



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

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

En el proceso por cobro de diferencia de acreencias laborales seguido por los ciudadanos **KAROLYN COROMOTO RANGEL DE GUTIÉRREZ** y **HENRY ROBLES YÚNEZ**, representados judicialmente por los abogados Nieves Bautista Díaz Durán, Pablo Emilio Ocopio Delgado y Amarilis Armas, contra la sociedad mercantil **HOTEL TAMANACO, C.A.**, representada en juicio por los abogados Néstor Rafael Martínez Gómez, Luis López Medrano, Nairovys López y Daniella Nahim Paz; el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia publicada en fecha 12 de marzo de 2013, declaró parcialmente con lugar los recursos de apelación ejercidos tanto por la parte actora como por la accionada y parcialmente con lugar la demanda, modificando el fallo dictado el 13 de noviembre de 2012 por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial.

Contra la sentencia de alzada, la empresa demandada anunció recurso de casación el 12 de marzo de 2013, tal como lo hizo la parte demandante, el 14 de ese mismo mes y año. Los recursos interpuestos fueron admitidos por el Juzgado Superior el 21 de marzo de 2013, siendo formalizados de forma tempestiva por ambas partes. No hubo impugnación.

Recibido el expediente en esta Sala, el 13 de mayo de 2013 se dio cuenta del mismo y se designó ponente a la Magistrada Dra. Carmen Esther Gómez Cabrera.

En virtud que en fecha 29 de diciembre de 2014, tomaron posesión en sus cargos los Magistrados Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Dra. Marjorie Calderón Guerrero, designados en fecha 28 de diciembre de 2014 por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela por un período constitucional de doce (12) años, se reconstituyó la Sala de Casación Social, quedando conformada de la manera siguiente: Presidenta, Magistrada Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella; los Magistrados Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Dra. Marjorie Calderón Guerrero. En consecuencia, por auto del 12 de enero de 2015, la Presidenta de la Sala, haciendo uso de las facultades conferidas en el artículo 53 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia, reasignó la ponencia de la presente causa al Magistrado Dr. Danilo A. Mojica Monsalvo.

Mediante auto del 6 de febrero de 2015, fue fijada la audiencia pública y contradictoria prevista en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el 12 de marzo de ese mismo año, a las 12:10 p.m., siendo modificado el horario, por auto del 12 de febrero de 2015, para las 12:00 p.m.

El 11 de febrero de 2015, se realizó sesión de la Sala Plena de este máximo Tribunal, con el objeto de elegir sus nuevas autoridades, designándose como Presidenta de la Sala de Casación Social a la Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero y como Vicepresidenta, a la Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella.

El 12 de febrero de 2015, se reconstituyó esta Sala, quedando conformada de la siguiente manera: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, y los Magistrados Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa, Dr. Edgar Gavidia Rodríguez y Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

Por auto del 11 de marzo de 2015, se difirió la audiencia contemplada en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el 27 de abril de ese mismo año, a las 12:00 m.

Celebrada la audiencia pública y contradictoria en la fecha indicada, y emitida la decisión en forma oral e inmediata conforme a lo establecido en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pasa en esta oportunidad la Sala a reproducirla en los términos siguientes:

A tal efecto, es necesario aclarar que, por razones de orden metodológico, esta Sala alterará el orden de presentación de los escritos de formalización –visto que la demandada lo consignó el 8 de abril de 2013 y la parte actora, el día siguiente–, procediendo a resolver en primer lugar el recurso interpuesto por la parte demandante, específicamente, la segunda denuncia. Así se declara.

### **DEL RECURSO DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA**

- II -

De conformidad con lo previsto en el artículo 168, numeral 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se denuncia la infracción de los artículos 1.401 del Código Civil y 3, 60 y 509 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, por falta de aplicación.

Como fundamento de la delación planteada, la parte recurrente destaca que en el escrito de contestación de la demanda, la accionada negó la procedencia del número de días reclamados por vacaciones y utilidades, invocando que los mismos variaron en el tiempo, de acuerdo con las convenciones colectivas vigentes durante la prestación del servicio.

Enfatiza que, de los propios dichos de la demandada, los beneficios contractuales nacieron desde el 1979, por lo cual el juez de la recurrida no podía ordenar el pago de las diferencias de vacaciones, bono vacacional y utilidades desde el año 2007, aplicando la convención colectiva entonces vigente, y al ordenar el pago desde el referido año, el juzgador infringió, por falta de aplicación, lo previsto en el artículo 1.401 del Código Civil, relativo a la confesión. Por el contrario, considera la parte formalizante que *“los conceptos acordados o procedentes deben de ser cancelados desde la vigencia del Contrato Colectivo o desde que se hubiese establecido en anteriores convenciones colectivas”*.

Agrega que la empresa accionada inició su giro comercial en el año 1948, suscribiéndose la primera convención colectiva en el año 1974 –afirmando que consigna en autos las convenciones colectivas correspondientes a los períodos 1992-1995, 1995-1998 y 2001-2004, cursando en el expediente la del período 2007-2009–, “*por lo cual todos los conceptos reclamados en este libelo (...) tienen aplicación desde la fecha la suscripción de la primera convención colectiva indicada de 1974, tal como accionada dijo en su contestación*” y “*deben de pagarse hasta la culminación de la relación laboral*”.

A continuación, la parte recurrente especifica lo estipulado en cada una de las convenciones colectivas, por concepto de vacaciones, bono vacacional y utilidades, añadiendo finalmente que las normas convencionales son de aplicación preferente sobre las legales, en cuanto sean más beneficiosas para el trabajador, conteste con lo establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997.

Para decidir, esta Sala observa:

Denuncia la parte formalizante la infracción, por falta de aplicación, de los artículos 1.401 del Código Civil y 3, 60 y 509 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, por cuanto el sentenciador de la recurrida ordenó el pago de las diferencias de vacaciones, bono vacacional y utilidades desde el año 2007, a pesar de la confesión de la parte demandada, sobre el número de días previsto en las convenciones colectivas vigentes a lo largo de la prestación de servicios, por concepto de vacaciones y utilidades.

Con el propósito de resolver la denuncia bajo estudio, se observa que el vicio de falta de aplicación se configura cuando el sentenciador no utiliza una norma jurídica vigente, que debe emplearse para el caso en cuestión.

El referido error *in iudicando* habría recaído, conteste con lo alegado por la parte formalizante, sobre la norma contenida en el artículo 1.401 del Código Civil, el cual dispone:

**Artículo 1.401.** La confesión hecha por la parte o por su apoderado dentro de los límites del mandato, ante un Juez, aunque éste sea incompetente, hace contra ella plena prueba.

Además de la disposición citada, el delatado vicio de falta de aplicación también está referido a las normas contenidas en los artículos 3, 60 y 509 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, que establecen:

**Artículo 3.** En ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores.

**Parágrafo Único:** La irrenunciabilidad no excluye la posibilidad de conciliación o transacción siempre que se haga por escrito y contenga una relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos en ella comprendidos. La Transacción celebrada por ante el funcionario competente del trabajo tendrá efecto de cosa juzgada.

**Artículo 60.** Además de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo, para la resolución de un caso determinado se aplicarán, en el orden indicado:

- a) La convención colectiva de trabajo o el laudo arbitral, si fuere el caso;
- b) El contrato de trabajo;
- c) Los principios que inspiran la Legislación del Trabajo, tales como los contenidos explícita o implícitamente en declaraciones constitucionales o en los Convenios y Recomendaciones adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia y doctrinas nacionales;
- d) La costumbre y el uso, en cuanto no contraríen las disposiciones legales ni los principios a que se refiere el literal anterior;
- e) Los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo;
- f) Las normas y principios generales del Derecho; y
- g) La equidad.

**Artículo 509.** Las estipulaciones de las convenciones colectivas beneficiarán a todos los trabajadores de la empresa, explotación o establecimiento, aun cuando ingresen con posterioridad a su celebración. Las partes podrán exceptuar de su aplicación a las personas a que se refieren los artículos 42 y 45 de esta Ley.

La parte recurrente alega en su escrito de formalización, que el sentenciador de alzada no debió ordenar el pago de las diferencias de vacaciones, bono vacacional y utilidades desde el año 2007. No obstante, de la revisión del fallo impugnado se observa que se condenó al pago de las diferencias de las

vacaciones y bono vacacional fraccionados, así como de las utilidades fraccionadas, con base en el último salario normal devengado por cada demandante, incluyendo el salario mínimo nacional. En este sentido, el juzgador *ad quem* sostuvo:

En cuanto a las vacaciones y bono vacacional fraccionados, corresponde el pago de las diferencias al ser demandados y cancelados por la demandada en las respectivas liquidaciones, en 53 días anuales de acuerdo a la cláusula 40 literal d) Convención Colectiva 2007-2009, correspondiéndole a KAROLYN RANGEL la fracción por los 8 meses laborados en 35,36 días y para HENRY ROBLES la fracción por los 6 meses laborados en 26,52 días, con base al último salario normal devengado por cada trabajador a la fecha de finalización de la relación laboral de KAROLYN RANGEL el 21 de febrero de 2011 y de HENRY ROBLES el 09 de noviembre de 2010, que comprende el salario el (sic) mínimo nacional de (sic) decretado por el Ejecutivo Nacional, conforme al decreto vigente, todo lo cual será calculado mediante experticia complementaria del fallo. ASÍ SE DECIDE.

Respecto a las utilidades fraccionadas, corresponde el pago de las diferencias al ser demandados y cancelados por la demandada en las respectivas liquidaciones, en 120 días anuales de acuerdo a la cláusula 41 aparte 1ro. de la Convención Colectiva 2007-2009, correspondiéndole a KAROLYN RANGEL la fracción por los 8 meses laborados en 80 días y para HENRY ROBLES la fracción por los 6 meses laborados en 60 días, con base al último salario normal devengado por cada trabajador a la fecha de finalización de la relación laboral de KAROLYN RANGEL el 21 de febrero de 2011 y de HENRY ROBLES el 09 de noviembre de 2010, compuesto por el salario el (sic) mínimo nacional de (sic) decretado por el Ejecutivo Nacional, conforme al decreto vigente, todo lo cual será calculado mediante experticia complementaria del fallo. ASÍ SE DECIDE (Destacado añadido).

Como se observa, el sentenciador de la recurrida ordenó el pago de las vacaciones, bono vacacional y utilidades fraccionadas, de acuerdo con la convención colectiva vigente para la fecha de finalización de la relación laboral de cada uno de los demandantes, lo que es congruente con el petitorio contenido en el escrito libelar, en el cual se reclamaron los referidos pagos fraccionados (*vid.* folios 15, 18, 46 y 47), y no la eventual diferencia que por dichos conceptos, se hubiese generado a lo largo de toda la relación de trabajo.

