha 20 de noviembre de 2014, que reflejó que el ciudadano José Luis García López, salió de nuestro País en fecha 3 de agosto de 2013 e ingresó en fecha 21 de septiembre de 2013.

El artículo 79 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, establece en su literal j), lo siguiente:

Artículo 79.- Serán causas justificadas de despido, los siguientes hechos del trabajador o trabajadora:

(*Omissis*)

j) Abandono del trabajo.

(*Omissis*)

Se entiende por abandono del trabajo:

(*Omissis*)

c) a falta injustificada de asistencia al trabajo de parte del trabajador o trabajadora que tuviere a cargo alguna tarea o máquina, cuando esa falta signifique una perturbación en la marcha del proceso productivo, la prestación del servicio o la ejecución de la obra.

Así pues, se observa de las pruebas aportadas, que efectivamente el trabajador se incorporó a su puesto de trabajo el 26 de septiembre de 2013, es decir, veinticuatro (24) días después a la fecha correspondiente -2 de septiembre de 2013-, razón por la que se evidencia un abandono de trabajo, siendo que sí el actor, tal y como lo alegó, tenía días adicionales que podían ser imputados al tiempo de disfrute de las vacaciones, debía solicitar por escrito a la demandada dicha autorización, a los fines de que ésta, en caso de corresponderle, suscribiera la misma, y de esa forma poder alegar, si fuera el caso, lo injustificado del despido, por lo que al no haber demostrado dicha circunstancia, se declara la improcedencia de la indemnización por despido injustificado. Así se decide.

Ahora bien, ya verificada la procedencia o no de los anteriores conceptos, esta Sala pasa a determinar la diferencia de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales de carácter ordinario, tomando en consideración las incidencias en el salario ordenadas precedentemente, para ello es necesario tomar en consideración, tal y como fue decidido, el actor comenzó a prestar servicios para la empresa Inversiones La Cita S.R.L., en fecha 11 de febrero de 1998 y culminó por abandono del trabajo el 26 de septiembre de 2013, es decir que la relación de trabajo tuvo una duración de quince (15) años, siete (7) meses y quince (15) días, razón por la que se debe también tomar en consideración que la relación comenzó con la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 y terminó con la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras.

En ese sentido, se procede a realizar dicho cálculo conforme al salario integral diario, evidenciado en los recibos de pagos semanales promovidos por ambas partes, el cual está compuesto por el salario mensual normal (compuesto por salario mínimo nacional, porcentaje sobre consumo, propinas, bono nocturno, la incidencia de la parte variable en los días feriados y domingos y las horas extras devengadas por el accionante); al que se le adicionará la alícuota de utilidades (con base en 40 días por año pagados por la demandada conforme a los folios 42 y 43 del cuaderno de recaudos N°1) y bono vacacional (con base a 31 días por cada año conforme al folio 44 del cuaderno de recaudos N°1) a los fines de obtener el salario integral mensual más las incidencias bono vacacional y utilidades, que se calcularán, tomando lo que corresponde anualmente por tales conceptos y dividirlo entre los 360 días del año, el resultado sumarlo al respectivo salario diario y de allí se obtiene el salario integral diario.

Así pues, determinado por el experto contable el salario diario integral devengado por el trabajador durante la relación laboral, le corresponde a esta Sala determinar que para el cálculo de las prestaciones sociales, conforme lo correspondiente al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, se deberá considerar después del tercer mes de servicio, 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 establece 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.

En ese sentido, los artículos 141 y 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, lo siguiente:

Artículo 141.- Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho 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.

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, 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 depositara 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. (...).

Entonces, según lo dispuesto en el artículo 142 literales a) y b) de la referida Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, los cálculos por concepto de prestación de antigüedad se realizaran tomando quince (15) días cada trimestre multiplicados por el salario integral devengado en el respectivo mes, más dos (2) días adicionales de salario después del primer año de servicio acumulativo hasta treinta días; y, posteriormente conforme al literal c) se deberá tomar en consideración que por una antigüedad de quince (15) años siete (7) meses (fracción superior a seis meses) y quince (15) días, le corresponderían cuatrocientos ochenta (480) días de antigüedad, que deberán ser multiplicados por el último salario integral devengado por el trabajador, que resultó del cálculo realizado por el experto perito designado al efecto.

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* en 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 en atención al literal c) del referido artículo 142 *eiusdem*, y el monto que resulte superior entre ambos

cálculos será el que corresponda al accionante por concepto de prestaciones sociales desde el 11 de febrero de 1998 hasta el 26 de septiembre de 2013. Así se decide.

Al *quantum* total que resulte de dicho cálculo, se le descontarán las cantidades pagadas por este concepto según se evidencia de los recibos de pagos cursantes a los folios 42, 43 y 44 del cuaderno de recaudos N° 1 -Bs. 13.707,75-. Sobre la suma total que le corresponde al accionante (sin dicha deducción) 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-, a su vez a la cantidad que resulte del correspondiente cálculo deberá deducirse lo pagado por este concepto en los recibos de pago -Bs. 855,23- antes mencionados. Así se decide.