De ahí que esta Sala considere necesario hacer una relectura de la delación planteada, a partir de la cual se deduce que la misma está referida a la forma en

que se ordenó calcular la *incidencia* del bono vacacional y de las utilidades. Así, entendiendo correctamente la denuncia bajo estudio, se evidencia que el juzgador *ad quem* expresó, con relación a lo anterior, lo siguiente:

(...) se ordena calcular el concepto de antigüedad para ambos accionantes KAROLYN RANGEL Y HENRY ROBLES con base al salario integral devengado por cada trabajador mes a mes que comprende el salario mínimo nacional decretado por el Ejecutivo Nacional, conforme a los decretos vigentes para cada período, más las correspondientes alícuotas [de] utilidades y bono vacacional compuestas de la siguiente forma: alícuota de utilidades en 120 días por año de acuerdo a la cláusula 41 aparte 1ro. de la Convención Colectiva 2007-2009 desde la fecha de depósito de la referida convención colectiva el 22 de junio de 2007 hasta la fecha de terminación de la relación laboral de cada accionante y la alícuota de bono vacacional en 28 días por año de acuerdo a la cláusula 40 literal d) Convención Colectiva 2007-2009 desde la fecha de depósito de la referida convención colectiva el 22 de junio de 2007 hasta la fecha de terminación de la relación laboral de cada accionante, en lo que respecta a las alícuotas de utilidades y bono vacacional por el período comprendido antes de la vigencia de la convención colectiva serán calculadas de acuerdo a la Ley Orgánica del Trabajo, a saber, por alícuota de utilidades 15 días por año y alícuota de bono vacacional 7 días mas (sic) un día adicional por año, todo lo cual será calculado mediante experticia complementaria del fallo realizada por un perito designado por el Tribunal de ejecución. ASÍ SE DECIDE (Destacado añadido).

De la transcripción precedente se desprende que el juez de alzada ordenó determinar el salario integral de cada uno de los demandantes considerando el salario mínimo nacional, más las alícuotas de las utilidades y del bono vacacional. Sin embargo, en cuanto a estas últimas, especificó que se efectuaría sobre la base de la convención colectiva del período 2007-2009, desde la fecha de su depósito en la Inspectoría del Trabajo, el 22 de junio de 2007; y para el período comprendido entre el inicio de las relaciones laborales y la fecha antes indicada, se aplicaría la Ley Orgánica del Trabajo, según la cual corresponden al trabajador 15 días de utilidades por año –límite inferior– y 7 días de bono vacacional, más un día adicional por cada año de servicio.

Contrariamente a lo sostenido por el juez de la recurrida, la alícuota de las utilidades y del bono vacacional deben calcularse considerando lo estipulado convencionalmente, visto que la normativa contenida en las convenciones

colectivas resulta más beneficiosa, en vez de computarse conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo.

En el contexto planteado, se observa que la parte recurrente denuncia la falta de aplicación del artículo 1.401 del Código Civil, citado *supra*, el cual contempla la prueba de confesión. Sin embargo, considera esta Sala que la disposición mencionada no resulta aplicable en el asunto bajo análisis, por cuanto la determinación de la ley aplicable concierne al juez, de acuerdo con el principio *iura novit curia*, sin que ello constituya una situación fáctica que sea objeto de prueba. En este sentido, el juzgador debió ordenar el cálculo de las utilidades y del bono vacacional conteste con cada una de las convenciones colectivas que estuvieron vigentes durante las relaciones de trabajo, pero no por una pretendida confesión de la parte demandada, sino porque ello está comprendido en el ámbito del derecho, y no de los hechos.

Asimismo, estima esta Sala que tampoco resultaba aplicable el artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, vigente para la fecha de finalización de la relación laboral de cada uno de los demandantes con la empresa accionada, toda vez que el asunto no versa sobre la eventual renuncia de los derechos de los trabajadores, sino sobre la normativa que debe emplearse para establecer su salario integral, en particular, la alícuota de las utilidades y del bono vacacional.

Pero sí dejó de aplicar el sentenciador de alzada, lo dispuesto en los artículos 60, literal a) y 509 de la referida Ley Orgánica del Trabajo, según los cuales, para la resolución de un caso determinado debe utilizarse, además de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo, la convención colectiva de trabajo, cuyas estipulaciones beneficiarán a todos los trabajadores de la empresa, aun cuando hayan ingresado con posterioridad a su celebración.

En este orden de ideas, desde que comenzó la relación laboral de cada uno de los actores –el 31 de octubre de 1996, en el caso de la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez, y el 4 de mayo de 1998, en el supuesto del ciudadano Henry Robles Yúnez–, se encontraba en vigor la Convención Colectiva de Trabajo del Hotel Tamanaco Intercontinental, Caracas, firmado con el Sindicato Único de Trabajadores, Mesoneros, Industria Hotelera, Bares y sus Similares del entonces Distrito Federal y Estado Miranda, y “FETRAHOSIVEN”, correspondiente



al período 1995-1998. Por lo tanto, no podía el juzgador de la recurrida ordenar que las alícuotas de las utilidades y del bono vacacional, a fin de establecer el salario integral de los actores, se calcularán de acuerdo con las previsiones de la Ley Orgánica del Trabajo, hasta el 22 de junio de 2007, cuando fue depositada la convención colectiva 2007-2009.

En consecuencia, se concluye que el juez *ad quem* incurrió en el vicio de falta de aplicación de los artículos 60, literal a) y 509 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, razón por la cual la denuncia bajo estudio resulta procedente. Así se declara.

En virtud de lo anterior, se declara con lugar el recurso de casación ejercido por la parte demandante y se anula el fallo impugnado, siendo inoficioso examinar las restantes denuncias planteadas, así como el escrito de formalización consignado por la parte accionada. Por ende, procede esta Sala a conocer del fondo del asunto, conteste con lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se declara.

### **DEL MÉRITO DE LA CONTROVERSI**

Mediante escrito libelar presentado el 25 de noviembre de 2011, se alega que la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez laboró para la empresa demandada, desempeñando el cargo de mesonera; que su fecha de ingreso fue el 31 de octubre de 1996, egresando el 21 de febrero de 2011, siendo la "*fecha de pago por el tribunal*", el 2 de agosto de 2011, para una antigüedad de 14 años, 3 meses y 21 días. Afirma que su horario era de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., de lunes a sábado por turnos rotativos, es decir, "*que también podía ser*" de martes a domingo, con un día libre por semana, laborando 48 horas continuas por semana, por lo que se le adeudan 4 horas extras diurnas por semana.

En cuanto al ciudadano Henry Robles Yúnez, se aduce que también se desempeñó con el cargo de mesonero, con ingreso el 4 de mayo de 1998 y egreso el 9 de noviembre de 2010, cuando fue despedido injustificadamente, recibiendo sus prestaciones sociales el 13 de enero de 2011. Se indica como horario, de 8:40 a.m. a 4:20 p.m., de lunes a sábado rotativo, que también podía ser de martes a

domingo, con un día libre por semana, laborando 48 horas continuas por semana, por lo que se le adeudan 4 horas extras diurnas por semana.

Se enfatiza que, a partir de su traslado al Departamento de Alimentos y Bebidas –como “*Personal de Mesoneros y Barman*”–, la empresa no les continuó pagando el salario mínimo nacional decretado por el Ejecutivo Nacional, “*por cuanto al inició (sic) de la relación contractual se lo cancelaban*”, cuando tenían “*otro cargo*” en la empresa. Al respecto, se indica que el pago que hace la empleadora corresponde al 10% del servicio sobre el consumo de los clientes, “*por lo cual la parte accionada (...) adeuda (...) el Salario Mínimo Nacional Urbano Mensual (sic)*”.

Por otra parte, en el libelo se asegura que en la liquidación, la empresa no consideró en el salario base de cálculo de los conceptos reclamados, los siguientes elementos: 1) alícuota por día domingo trabajado faltante por pagar de acuerdo a la cláusula 46 de la convención colectiva; 2) alícuota de incidencia de salario mínimo por 2,5 días domingos trabajados; 3) alícuota por día de descanso mensual que coincide con el día domingo, de acuerdo a la cláusula 46 de la convención colectiva; 4) diferencia de alícuota de “*día libre pagado semanal*”, compuesto por el salario mínimo por día, no tomado en cuenta, más la alícuota por día domingo trabajado faltante por pagar y un día domingo trabajado semanal faltante por pagar, de acuerdo a la cláusula 46 de la convención colectiva; 5) salario mínimo según Decreto Presidencial, no cancelado en su oportunidad, cuyo pago fue convenido en acuerdo celebrado el 14 de abril de 2009 y ratificado el 15 de noviembre de 2010, por ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; 6) diferencia de alícuota por día feriado; 7) diferencia de alícuota del bono vacacional, tomando en cuenta los 28 días que por tal concepto prevé la cláusula 40, literal d) de la convención colectiva; y 8) diferencia de alícuota de utilidades, considerando los 120 días que contempla por tal concepto el primer aparte de la cláusula 41 de la convención colectiva.

Con fundamento en lo anterior, ambos accionantes reclaman las mismas diferencias de sus prestaciones sociales y demás conceptos derivados de la relación de trabajo, así como el “*paro forzoso*”. Específicamente, los conceptos y montos demandados por cada uno de los actores, son los siguientes:

La ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez reclama: 1) Diferencia por prestación de antigüedad, Bs. 129.218,90; 2) diferencia por 46 días por prestación antigüedad, Bs. 8.847,18; 3) diferencia por indemnización por despido, Bs. 29.132,54; 4) diferencia por indemnización sustitutiva de preaviso, Bs. 17.310,02; 5) diferencia por fracción de vacaciones y bono vacacional, Bs. 5.783,47 –por 9 meses y 2 días, desde el 31 de octubre de 2010 al 2 de agosto de 2011–; 6) diferencia por fracción de utilidades, Bs. 9.974,35 –por 7 meses y 2 días, entre el 31 de diciembre de 2010 y el 2 de agosto de 2011–; 7) días de descanso que coinciden con el día feriado (domingo), de acuerdo con la cláusula 46 de la convención colectiva, Bs. 28.486,20; 8) días de descanso laborados en día feriado (domingo), Bs. 225.102,50; 9) diferencia por días libres semanales, Bs. 92.466,66; 10) diferencia por días feriados, de acuerdo con la cláusula 46 de la convención colectiva, Bs. 44.515,62; y 10) por seguro de paro forzoso, Bs. 42.651,00. Las cantidades indicadas arrojan un total de Bs. 633.488,45.

Por su parte, el ciudadano Henry Robles Yúnez demanda: 1) diferencia por prestación de antigüedad, Bs. 112.542,72; 2) diferencia por 56 días por prestación de antigüedad, Bs. 7.703,04; 3) diferencia por indemnización por despido, Bs. 19.584,00; 4) diferencia por indemnización sustitutiva de preaviso, Bs. 11.750,40; 5) diferencia por fracción de vacaciones y bono vacacional, Bs. 3.459,84 –por 6 meses y 5 días, entre el 4 de mayo y el 9 de noviembre de 2010–; 6) diferencia por fracción de utilidades, Bs. 13.173,50 –por 10 meses y 9 días, entre el 31 de diciembre “de 2010 (sic)” y el 9 de noviembre de 2010–; 7) días de descanso que coinciden con el día feriado (domingo), de acuerdo con la cláusula 46 de la convención colectiva, Bs. 14.066,25; 8) días de descanso laborados en día feriado (domingo), Bs. 113.468,00; 9) diferencia por días libres semanales, Bs. 55.965,00; 10) diferencia por días feriados, de acuerdo con la cláusula 46 de la convención colectiva, Bs. 79.921,87; y 11) seguro de paro forzoso, Bs. 26.516,00. Los montos anteriormente señalados suman un total de Bs. 458.150,62.

Por último, reclama el pago de la indexación, los intereses de mora y las costas.

Frente a los referidos alegatos contenidos en el libelo de demanda, la empresa accionada niega de forma pormenorizada cada uno de los hechos

aducidos por los actores, en particular los cargos y los horarios –señalando que eran ayudantes de mesonero y que no cumplieron una jornada de 48 horas semanales, sino de 44 horas–así como las bases de cálculo utilizadas y la procedencia de todos y cada uno de los conceptos reclamados.

En este sentido, señala que la empresa no estaba obligada a pagar el domingo como feriado, sino a partir de la modificación del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, el 28 de abril de 2006; por ende, desde el mes de octubre de 2006, la empresa pagó dicho concepto, retroactivamente –a partir de la fecha antes indicada–, con el recargo establecido en el artículo 154 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997.

Asegura que fueron pagados todos los conceptos derivados de la relación laboral, como “*se evidencia de las transacciones debidamente suscritas y homologadas que corren inserta (sic) en autos*”. Asimismo, niega que los actores hayan laborado horas extraordinarias.

En lo que respecta a los salarios mínimos decretados por el Ejecutivo Nacional, rechaza que los mismos sean procedentes, por ser falso que haya incumplido con el pago del mínimo legal, alegando que canceló a los actores un salario básico, además del 10% sobre las ventas y el servicio prestado, lo cual generaba a cada trabajador un salario normal que supera con creces el salario mínimo vigente para la oportunidad del pago. Al respecto, afirma que los demandantes se desempeñaban como obreros, percibiendo íntegramente el salario mínimo, pero al ser promovidos a la Gerencia de Alimentos y Bebidas, con el cargo de “*Ayudante de Mesonero*”, la empresa pasó a cancelarles un salario básico –señalando que era aproximadamente del 40% del salario mínimo–, durante el resto de la relación laboral, visto que para entonces las partes podían convenir libremente el salario, conteste con lo establecido en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo; no obstante, la sumatoria del porcentaje sobre las cuentas de consumición de los clientes, evidencia que su ingreso mensual se incrementa entre un 500% y un 1.100%, aproximadamente.

Alega que es falso que la empresa adeude a los demandantes el concepto de “*paro forzoso*”.

Rechaza que los actores hayan trabajado los días de descanso, domingos y demás feriados alegados, destacando que les corresponde la carga de la prueba de tal hecho.

En relación al número de días reclamados por vacaciones, niega su procedencia porque tal concepto fue cancelado en su oportunidad; e igualmente resalta que los demandantes utilizan el mismo número de días otorgados por concepto de vacaciones, conteste con la convención colectiva 2007-2009, y los aplican retroactivamente. Con relación a las utilidades, también destaca que los demandantes determinan un salario base –usando un solo monto– y luego lo multiplican por 120 días de utilidades –sin considerar que no siempre se reconoció tal número de días por dicho concepto–, de acuerdo con la antigüedad del trabajador. Sobre los dos conceptos antes mencionados, vacaciones y utilidades, enfatiza que los mismos variaron en el tiempo, conforme a las convenciones colectivas vigentes durante la prestación del servicio.

Por último, se opone al “*preacuerdo*” del 14 de abril de 2009, en el cual los demandantes “*pretenden fundamentar su demanda*”, alegando que el mismo fue suscrito en las negociaciones realizadas con ocasión a la mediación solicitada por las partes en diversos expedientes, mediación que finalizó, “*aun cuando las partes con posterioridad (...), suspendimos las referidas causas con el propósito de poder continuar y concretar a través de los medios de autocomposición procesal, lo cual no fue posible*”. Además, afirma que “*la representación del hoy quejoso (sic) ha pretendido oponer el señalado preacuerdo, para obtener reconocimiento de sus pretensiones, el cual no tiene vigencia ni aplicabilidad en el presente caso ni en ningún otro*”.

Vistos los términos en que quedó planteada la controversia, se evidencia que constituyen hechos admitidos, la existencia de la relación laboral entre cada uno de los demandantes y la empresa accionada, así como su traslado –en una fecha no indicada por ninguna de las partes– al Departamento de Alimentos y Bebidas, cuando comenzaron a devengar un salario variable. También se discute el cargo desempeñado por los actores –mesoneros o ayudantes de mesonero, pero en todo caso ello no influye en la resolución de la controversia porque no se discute el porcentaje que correspondía a los actores por concepto de propinas–, si devengaban el salario mínimo nacional, así como la procedencia de los distintos

conceptos derivados de dicha vinculación jurídica, que se reclaman en el escrito libelar.

Vistos los términos en los que ha quedado trabada la litis, es preciso referir el criterio sostenido por esta Sala en reiteradas decisiones, con relación al régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral; al respecto, en la sentencia N° 419 del 11 de mayo de 2004 (caso: *Juan Rafael Cabral Da Silva contra Distribuidora La Perla Escondida, C.A.*), se estableció:

1°) El demandado tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió al trabajador, cuando en la contestación de la demanda haya admitido la prestación de un servicio personal y no la califique de naturaleza laboral, por ejemplo la califique de mercantil. (Presunción *iuris tantum*, establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo).

2°) El demandante tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió con el patrono, cuando el demandado en la litiscontestación haya negado la prestación de un servicio personal.

3°) Cuando el demandado no niegue la existencia de la relación laboral, se invertirá la carga de la prueba en lo que se refiere a todos los restantes alegatos contenidos en el libelo que tengan conexión con la relación laboral. Es decir, es el demandado quien deberá probar la improcedencia de los conceptos que reclama el trabajador. Asimismo, tiene el demandado la carga de probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar la pretensión del actor.

4°) Se tendrán como admitidos aquellos hechos alegados por el demandante en su libelo, que el demandado no niegue o rechace expresamente en su contestación, aunado al hecho de que tampoco haya aportado a los actos, alguna prueba capaz de desvirtuar los alegatos del actor.

5°) Se tendrán como admitidos aquellos hechos alegados por el demandante en su libelo, cuando el demandado no haya fundamentado el motivo del rechazo, aunado al hecho de que tampoco haya aportado a los autos en la oportunidad legal, alguna prueba capaz de desvirtuar los alegatos del actor.

De esta forma, le corresponderá a la parte demandada demostrar aquellos hechos con los cuales se excepcionó, mientras que aquellos hechos exorbitantes debidamente negados por la parte demandada, deberán ser demostrados por la parte accionante. En este sentido, en el fallo antes citado también se precisó que, cuando se han alegado condiciones y acreencias distintas o en exceso de las

legales, o especiales, ante la negación de su procedencia por la parte demandada, corresponde a la actora su demostración.

Precisado lo anterior, esta Sala de Casación Social procede a apreciar las pruebas promovidas y evacuadas por las partes en el presente proceso:

**De las pruebas promovidas por la parte accionante:**

1) Marcada "A", copia de acta de audiencia preliminar elaborada por el Juzgado Cuadragésimo Tercero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 12 de agosto de 2011. Se le confiere valor probatorio, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, evidenciándose de la misma el pago efectuado por la empresa demandada a la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez, por la cantidad de Bs. 206.926,48, al persistir en el despido, monto correspondiente a "*su prestación por antigüedad, intereses sobre la prestación por antigüedad, saldo pendiente del anterior régimen laboral, conforme al artículo 666 de la Ley Orgánica del Trabajo, indemnización sustitutiva del preaviso, indemnización adicional a la antigüedad, vacaciones y bono vacacional fraccionado, utilidades fraccionadas y salarios caídos calculados hasta el día de hoy*". Asimismo, se deja constancia de la conformidad de la demandante, quien recibió un cheque por el monto indicado (folios 103-104).

2) Sin identificación, copia de los conceptos que corresponden a la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez por la terminación de la relación de trabajo, a la cual se le otorga valor probatorio, con lo previsto en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al no haber sido impugnada por la contraparte. De la misma se desprende que la prenombrada ciudadana ocupaba el cargo de mesonera en el Café Cacique, con fecha de ingreso el 31 de octubre de 1996, y de egreso, el 21 de febrero de 2011, indicándose como motivo del término de dicha vinculación jurídica, el despido injustificado, así como los distintos conceptos y montos calculados, para un total de Bs. 212.068,57 (folio 105).

3) Marcada "B", copia de liquidación de prestaciones sociales del ciudadano Henry Robles Yúnez, a la cual se le otorga valor probatorio, conforme a lo previsto en los artículos 10 y 78 de la ley adjetiva laboral, al no haber sido impugnado por la contraparte. De la misma se desprende que el prenombrado ciudadano ocupaba el cargo de mesonero en la "*localidad*" La Cabaña, con fecha de ingreso el 4 de mayo de 1998, y de egreso, el 9 de noviembre de 2011, indicándose como motivo del término de dicha vinculación jurídica, el despido injustificado, así como los distintos conceptos y montos calculados, para un total –considerando las deducciones– de Bs. 86.358,45 (folio 106).

4) Marcada "C", copia de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el Hotel Tamanaco C.A. y el "*Sindicato Bolivariano de Trabajadores, Hoteleros, (sic) del Distrito Metropolitano (SINBOLTRAHOTEL)*", correspondiente al período 2007-2009. Al respecto, esta Sala reitera que la convención colectiva no forma parte de los hechos y por ende no es objeto de prueba; por el contrario, la misma queda comprendida en el principio *iura novit curia*, razón por la cual no hay probanza alguna que valorar (folios 107-145).

5) Marcada "D", copia al carbón de recibo de pago correspondiente a la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez, de la semana comprendida entre el 27 de octubre y el 2 de noviembre de 2008. Se le confiere valor probatorio, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al no haber sido impugnada, desprendiéndose de la misma los distintos conceptos adicionales que le fueron pagados en esa semana, a saber, "*salario*", "*día libre*", "*tasación*", "*comida*", "*puntos % Café Cacique*", "*domingo trabajado*" y "*pago sust. tiem. transp.*"; además, se observan los conceptos deducidos: "*Aporte Caja de Ahorros*", "*contribución Sindicato*", "*S.S.O.*", "*prestam. prestac. Hotel*", "*prevención San Pedro*", "*Reg. Prestac. de Empleo*" y "*Seguro H.C.M.*" (folio 146).