En lo referente a las vacaciones y bono vacacional correspondiente a los períodos 1998-1999, 1999-2000, 2000-2001, 2001-2002, 2002-2003, 2003-2004, 2004-2005, 2005-2006, 2006-2007, 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010, 2010-2011, 2011-2012, y, 2012-2013 (fraccionadas); siendo que la demandada no consideró para el cálculo de dichos conceptos, el salario normal devengado por el actor, existe una diferencia en los pagos, el cual deberá ser calculado tomando en cuenta el salario normal promedio (compuesto por salario mínimo nacional, porcentaje sobre consumo, propinas, bono nocturno, la incidencia de la parte variable en los días feriados y domingos y las horas extras) devengado por el accionante en el año inmediatamente anterior en el que se generó el derecho a percibirlo para los períodos vacacionales completos es decir desde el 11 de febrero de 1998 hasta el 26 de septiembre de 2013, y respecto a las vacaciones fraccionadas se deberá tomar en cuenta el salario normal promedio de los últimos tres meses laborados antes de la culminación de la relación laboral, visto que para ese entonces se encontraba vigente la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por lo que resulta aplicable el artículo 121 *eiusdem*. Para el cálculo de las vacaciones se deberá tomar en cuenta la cantidad de treinta y ocho (38) días por cada año reclamado por el accionante (conforme a los folios 42 y 43 del cuaderno de recaudos N° 1 y folios 71, 72 y 73 del cuaderno de recaudos N° 2 del expediente) y respecto al bono vacacional con base a treinta y un (31) días por año (conforme al folio 44 del cuaderno de recaudos N° 1 y folio 70 del cuaderno de recaudos N° 2 del expediente) hasta la fecha de culminación de la relación laboral, a los montos que resulte a pagar por dicho concepto, deberá descontarse los montos ya pagados, según se evidencia de los referidos folios por concepto de vacaciones -Bs. 4.754,15- y por concepto de bono vacacional -Bs. 2.115,75- del prenombrado Cuaderno de Recaudos Nro. 1. Así se decide.

En relación al concepto de utilidades correspondientes a los períodos 1998-1999, 1999-2000, 2000-2001, 2001-2002, 2002-2003, 2003-2004, 2004-2005, 2005-2006, 2006-2007, 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010, 2010-2011, 2011-2012, y, 2012-2013 (fraccionadas) siendo que la demandada no consideró para el cálculo de este concepto el referido salario normal devengado, se deberá volver a realizar dicho cálculo, tomando en cuenta el salario normal promedio devengado por el actor durante cada año, es decir desde el 11 de febrero de 1998 hasta el 26 de septiembre de 2013, con base en 40 días por año reclamado por el accionante (conforme al folio 41 del cuaderno de recaudos N° 1 y conforme a los folios 82, 83, 84 y 85 del cuaderno de recaudos N° 2 del expediente-), a las cantidades que resulte a pagar deberá deducirse el monto pagado por este concepto según se evidencia en los prenombrados folios y prenombrados cuadernos de recaudos (Bs. 2.730,00). Así se decide.

De conformidad con el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio sentado por esta Sala en sentencia Nro. 1.841 de fecha 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita* contra la sociedad mercantil *Maldifassi & Cia C.A.*) se ordena el pago de los intereses de mora de la cantidad condenada a pagar por concepto de prestaciones sociales e intereses sobre prestaciones sociales – establecidos en el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras–, que arroje la experticia complementaria del fallo luego de efectuar los descuentos ordenados, al tratarse de una deuda de valor, y su cómputo debe hacerse desde la fecha en que la misma es exigible, vale decir, desde la finalización de la relación de trabajo, a saber, desde el 26 de septiembre de 2013 y hasta la oportunidad de su pago; 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 percibirlo, ello, conforme a lo establecido en sentencia proferida por esta Sala publicada bajo el Nro. 1.097 el 13 de octubre de 2010, ratificada en sentencia Nro. 965 del 29 de julio de 2014, cuyo cálculo se efectuará de acuerdo con lo previsto en los artículos 128 y 142 literal f) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicándose la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela. Dichos intereses no serán objeto de capitalización, ni indexación. Así se declara.

En aplicación del referido criterio jurisprudencial, se ordena el pago de la indexación judicial sobre la cantidad condenada a pagar por concepto de prestaciones sociales, a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral –26 de septiembre de 2013–, 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 –25 de abril de 2014– 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 declara.

Sin embargo, esta Sala establece que si para el momento de la ejecución de la presente decisión está en práctica en el aludido tribunal, lo establecido en el Reglamento del Procedimiento Electrónico para la Solicitud de Datos del Banco Central de Venezuela, el cual fue dictado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sesión de fecha 30 de julio de 2014 y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.616 de fecha 9 de marzo de 2015, el juez executor procederá a aplicar éste con preferencia a la experticia complementaria del fallo, para el cálculo de los intereses moratorios e indexación de los conceptos condenados. Así se declara.

En mérito de las consideraciones expuestas, se declara parcialmente con lugar la demanda interpuesta por el ciudadano José Luis García López, contra la sociedad mercantil Inversiones La Cita S.R.L, y de forma personal contra los ciudadanos Higinio Alonso Esteves y José María López Fernández, quien falleció en el curso

del proceso, razón por la cual son responsables solidarios sus herederos válidamente notificados en el presente juicio, conforme a lo previsto en el artículo 151 de la ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras. 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 por autoridad de la Ley, declara: 1) **CON LUGAR** el recurso de casación anunciado por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado Octavo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 14 de enero de 2019, en consecuencia se anula el fallo recurrido, 2) **NULA** la sentencia recurrida; y, 3) **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda incoada.

No procede la condenatoria en costas del recurso ni del proceso, dada la naturaleza de la decisión.

Dada, firmada y sellada en la sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Caracas a los trece (13) días del mes de diciembre del año 2019. Años 209° de la Independencia y 160° 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

La Secretaria,

MARIA VÁSQUEZ QUINTERO

R.C.N° AA60-S-2019-000137

Nota: Publicada en su fecha a