5) Marcada "D" –al igual que la anterior–, copia al carbón de recibo de pago correspondiente al ciudadano Henry Robles Yúnez, de la semana comprendida entre el 1° y el 7 de diciembre de 2008. Se le confiere valor probatorio, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al no haber sido impugnada, desprendiéndose de la misma los distintos conceptos adicionales que le fueron pagados en esa semana, a



saber, “salario”, “día libre”, “tasación”, “comida”, “puntos % Cabañas” y “domingo trabajado”; asimismo, se observan los conceptos deducidos: “Aporte Caja de Ahorros”, “contribución Sindicato”, “S.S.O.”, “montepío”, “prestam. prestac., Hotel”, “domingo no trabajado”, “Reg. Prestac. de Empleo” y “Seguro H.C.M.” (folio 147).

6) Marcada “E”, copia de acta de fecha 15 de noviembre de 2010, elaborada por el Juzgado Octavo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Se le confiere valor probatorio, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, evidenciándose de la misma que el referido órgano jurisdiccional procuró la “mediación institucional” en las causas que allí se indican, compareciendo la representación judicial de la empresa demandada, así como la abogada Nieves Díaz, “actuando con el carácter de apoderado (sic) judicial de los trabajadores de la empresa” cuyas causas cursan por ante los tribunales que allí se mencionan. En dicha acta, se logró un acuerdo, con la anuencia de los trabajadores en reunión celebrada el 14 de abril de 2010, en la cual “se aprobaron definitivamente”, entre otros puntos, el referido a la cancelación de las diferencias de salarios mínimos con sus incidencias respectivas, a partir de la fecha de ingreso del trabajador a la “gerencia de alimentos y bebidas (sic)”, hasta la fecha efectiva del pago o de culminación de la relación laboral, dejándose constancia de que estaban pendientes los cálculos, por su complejidad (folios 148-149).

7) Exhibición de la liquidación de las prestaciones sociales correspondiente al ciudadano Henry Robles Yúnez, original que se encuentra en poder de la empresa accionada y cuya copia se consigna marcada “B”. Al respecto, si bien la demandada no exhibió el original correspondiente, es inútil aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que el instrumento en cuestión fue promovido como prueba documental, otorgándosele valor probatorio.

8) Promovió como testigos a los ciudadanos Betty Jiménez, Augusto Mendoza, Ángel Castillo, José Delgado, José Rafael Azuaje y Robinson Marrugo Ruiz, quienes no comparecieron a la audiencia de juicio, declarándose desierto el acto.

### **De las pruebas promovidas por la parte accionada:**

1) Prueba de informe, mediante la cual se requiera al Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que comunique si en los expedientes allí identificados aparecen como demandantes los ciudadanos Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez y Henry Robles Yúnez, así como la pretensión de cada uno y si cursan los recibos de pago semanales a nombre de los prenombrados ciudadanos, y en ese caso, enviar copia certificada de los mismos.

2) Prueba de informe, a través de la cual se solicite al Juzgado Cuadragésimo Tercero de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial, comunique si por ante dicho tribunal se tramitó demanda interpuesta por la prenombrada ciudadana, así como la pretensión deducida y si dicha causa terminó mediante transacción homologada, y en tal supuesto, remita copia certificada de la misma.

La admisión de dichas pruebas de informe fue negada por el juez de juicio (folio 235), sin que dicha decisión fuese apelada por la promovente.

Una vez establecidos los términos en que quedó planteado el *thema decidendum* y los elementos probatorios traídos a los autos, procede esta Sala de Casación Social a examinar la controversia sometida a su conocimiento.

#### **1) Ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez**

Preliminarmente, en cuanto a la duración de la relación de trabajo, se observa que en el escrito libelar se indica como fecha de ingreso el 31 de octubre de 1996, y como fecha de egreso, el 21 de febrero de 2011; no obstante, se agrega: "*fecha de pago por el tribunal: 02/08/11*" (folio 2) y, al explicar el fundamento de la pretensión relativa a las prestaciones sociales, se realiza el cómputo hasta el 8 de agosto de 2011 (folios 10 y 14), "*fecha en la cual fue llegó a un acuerdo por el Juzgado 43 de sustanciación (sic)*".

Como se advierte, no existe uniformidad en cuanto a lo alegado en el libelo de demanda acerca de la fecha de terminación de la relación laboral, sin que la

demandada adujera expresamente cuándo acaeció tal hecho. En consecuencia, esta Sala evidencia de las pruebas cursantes en el expediente, que en la copia del acta de la audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado Cuadragésimo Tercero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 12 de agosto de 2011, se dejó constancia del pago efectuado por la empresa demandada a la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez, por la cantidad de Bs. 206.926,48, al persistir la empleadora en el despido (folios 103-104). Asimismo, de acuerdo con la documental contentiva del cálculo de los conceptos que correspondían a la prenombrada ciudadana por la terminación de la relación de trabajo, la empresa calculó los salarios caídos desde el 22 de marzo hasta el 2 de agosto de 2011 (folio 105).

Por lo tanto, considerando que en la sentencia N° 673 del 5 de mayo de 2009 (caso: *Josué Alejandro Guerrero Castillo contra Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela*), esta Sala dejó sentado que “*en los juicios de estabilidad laboral, ordenado el reenganche de un trabajador despedido injustificadamente, si el patrono persiste en su despido, el lapso transcurrido en el procedimiento de estabilidad laboral, debe computarse como prestación efectiva del servicio para el cálculo de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales*”, se tendrá como fecha final del cómputo de los conceptos que procedan, el 12 de agosto de 2011, visto que es esa la fecha del acta en que consta la persistencia del despido, a la cual la trabajadora le atribuyó una fecha distinta, erradamente. Así se declara.

#### 1.1) SALARIO MÍNIMO NACIONAL:

Con relación al reclamo del pago del salario mínimo nacional, aduce la prenombrada ciudadana que la empleadora le adeuda dicho salario mínimo, desde su traslado al Departamento de Alimentos y Bebidas, así como su incidencia en los conceptos reclamados. En su defensa, la parte demandada asegura que siempre le pagó a la trabajadora un salario fijo, equivalente aproximadamente al 40% del salario mínimo nacional, además del porcentaje sobre las cuentas de consumición de los clientes, devengando un salario normal que superaba con creces el salario mínimo nacional durante la vigencia de la relación laboral.

Con el propósito de resolver el asunto referido, es preciso reseñar los criterios que ha sostenido esta Sala en torno al pago del salario mínimo nacional obligatorio, para los trabajadores que perciben un salario de naturaleza mixta.

Al respecto, en la sentencia N° 1.438 del 1° de octubre de 2009 (caso: *Carlos Eduardo Chirinos Castellanos contra Desarrollos Hotelco, C.A.*), se interpretó que en los supuestos de salario mixto, la parte fija no puede ser inferior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional. Ello quedó plasmado en los siguientes términos:

En sentido estricto el salario es definido como la remuneración, provecho o ventaja de cualquier nombre o método de cálculo, evaluable en efectivo, correspondiente al trabajador por los servicios prestados. En ese mismo orden, el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que el salario se estipulará libremente por las partes (...).

De esta definición del salario, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han extraído, entre otras, las siguientes características: es estipulado libremente por las partes; es una prestación inmediata o directa por constituir percepciones del trabajador pagadas a costa del patrimonio del empleador para retribuir el servicio recibido; es una prestación cierta y segura, no sujeta a ninguna contingencia que pueda afectar la existencia de la retribución y su exigibilidad inmediata.

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

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

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

Es relevante lo afirmado en la sentencia N° 1.154 del 23 de octubre de 2012 (caso: *Joselyn Elena Vargas contra Representaciones Venuscol, C.A.*), sobre la aplicación del criterio antes citado aun para las relaciones laborales que hubiesen culminado con anterioridad a la fecha de aquel fallo –1° de octubre de 2009–, por tratarse de una interpretación del artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo que no sustituyó una realizada con anterioridad y que pudiese haber generado alguna expectativa plausible. En este sentido, se sostuvo:

En relación con este particular, esta Sala de Casación Social, mediante sentencia N° 1.438, publicada el 1° de octubre de 2009, estableció que en aquellas relaciones de trabajo donde se ha estipulado un salario mixto la parte fija de este no puede ser inferior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional.

En el caso de autos las partes estipularon el salario en una cantidad fija básica inferior al monto del salario mínimo, por lo que la demandante reclamó el pago de la diferencia de salario y su incidencia en los demás beneficios derivados de la relación de trabajo. Sin embargo, el Sentenciador de alzada, en virtud de que la demandante percibía, además, una parte variable, declaró improcedente el reclamo por considerar que el citado criterio jurisprudencial de esta Sala no puede aplicarse al caso de autos por ser posterior a la fecha de terminación de la relación de trabajo; y por considerar que la práctica o costumbre era la de aplicar el criterio según el cual podía fijarse, como porción fija, una cantidad inferior al salario mínimo, debiendo el patrono cubrir la diferencia cuando el salario en su totalidad -parte fija más parte variable- no alcanzaba el mínimo.

Ahora, carece de fundamento jurídico el argumento de ser la interpretación del artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo realizada por la Sala posterior a la terminación de la relación de trabajo, pues, el criterio en cuestión es el primero y único establecido por esta Sala, por lo que no existía otro al que sustituyera, y que pudiese haber creado una expectativa plausible, no se trata pues de la sustitución de un criterio jurisprudencial por otro, sino de la interpretación de una norma realizada por la Sala que no es conforme con la realizada por algunos patronos.

En ese orden, se debe aclarar, en relación con la costumbre, que ella consiste en actos repetidos por su viejo arraigo en el seno de una colectividad, que los considera necesarios a falta de una norma legal sobre la

materia, y tiene valor de fuente de derecho cuando constituye una práctica conforme a la ley (*secundum legem*), pero no cuando es contraria (*contra legem*). Por ello, no puede (sic) constituir costumbre las prácticas de algunos patronos que son consecuencia de la forma o manera como han venido interpretando alguna disposición legal.

De manera que, no podía la Alzada dejar de aplicar la doctrina jurisprudencial de esta Sala sin infringir el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, aplicable *ratione temporis* (Destacado añadido).

Llegados a este punto de la argumentación, es necesario resaltar que en la sentencia N° 1.466 del 17 de diciembre de 2013 (caso: *Mayra Alejandra Añanguren Peláez contra Representaciones Venuscol, C.A.*), esta Sala modificó el criterio referido previamente, al dejar establecido que, en aquellos casos en que se haya pactado un salario mixto, el patrono cumple con la obligación de pagar al trabajador el salario mínimo nacional, cuando la sumatoria de la porción fija más la porción variable del mismo, supera a aquél. Dicho cambio jurisprudencial quedó establecido como sigue:

En el caso bajo estudio, ambas partes están de acuerdo que el salario que la demandante percibió estaba conformado por una porción base (salario básico) y comisiones, siendo esta la parte variable del total de la remuneración devengada durante la relación, lo que implica que se trataba de un salario mixto.

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

En el caso concreto, (...) esta Sala constató que el salario efectivamente pagado a la demandante por la accionada, estuvo compuesto además de la parte básica, por las comisiones derivadas de las ventas y el bono estímulo, el cual, durante la relación de trabajo, en ningún momento fue inferior al salario mínimo obligatorio, fijado en cada período por el Ejecutivo Nacional, en observancia a la norma contenida en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997). Así se declara.

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

A pesar del cambio de criterio que implicó lo aseverado en la citada sentencia N° 1.466 de 2013, visto que no puede aplicarse retroactivamente un nuevo criterio jurisprudencial, en el caso *sub iudice* resulta aplicable aquel sostenido en la referida sentencia N° 1.438 de 2009, es decir, que en los supuestos de salario mixto, la parte fija no puede ser inferior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional. Así se declara.

Con relación al salario mínimo, la parte demandada adujo que la parte fija que siempre pagó a la trabajadora no alcanzaba el mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional; sin embargo, no cursan en autos pruebas que permitan establecer que en efecto pagó a la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez una parte fija de salario, además del porcentaje por los consumos de los clientes. En este orden de ideas, únicamente se encuentra inserto al expediente un recibo de pago, correspondiente a la semana del 27 de octubre al 2 de noviembre de 2008, en el cual se evidencia un pago de Bs. 68,34 por 6 días de salario, aparte del monto de Bs. 661,99 por concepto de "*Puntos % Café Cacique*" (folio 146); no obstante, el aludido recibo de pago de una semana no permite arribar a la conclusión de que en efecto el salario de la trabajadora estaba constituido por una parte fija, además de las propinas, y mucho menos, que la pretendida porción invariable se pagó durante toda la relación laboral.

En consecuencia, la parte accionada debe pagar el salario mínimo durante el lapso que la trabajadora se desempeñó en el Departamento de Alimentos y Bebidas. En este orden de ideas, es preciso aclarar que si bien ambas partes aseveraron que el incumplimiento de dicho límite salarial por parte del patrono, se suscitó a partir del traslado de la trabajadora al mencionado Departamento de Alimentos y Bebidas, ninguna de ellas especificó la fecha en que ello ocurrió, ni se desprende de forma clara de las pruebas insertas en autos. Así, en la documental

inserta en el folio 105 se señala que la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez ocupaba el cargo de mesonera en el Café Cacique, con fecha de ingreso el 31 de octubre de 1996, sin que se precise una fecha de traslado distinta a su ingreso a la empresa.

Tal situación podría llevar a ordenar el pago del salario mínimo desde el comienzo de la relación laboral, el 31 de octubre de 1996, pero ello devendría en el vicio de ultrapetita, visto que la parte actora reconoció que “*al inició (sic) de la relación laboral se lo cancelaban*” (folio 5). Por lo tanto, se ordena al experto contable que realice la experticia complementaria del fallo, trasladarse a la sede de la empresa demandada y revisar en sus registros contables, a partir de qué fecha figura ocupando un cargo en el Departamento de Alimentos y Bebidas, y, por ende, devengando un salario basado en un porcentaje sobre la consumición de los clientes.

En consecuencia, se ordena a la empresa demandada pagar a la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez el salario mínimo nacional desde la fecha en que comenzó a desempeñarse en el Departamento de Alimentos y Bebidas de dicha empresa, hasta la finalización de la relación laboral, teniendo como tal la fecha de persistencia del despido, esto es, el 12 de agosto de 2011, según quedó establecido *supra*. El perito deberá deducir, solamente, la cantidad antes indicada de Bs. 68,34, que fue la única demostrada.

Asimismo, el experto contable deberá calcular la incidencia de la inclusión del salario mínimo nacional en los conceptos derivados de la relación laboral, que se condenen en el presente fallo. Así se declara.

## 1.2) JORNADA LABORAL Y HORAS EXTRAORDINARIAS:

Con relación a las horas extras, se observa en primer lugar que la codemandante Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez alega haber laborado un horario de trabajo rotativo de lunes a sábado, que también podía ser de martes a domingo, con un día libre a la semana que podía ser cualquiera, de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., señalando que trabajaba 48 horas semanales; en consecuencia, afirma que la empresa demandada le adeuda 4 horas extras semanales. Ante la referida



aseveración, la parte demandada aduce que nunca trabajó 48 horas semanales, y que siempre cumplió una jornada ordinaria de 44 horas.

Siguiendo lo establecido por esta Sala en un caso similar, en la sentencia N° 1.090 del 11 de agosto de 2014 (caso: *Ruperto de Jesús Cornieles Barreto contra Hotel Tamanaco, C.A.*), se advierte que, al haber señalado la empresa accionada que la jornada de la prenombrada trabajadora no era de 48 horas, como se indica en el escrito libelar, sino de 44 horas semanales, debió precisar y probar cuál era el horario efectivamente laborado por ella, correspondiendo entonces a la demandada, la carga de desvirtuar su jornada laboral. Considerando que nada alegó ni probó al respecto, queda establecido que la jornada de trabajo de la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez era de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., rotativo de lunes a sábado, y que también podía ser de martes a domingo, con un día libre a la semana Así se declara.

La importancia del señalamiento precedente deriva de las horas extraordinarias diurnas que, de acuerdo con lo alegado por la prenombrada ciudadana, le adeuda la empresa. Al respecto, cabe destacar que en el libelo de demanda no se indica el total del sobre tiempo laborado, limitándose la parte actora a afirmar que éste alcanzaba la cantidad de 4 horas a la semana.

Pese a que la accionada niegue, en su escrito de contestación de la demanda, que la codemandante haya trabajado las aludidas horas extras, desconociéndolas, observa esta Sala que las mismas devienen del horario de trabajo, el cual quedó establecido como cierto por no haber sido desvirtuado por la accionada. Pero, visto que en ese supuesto las horas extras excederían el máximo legal, se ordena su pago en el límite previsto en el artículo 207, literal b) de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, que es de 100 horas anuales, por cada año de servicio. Ello deberá ser calculado mediante experticia complementaria del fallo, a razón del salario normal devengado en cada una de las semanas en que la trabajadora debió haber percibido su pago. Al respecto, como indicó esta Sala en sentencia N° 235 del 17 de abril de 2015 (caso: *Alberto Mario Castro Palacio contra Pepsico Alimentos, S.C.A.*), “como se ordenó el pago del máximo legal, (...) tales cantidades deben distribuirse proporcionalmente a lo largo del año (es decir, al dividir entre 12 cada cantidad, se obtienen las horas extras de cada mes)”. Además, deben cancelarse con un recargo del cincuenta

por ciento (50%) sobre el salario de la jornada ordinaria, de conformidad con lo establecido en la cláusula 47 de la convención colectiva.

Una vez calculadas, las horas extraordinarias deberán ser adicionadas al salario correspondiente para el cálculo de los conceptos laborales derivados de la relación laboral aquí condenados, en los cuales no se incluyó su incidencia. Así se establece.

### 1.3) PRESTACIONES SOCIALES:

A- CORTE DE CUENTA: El tiempo de servicio que debe considerarse para el cálculo del corte de cuenta para la fecha de entrada en vigencia de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, es desde el 31 de octubre de 1996 hasta el 18 de junio de 1997, es decir, 7 meses y 18 días de servicio; por lo tanto, a la actora corresponde lo siguiente:

A.1- PRESTACIÓN DE ANTIGÜEDAD (CORTE DE CUENTA): El artículo 666 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que se pagará la indemnización de antigüedad prevista en la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, con base al salario normal del mes anterior a la fecha de entrada en vigencia de la misma; en este sentido, la Ley de 1990 contemplaba el pago de 30 días de salario por cada año de servicio o fracción superior a 6 meses.

En consecuencia, por este concepto le corresponden a la demandante 30 días de salario, tomando como base de cálculo el salario normal del mes anterior a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, esto es, del mes de mayo de 1997.

A.2- COMPENSACIÓN POR TRANSFERENCIA: El artículo 666 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que se pagará al trabajador una indemnización de 30 días de salario por cada año –completo– de servicio, con base al salario normal devengado para el 31 de diciembre de 1996. Por lo tanto, a la trabajadora no le corresponde el pago de este concepto, visto que, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, apenas tenía una antigüedad de 7 meses.

B- PRESTACIONES SOCIALES SEGÚN EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO DE 1997: Conteste con el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, el trabajador tiene derecho a una prestación de antigüedad equivalente a 5 días de salario por cada mes, siendo necesario tomar en cuenta que, con lo establecido en el artículo 665 de la referida Ley, los trabajadores que mantengan una relación laboral superior a seis (6) meses a la fecha de su entrada en vigencia –como en el caso de autos–, en el primer año tendrá derecho a una prestación de antigüedad equivalente a sesenta (60) días de salario, lo cual implica que en el cómputo se incluyen los tres primeros meses siguientes a la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo, de modo que les corresponden los cinco (5) días mencionados, desde el mes inmediatamente siguiente a la entrada en vigencia de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997. Asimismo, el trabajador tiene derecho, después del primer año de servicio o fracción superior a 6 meses, a 2 días de salario adicionales por cada año, acumulativos hasta 30 días de salario.

Para el cálculo de los días señalados, el período a considerar es el comprendido entre el 19 de junio de 1997 y el 12 de agosto de 2011, fecha de persistencia en el despido; y debe tomarse en cuenta el salario integral (por lo cual debe incluirse, además de los conceptos que conforman el salario normal, la alícuota de las utilidades y del bono vacacional) percibido por la trabajadora en el mes de servicio correspondiente.

Adicionalmente, para determinar el salario pagado en cada mes, por cuanto no se trajeron al expediente la totalidad de los recibos de los pagos efectuados a la trabajadora por concepto de salario, resulta necesario ordenar que el perito se traslade a la sede de la empresa demandada y revise en sus registros contables, los pagos efectuados por ésta a la actora durante la duración de la relación laboral.

Debe precisar esta Sala que el experto contable debe calcular la alícuota de las utilidades y del bono vacacional, con inclusión del salario mínimo, horas extras, diferencia por días libres y por feriados, y el único domingo trabajado que se condena en el presente fallo, en atención al número de días que correspondía a la trabajadora, por cada concepto, conforme a lo estipulado en las convenciones colectivas vigentes durante la relación laboral, para el momento en que se causó

el derecho: a) bono vacacional: período 1996-1997: 34 días, 1997-1998 al 1999-2000: 40 días, 2000-2001 al 2005-2006: 48 días, 2006-2007 al 2010-2011 (fracción): 53 días; b) utilidades: desde 1996 (fracción) hasta 1997: 70 días, desde 1998 hasta 2000: 90 días, desde 2001 hasta 2003: 95 días, desde 2004 hasta 2005: 105 días, desde 2006 hasta 2011 (fracción): 120 días. Así se declara.

#### 1.4) PARÁGRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO:

En cuanto a los mínimos establecidos en el Parágrafo Primero del citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, el literal c) de dicha disposición establece un mínimo por prestación de antigüedad, de 60 días de salario después del primer año de antigüedad, o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente, siempre que el trabajador hubiere prestado por lo menos 6 meses de servicio, durante el año de extinción del vínculo laboral.

Considerando que la antigüedad de la trabajadora se está computando hasta la fecha de persistencia en el despido, el 12 de agosto de 2011, ello equivale a una prestación de servicios, en el último año –desde el 17 de junio de 2011, considerando que la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 entró en vigor el 17 de junio del referido año–, inferior a la fracción de 6 meses. Por ende, no le corresponde el pago del mínimo de 60 días, conteste con lo previsto en el artículo antes citado.

Con relación a lo anterior, se advierte que si bien en la documental inserta en el folio 105, se evidencia que la empresa le pagó la “*prestación adicional, conforme al Parágrafo Primero, literal c*” de la citada disposición, ello fue consecuencia de la realización del cómputo tomando en cuenta que la relación laboral culminó el 21 de febrero de 2011, y no el 12 de agosto de ese mismo año, como ha considerado esta Sala.

Por las razones expuestas, se declara improcedente la diferencia de prestaciones sociales conteste con lo previsto en el artículo 108, Parágrafo Primero de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*. Así se declara.

## 1.5) INTERESES SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

En cuanto a los intereses sobre la prestación de antigüedad previstos en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, cabe destacar que si bien no fueron demandados expresamente, los mismos son accesorios respecto de la obligación de pago de las prestaciones sociales, las cuales además son de orden constitucional; así fue enfatizado por esta Sala, en sentencia N° 235 del 17 de abril de 2015 (caso: *Alberto Mario Castro Palacio contra Pepsico Alimentos, S.C.A.*). Por lo tanto, se condena a la demandada al pago de los referidos intereses sobre las prestaciones sociales, que calcule el experto de acuerdo con lo ordenado previamente.

Dicho monto se determinará mediante experticia complementaria del fallo, considerándose las tasas de interés fijadas por el Banco Central de Venezuela para cada período, de acuerdo con lo establecido en el literal c) de la citada disposición. Adicionalmente, el perito hará sus cálculos sin capitalizar los intereses. Así se declara.

Con relación a los intereses sobre la indemnización de antigüedad contemplada en el artículo 666 de la referida Ley, se condena a la accionada a su pago, debiendo calcularse de acuerdo con lo establecido en el artículo 668, Parágrafo Segundo *eiusdem*, según la explicación contenida en la decisión N° 1.282 del 16 de diciembre de 2013 (caso: *Joselin Carolina Cova Henríquez y otros contra Atlanta National League Baseball Club, INC.*). Adicionalmente, el perito hará sus cálculos sin capitalizar los intereses. Así se declara.

## 1.6) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO:

Al constar en las actas procesales que la empleadora persistió en el despido de la trabajadora, se tiene como cierta la existencia de un despido injustificado, lo que hace procedente la indemnización contemplada en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997. En este sentido, en la documental inserta en el folio 105, consta que la empresa pagó a la trabajadora 150 días de salario (máximo legal) por concepto de indemnización por despido injustificado, conteste con lo establecido en el numeral 2 de la citada disposición, como en efecto le corresponde, por haber laborado durante una fracción superior a 6 meses.

No obstante, vistos los conceptos salariales acordados en el presente fallo, se concluye que la empleadora adeuda a la actora la diferencia demandada por tal concepto, la cual resulta procedente.

La diferencia en cuestión será calculada mediante experticia complementaria del fallo, y a tal efecto, el experto contable debe calcular los 150 días de salario, con base en el salario integral promedio devengado por la trabajadora durante el último año de servicios, conforme con lo contemplado en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara.

#### 1.7) INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DEL PREAVISO:

De conformidad con lo probado en autos, la empleadora persistió en el despido de la trabajadora, razón por la cual se tiene como cierta la existencia de un despido injustificado, siendo procedente la indemnización sustitutiva del preaviso, conforme a lo establecido en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997. En este sentido, en la documental inserta en el folio 105, consta que la empresa pagó a la trabajadora 90 días de salario (máximo legal) por concepto de indemnización sustitutiva del preaviso, conforme con lo establecido en el literal e) de la citada disposición, como en efecto le corresponde, por tener una antigüedad superior a los 10 años.

No obstante, vistos los conceptos salariales acordados en el presente fallo, se concluye que la empleadora adeuda a la actora la diferencia demandada por tal concepto, la cual resulta procedente.

La diferencia en cuestión será calculada mediante experticia complementaria del fallo, y a tal efecto, el experto contable debe calcular los 90 días de salario, con base en el salario integral promedio devengado por la trabajadora durante el último año de servicios, conforme con lo contemplado en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero sin que el salario base para su cálculo exceda de 10 salarios mínimos, por ser éste el límite previsto en el artículo 125 *eiusdem*.

#### 1.8) VACACIONES Y BONO VACACIONAL FRACCIONADOS:

Advierte esta Sala que la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez no demanda la diferencia de las vacaciones y del bono vacacional generados durante toda la relación laboral, sino por la fracción correspondiente a 9 meses y 2 días, comprendidos entre el 31 de octubre de 2010 y el 2 de agosto de 2011, es decir, que reclama la diferencia de las vacaciones y del bono vacacional fraccionados del último año de servicios (2010-2011). Al respecto, es necesario aclarar que la antigüedad debe entenderse hasta el 12 de agosto de 2011, aunque ello no incide en el cálculo de este concepto, por tomarse en consideración los meses completos.

De la documental inserta en el folio 105, se evidencia que la empresa le pagó 35,33 días de salario por los dos conceptos referidos.

En efecto, la fracción del último año de la relación laboral comprende 9 meses completos, y, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 40, literal d) de la convención colectiva, corresponden a la trabajadora –por tener más de 11 años de antigüedad–, 53 días anuales, lo que equivale, proporcionalmente, a 39,75 días de salario.

Los referidos días de salario deben ser calculados por el experto contable tomando en cuenta, como salario base, el salario normal promedio devengado por la trabajadora durante el lapso considerado, conteste con lo contemplado en el artículo 145 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara.

#### 1.9) UTILIDADES FRACCIONADAS:

Advierte esta Sala que la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez demanda la diferencia, no de las utilidades generadas durante toda la relación laboral, sino de la fracción correspondiente a 7 meses y 2 días, comprendidos entre el 31 de diciembre de 2010 y el 2 de agosto de 2011. Si bien la prenombrada codemandante se refiere al 31 de diciembre de 2010, se entiende que reclama el pago de las utilidades –fraccionadas– correspondientes al ejercicio económico del año 2011. Al respecto, es necesario aclarar que la antigüedad debe entenderse hasta el 12 de agosto de 2011, aunque ello no incide en el cálculo de este concepto, por tomarse en consideración los meses completos.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el encabezado de la cláusula 41 de la convención colectiva, corresponden a la trabajadora 120 días de salario al año, lo que equivale a 70 días de salario, por la fracción de 7 meses completos de servicios en el año 2011.

Los referidos días de salario deben ser calculados por el experto contable tomando en cuenta, como salario base, el promedio de lo devengado por la trabajadora durante dicho ejercicio fiscal. Así se declara.

#### 1.10) DEDUCCIONES:

A las cantidades calculadas por el perito que efectúe la experticia complementaria del fallo, por concepto de prestaciones sociales, intereses sobre prestaciones sociales, indemnización por despido injustificado y sustitutiva del preaviso, vacaciones y bono vacacional fraccionados, así como utilidades fraccionadas, debe deducirse el monto pagado por la empresa al persistir en el despido, de acuerdo con lo evidenciado en las pruebas documentales cursantes en los folios 103 al 105.

Es necesario enfatizar que, de las cantidades que allí constan, el perito no debe incluir, en el monto total a deducir, lo cancelado por la empresa por concepto de salarios caídos, es decir, Bs. 33.868,96 (folio 105), por cuanto el mismo no forma parte de la causa bajo estudio.

Pero, a la cantidad que debe deducir conforme con el párrafo previo, debe añadir el monto pagado, de acuerdo con el registro contable de la empresa, por concepto de corte de cuenta en virtud de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, conteste con lo previsto en su artículo 666, visto que, según la aludida documental que cursa en el folio 105, al persistir en el despido, la empresa pagó el “*saldo pendiente*”, de donde se desprende que hubo un pago precedente. Así se declara.

#### 1.11) DÍAS DE DESCANSO QUE COINCIDEN CON FERIADOS (DOMINGOS):



Se demanda el pago de los días de descanso que coinciden con el día feriado (domingo), de conformidad con lo estipulado en la cláusula 46 de la convención colectiva, los cuales ascienden, según se alega en el escrito libelar, a 58 días, entre los años 2006 y 2011. No obstante, visto que la parte actora alegó una jornada de trabajo rotativa, de lunes a sábado, que también podía ser de martes a domingo –lo cual se estableció como cierto–, asumió la carga de demostrar cuáles días de descanso coincidieron con feriados; en este orden de ideas, es necesario resaltar que, por tratarse de conceptos que exceden de las condiciones normales de la relación de trabajo, la carga de la prueba de los mismos le corresponde a dicha parte procesal, y sólo en caso de ser demostrados, procede su inclusión en el salario normal, así como su incidencia en el salario base de cálculo de los conceptos derivados de aquella. Por ende, visto que la codemandante no satisfizo su carga procesal, se declara improcedente este reclamo. Así se declara.

#### 1.12) DÍAS DE DESCANSO LABORADOS EN DÍA FERIADO (DOMINGO):

Se reclama el pago de 475 días de descanso trabajados, que coinciden con el día feriado (domingo), de conformidad con lo previsto en la cláusula 46 de la convención colectiva.

En este orden de ideas, señala que le pagaban tal concepto con el 50% de recargo, es decir 8,5 salarios a la semana, en lugar de cancelarle 9,5 salarios según lo previsto en la cláusula 46 de la convención colectiva. Al respecto, sólo se evidencia de autos el pago del día domingo trabajado en la semana comprendida entre el 27 de octubre y el 2 de noviembre de 2008, siendo este último día un domingo (folio 146); pero no consta que la demandada adeudara una cantidad de días domingos trabajados superior al que se desprende del único recibo de pago inserto en el expediente, correspondiendo la carga probatoria a la parte actora.

Sin embargo, de la referida documental se desprende que el domingo laborado no fue pagado conforme con lo establecido en la convención colectiva, es decir, el equivalente a 2,5 días de salario por el domingo trabajado, máxime cuando tampoco se consideró el salario mínimo nacional ni las horas extras para determinar el salario base de cálculo. Por lo tanto, se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo, a fin de que el experto designado calcule el

salario diario promedio percibido por la accionante en la semana que laboró el domingo según lo evidenciado en el recibo de pago –aquella comprendida entre el 27 de octubre y el 2 de noviembre de 2008, como se indicó *supra*–, más la incidencia por las horas extras no pagadas por la demandada y tomando en cuenta el salario mínimo no pagado, antes condenado. Al monto obtenido, debe restar la cantidad pagada por tal concepto, de Bs. 183,13 (folio 146). Asimismo, el experto debe determinar la incidencia de ese domingo laborado en el salario integral del mes correspondiente. Así se declara.

#### 1.13) DIFERENCIA POR DÍAS LIBRES SEMANALES:

La codemandante Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez reclama la diferencia en el día libre semanal (1 día libre a la semana, durante toda la relación laboral), en virtud de la incidencia del salario mínimo, domingo trabajado y día de descanso que coincide con domingo. Al respecto, se observa que en razón de los conceptos condenados anteriormente, y su incidencia necesaria en los montos correspondientes derivados de la relación laboral, se evidencia que efectivamente existe una diferencia a favor de la accionante por los días libres semanales, en los cuales no se adicionó la incidencia del salario mínimo, el domingo trabajado y horas extras. En consecuencia, se ordena al experto el cálculo de esa diferencia en el monto de los días libres que efectivamente fueron pagados por la demandada, para lo cual deberá revisar los registros contables de la demandada (tal como se ordenó en la citada sentencia N° 1.090 del 11 de agosto de 2014, caso: *Ruperto de Jesús Cornieles Barreto contra Hotel Tamanaco, C.A.*). Así se declara.

#### 1.14) DIFERENCIA POR FERIADOS:

Reclama la codemandante la diferencia en el pago por días feriados cancelados por la empresa, por cuanto ésta no tomó en cuenta, para pagar los días feriados, la cantidad de Bs. 142,45 por día, compuesta por la alícuota del día domingo trabajado, del día de descanso que coincide con el día domingo, del día libre semanal y del salario mínimo. En cuanto a este pedimento, debe señalar esta Sala que corresponde a la actora la incidencia de los conceptos anteriormente condenados, esto es, la incidencia del salario mínimo, el domingo trabajado y horas extras en el pago de los días feriados cancelados por la empresa

demandada, según se desprende de los autos; dicha incidencia será calculada mediante la experticia contable (tal como se ordenó en la citada sentencia N° 1.090 del 11 de agosto de 2014, caso: *Ruperto de Jesús Cornieles Barreto contra Hotel Tamanaco, C.A.*). Así se establece.

#### 1.15) RÉGIMEN PRESTACIONAL DE EMPLEO:

Se demanda el pago de una cantidad de dinero por concepto de “seguro de paro forzoso”, por cuanto –según se afirma en el escrito libelar– no fue posible tramitar la prestación dineraria prevista en la Ley del Régimen Prestacional de Empleo en virtud del incumplimiento de la empleadora, de entregar a la trabajadora los documentos necesarios para ello.

En cuanto al pedimento planteado, se observa que en sentencia N° 313 del 23 de mayo de 2013 (caso: *Efrén Francisco Sánchez Núñez contra Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal*), esta Sala de Casación Social sostuvo:

(...) el 30 de diciembre de 2002, entró en vigencia la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, que vino a regular la protección de las personas frente a contingencias sociales y laborales. Es decir que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, vino a regular el llamado sistema de paro forzoso, que amparaba al trabajador ante cesantías y le facilitaba los mecanismos necesarios para la reinserción en el mercado de trabajo, [el cual] vino a ser sustituido por el Régimen Prestacional de Empleo, cuyo objeto es la protección del trabajador ante las contingencias de pérdidas involuntarias del empleo y de desempleo.

En efecto, el artículo 31 de la Ley de Régimen Prestacional de Empleo, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.281 del 27 de septiembre de 2005, establece las prestaciones que otorgará el Régimen Prestacional de Empleo al trabajador cesante, una de las cuales –la prevista en el numeral 1 de dicha disposición–, consiste en una obligación de dar: Una “[p]restación dineraria mensual hasta por cinco meses, equivalente al sesenta por ciento (60%) del monto resultante de promediar el salario mensual utilizado para calcular las cotizaciones durante los últimos doce meses de trabajo anteriores a la cesantía”. Igualmente, la citada disposición preceptúa, en su último aparte, que “[e]stas prestaciones dinerarias serán canceladas por la Tesorería de Seguridad Social con cargo al Fondo Contributivo del Régimen Prestacional de Empleo (...)”.

Conteste con lo dispuesto en el encabezado del artículo 36 *eiusdem*, el trabajador cesante podrá solicitar su calificación como beneficiario de la prestación dineraria, a través de los procedimientos que establezca el Instituto Nacional de Empleo, dentro de los sesenta días continuos siguientes a la terminación de la relación de trabajo o pérdida involuntaria de la fuente de ingreso.

A tal efecto, el artículo 35 de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo establece, en su encabezado, el deber por parte del empleador de informar a la Tesorería de Seguridad Social y al Instituto Nacional de Empleo, la terminación de la relación laboral, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha en que ocurra tal hecho, y entregar al trabajador cesante beneficiario una planilla de cesantía según formato producido por el Instituto Nacional de Empleo, sellada y firmada por el patrono.

Asimismo, el artículo 5, numeral 3 *eiusdem* consagra el derecho del trabajador de recibir de su patrono la documentación necesaria para realizar los trámites correspondientes; en este sentido, se preceptúa:

*Derechos de los trabajadores y trabajadoras*

**Artículo 5.** Los trabajadores y trabajadoras en relación con el Régimen Prestacional de Empleo tienen derecho a: (*Omissis*).

3. Recibir del empleador o empleadora a la terminación de la relación de trabajo, todos los documentos necesarios para tramitar las prestaciones del Régimen Prestacional de Empleo, de conformidad con lo establecido en esta Ley y su Reglamento.

(*Omissis*)

Sin embargo, la falta de notificación por parte del patrono a la Administración acerca del término de la relación de trabajo, así como la consignación de la planilla de cesantía al trabajador, constituyen supuestos que dan lugar a la imposición de multas, de conformidad con lo contemplado en el Título X de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo; concretamente, el artículo 57 dispone:

*Infracciones muy graves*

**Artículo 57.** Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, se sancionará con multas de setenta y seis unidades tributarias (76 U.T.) a cien

unidades tributarias (100 U.T.), por cada trabajador o trabajadora afectado por el empleador o empleadora que: (*Omissis*).

4. No comunique a la Tesorería de Seguridad Social y al Instituto Nacional de Empleo, la terminación de la relación laboral o del contrato de trabajo dentro de los tres días hábiles siguientes.

5. Nunca comunique a la Tesorería de Seguridad Social la terminación de la relación laboral o del contrato de trabajo.

6. No haga entrega de la planilla de cesantía al trabajador o la trabajadora.

(*Omissis*)

En los casos previstos en este artículo, y según la gravedad de la infracción, podrá acordarse, en lugar de la aplicación de las multas, el cierre de la empresa, establecimiento, explotación o faena, hasta por setenta y dos horas (...).

Si bien en la disposición parcialmente transcrita se señala “*sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales*”, es preciso resaltar que el artículo 39 de la Ley *in commento* prevé cuándo, de forma excepcional, será el patrono quien deba asumir, total o parcialmente, las prestaciones y beneficios que correspondan al trabajador en caso de cesantía:

*Responsabilidad del empleador o empleadora*

**Artículo 39.** El empleador o empleadora que no se afilió, o no afilió a su trabajador o trabajadora al Régimen Prestacional de Empleo, queda obligado a pagar al trabajador o trabajadora cesante todas las prestaciones y beneficios que le correspondan en virtud de esta Ley en caso de cesantía, más los intereses de mora correspondientes.

Si el empleador o empleadora no enterare oportunamente hasta un tercio (1/3) de las cotizaciones debidas, estará obligado al pago de las prestaciones y beneficios que correspondan al trabajador o trabajadora cesante en proporción al defecto de cotización y el tiempo efectivo de servicio, más los intereses de mora correspondientes.

Si la mora excediere ese porcentaje, el empleador o empleadora, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, estará obligado al pago íntegro de las prestaciones previstas en esta Ley, más los intereses de mora correspondientes.

Los intereses de mora a los que refiere este artículo se calcularán según la variación habida en el Índice de Precios al Consumidor de la ciudad de

Caracas entre la fecha del pago de las prestaciones y su reintegro, sin perjuicio de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.

La acción del trabajador o trabajadora para reclamar al empleador o empleadora el valor de las prestaciones y beneficios que le correspondan en virtud de esta Ley, prescribe a los dos años, contados a partir de la fecha en que concluyó la prestación del servicio.

Como se observa, la disposición citada contiene una norma de excepción – de interpretación restrictiva–, porque la regla general es que el Régimen Prestacional de Empleo otorgue al trabajador los beneficios previstos en la Ley especial, y el empleador únicamente debe asumirlos cuando se compruebe la ocurrencia de alguno de los tres supuestos allí establecidos, a saber, que no se haya afiliado, que no haya afiliado al trabajador o que no consigne oportunamente hasta un tercio de las cotizaciones debidas.

En el caso bajo estudio, no se verificó ninguno de los tres supuestos aludidos –observándose al respecto que en el recibo de pago de la semana comprendida entre el 27 de octubre y el 2 de noviembre de 2008, se incluye una deducción por concepto de “*Reg. Prestac. de Empleo*” (folio 146)–; más aun, aquellos ni siquiera fueron alegados por la parte actora, quien sustentó su pedimento en la supuesta falta de entrega de la documentación, por parte del patrono.

En consecuencia, esta Sala concluye que es improcedente el pedimento de la codemandante Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez referido al “*seguro de paro forzoso*”, al no constatarse alguno de los supuestos de excepción previstos en el artículo 39 de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, en los cuales el patrono queda obligado a pagar las prestaciones y beneficios que correspondan al trabajador, total o parcialmente. En este orden de ideas, cabe destacar que tales prestaciones y beneficios “*deben ser requeridos por el demandante ante el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.)*” (*vid.* sentencia de la Sala Especial Segunda de la Sala de Casación Social, N° 1.407 del 6 de octubre de 2014, caso: *Hipólito Antonio Rodríguez Auyoa contra Agropecuaria Las Guaruras, C.A. y otros*). Así se declara.

## **2) Ciudadano Henry Robles Yúnez**

Previamente, debe acotarse que constituye un hecho no controvertido, la duración de la relación laboral, que se extendió entre el 4 de mayo de 1998 y el 9 de noviembre de 2010. Así se declara.

## 2.1) SALARIO MÍNIMO NACIONAL:

Tal como se indicó con relación a la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez, resulta aplicable el criterio sostenido en la referida sentencia N° 1.438 de 2009, es decir, que en los supuestos de salario mixto, la parte fija no puede ser inferior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional. Así se declara.

Igualmente, se advierte que no cursan en autos pruebas que permitan establecer que en efecto la empresa pagó al prenombrado ciudadano una parte fija de salario, además del porcentaje por los consumos de los clientes, tal como lo afirmó en la contestación de la demanda. En este sentido, únicamente se encuentra inserto al expediente un recibo de pago, correspondiente a la semana del 1° al 7 de diciembre de 2008, en el cual se evidencia un pago de Bs. 55,30 por 5 días de salario, aparte del monto de Bs. 624,26 por concepto de “*Puntos % Cabañas*” (folio 147); no obstante, el aludido recibo de pago de una semana no permite arribar a la conclusión de que en efecto el salario del trabajador estaba constituido por una parte fija, además de las propinas, y mucho menos, que la pretendida porción invariable se pagó durante toda la relación laboral.

En consecuencia, la parte accionada debe pagar el salario mínimo durante el lapso que el trabajador se desempeñó en el Departamento de Alimentos y Bebidas. En este orden de ideas, es preciso aclarar que si bien ambas partes aseveraron que el incumplimiento de dicho límite salarial por parte del patrono, se suscitó a partir de su traslado al mencionado Departamento de Alimentos y Bebidas, ninguna de ellas especificó la fecha en que ello ocurrió, ni se desprende de forma clara de las pruebas insertas en autos. Así, en la documental inserta en el folio 106 se señala que el ciudadano Henry Robles Yúnez ocupaba el cargo de mesonero en la “*Localidad La Cabaña*”, con fecha de ingreso el 4 de mayo de 1998, sin que se precise una fecha de traslado distinta a su ingreso a la empresa.

Tal situación podría llevar a ordenar el pago del salario mínimo desde el comienzo de la relación laboral, el 4 de mayo de 1998, pero ello devendría en el vicio de *ultrapetita*, visto que la parte actora reconoció que “*al inició (sic) de la relación laboral se lo cancelaban*” (folio 5). Por lo tanto, se ordena al experto contable que realice la experticia complementaria del fallo, trasladarse a la sede de la empresa demandada y revisar en sus registros contables, a partir de qué fecha figura ocupando un cargo en el Departamento de Alimentos y Bebidas, y, por ende, devengando un salario basado en un porcentaje sobre la consumición de los clientes.

En consecuencia, se ordena a la empresa demandada pagar al ciudadano Henry Robles Yúnez el salario mínimo nacional desde la fecha en que comenzó a desempeñarse en el Departamento de Alimentos y Bebidas de dicha empresa, hasta la finalización de la relación laboral, esto es, el 9 de noviembre de 2010. El perito deberá deducir, solamente, la cantidad antes indicada de Bs. 55,30, que fue la única demostrada.

Asimismo, el experto contable deberá calcular la incidencia de la inclusión del salario mínimo nacional en los conceptos derivados de la relación laboral, que se condenen en el presente fallo. Así se declara.

## 2.2) JORNADA LABORAL Y HORAS EXTRAORDINARIAS:

Con relación a las horas extras, se observa en primer lugar que el codemandante Henry Robles Yúnez alega haber laborado un horario de trabajo rotativo de lunes a sábado, que también podía ser de martes a domingo, con un día libre a la semana que podía ser cualquiera, de 8:40 a.m. a 4:20 p.m., señalando que trabajaba 48 horas semanales; en consecuencia, afirma que la empresa demandada le adeuda 4 horas extras semanales. Ante la referida aseveración, la parte demandada aduce que nunca trabajó 48 horas semanales, y que siempre cumplió una jornada ordinaria de 44 horas.

Como se señaló en el caso de la otra codemandante, y siguiendo lo establecido por esta Sala en un caso similar, en la sentencia N° 1.090 del 11 de agosto de 2014 (caso: *Ruperto de Jesús Cornieles Barreto contra Hotel Tamanaco, C.A.*), se advierte que, al haber señalado la empresa accionada que la



jornada de la prenombrada trabajadora no era de 48 horas, como se indica en el escrito libelar, sino de 44 horas semanales, debió precisar y probar cuál era el horario efectivamente laborado por ella, correspondiendo entonces a la demandada, la carga de desvirtuar su jornada laboral. Considerando que nada alegó ni probó al respecto, queda establecido que la jornada de trabajo del ciudadano Henry Robles Yúnez era de 8:40 a.m. a 4:20 p.m., rotativo de lunes a sábado, y que también podía ser de martes a domingo, con un día libre a la semana Así se declara.

En consecuencia, se tienen como ciertas las 4 horas extras diurnas a la semana, alegadas en el escrito libelar, al haber quedado establecido como cierto horario de trabajo, por no haber sido desvirtuado por la accionada. Conteste con lo anterior, y tal como se indicó *supra* respecto de la otra codemandante, se ordena el pago de horas extras en el límite previsto en el artículo 207, literal b) de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, que es de 100 horas anuales, por cada año de servicio. Ello deberá ser calculado mediante experticia complementaria del fallo, a razón del salario normal devengado en cada una de las semanas en que el trabajador debió haber percibido su pago. Al respecto, como indicó esta Sala en sentencia N° 235 del 17 de abril de 2015 (caso: *Alberto Mario Castro Palacio contra Pepsico Alimentos, S.C.A.*), “*como se ordenó el pago del máximo legal, (...) tales cantidades deben distribuirse proporcionalmente a lo largo del año (es decir, al dividir entre 12 cada cantidad, se obtienen las horas extras de cada mes)*”. Además, deben cancelarse con un recargo del cincuenta por ciento (50%) sobre el salario de la jornada ordinaria, de conformidad con lo establecido en la cláusula 47 de la convención colectiva.

Una vez calculadas, las horas extraordinarias deberán ser adicionadas al salario correspondiente para el cálculo de los conceptos laborales derivados de la relación laboral aquí condenados, en los cuales no se incluyó su incidencia. Así se establece.

### 2.3) PRESTACIONES SOCIALES SEGÚN EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO DE 1997:

Conteste con el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, el trabajador tiene derecho a una prestación de antigüedad equivalente a 5 días de salario por

cada mes, a partir del tercer mes de servicio. Asimismo, el trabajador tiene derecho, después del primer año de servicio o fracción superior a 6 meses, a 2 días de salario adicionales por cada año, acumulativos hasta 30 días de salario.

Para el cálculo de los días señalados, el período a considerar es el comprendido entre el 4 de mayo de 1998 y el 9 de noviembre de 2010; y debe tomarse en cuenta el salario integral (por lo cual debe incluirse, además de los conceptos que conforman el salario normal, la alícuota de las utilidades y del bono vacacional) percibido por el trabajador en el mes de servicio correspondiente.

Adicionalmente, para determinar el salario pagado en cada mes, por cuanto no se trajeron al expediente la totalidad de los recibos de los pagos efectuados al trabajador por concepto de salario, resulta necesario ordenar que el perito se traslade a la sede de la empresa demandada y revise en sus registros contables, los pagos efectuados por ésta al actor durante la duración de la relación laboral.

Debe precisar esta Sala que el experto contable debe calcular la alícuota de las utilidades y del bono vacacional, con inclusión del salario mínimo, horas extras, diferencia por días libres y por feriados, y el único domingo trabajado que se condena en el presente fallo, en atención al número de días que correspondía al trabajador, por cada concepto, conforme a lo estipulado en las convenciones colectivas vigentes durante la relación laboral, para el momento en que se causó el derecho: a) bono vacacional: período 1998-1999: 34 días, 1999-2000: 40 días, 2000-2001 al 2001-2002: 41 días, 2002-2003 al 2007-2008: 48 días, 2008-2009 al 2010-2011 (fracción): 53 días; b) utilidades: desde 1998 (fracción) hasta 2000: 90 días, desde 2001 hasta 2003: 95 días, desde 2004 hasta 2005: 105 días, desde 2006 hasta 2010 (fracción): 120 días. Así se declara.

#### 2.4) PARÁGRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO:

En cuanto a los mínimos establecidos en el Parágrafo Primero del citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, el literal c) de dicha disposición establece un mínimo por prestación de antigüedad, de 60 días de salario después del primer año de antigüedad, o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o

depositado mensualmente, siempre que el trabajador hubiere prestado por lo menos 6 meses de servicio, durante el año de extinción del vínculo laboral.

Considerando que la antigüedad del trabajador se extiende entre el 4 de mayo de 1998 y el 9 de noviembre de 2010, ello equivale a una prestación de servicios, en el último año de servicios –desde el 4 de mayo hasta el 9 de noviembre de 2010–, igual a 6 meses completos. Por ende, le corresponde el pago del mínimo de 60 días, conforme con lo previsto en el artículo antes citado.

Visto que el cálculo debe efectuarse sobre la base del salario integral (por lo cual debe incluirse, además de los conceptos que conforman el salario normal, la alícuota de las utilidades y del bono vacacional) percibido por el trabajador –debiendo tomarse en cuenta el promedio del período a considerar, por tratarse de un salario mixto–, se declara procedente la diferencia de prestaciones sociales conforme con lo previsto en el artículo 108, Parágrafo Primero de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*. Así se declara.

## 2.5) INTERESES SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

En cuanto a los intereses sobre la prestación de antigüedad previstos en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, cabe destacar que si bien no fueron demandados expresamente, los mismos son accesorios respecto de la obligación de pago de las prestaciones sociales, las cuales además son de orden constitucional; así fue enfatizado por esta Sala, en sentencia N° 235 del 17 de abril de 2015 (caso: *Alberto Mario Castro Palacio contra Pepsico Alimentos, S.C.A.*). Por lo tanto, se condena a la demandada al pago de los referidos intereses sobre las prestaciones sociales, que calcule el experto de acuerdo con lo ordenado previamente.

Dicho monto se determinará mediante experticia complementaria del fallo, considerándose las tasas de interés fijadas por el Banco Central de Venezuela para cada período, de acuerdo con lo establecido en el literal c) de la citada disposición. Adicionalmente, el perito hará sus cálculos sin capitalizar los intereses. Así se declara.

## 2.6) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO:

Al evidenciarse de la liquidación de prestaciones sociales del ciudadano Henry Robles Yúnez (folio 106), que la relación laboral finalizó por despido injustificado, resulta procedente la indemnización contemplada en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997. En este sentido, en la mencionada documental inserta en el folio 106, consta que la empresa pagó al trabajador el monto de Bs. 24.612,00 por concepto de indemnización por despido injustificado, con lo establecido en la citada disposición.

Al respecto, se observa que le corresponde la aplicación del numeral 2) del citado artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, que contempla 30 días de salario por cada año de antigüedad o fracción superior a 6 meses, hasta un máximo de 150 días de salario. En consecuencia, considerando la antigüedad del trabajador, le corresponde el máximo legal, esto es, 150 días de salario.

No obstante, vistos los conceptos salariales acordados en el presente fallo, se concluye que la empleadora adeuda al actor la diferencia demandada por tal concepto, la cual resulta procedente.

La diferencia en cuestión será calculada mediante experticia complementaria del fallo, y a tal efecto, el experto contable debe calcular los 150 días de salario, con base en el salario integral promedio devengado por el trabajador durante el último año de servicios, con lo contemplado en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara.

## 2.7) INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DEL PREAVISO:

Al evidenciarse de la liquidación de prestaciones sociales del ciudadano Henry Robles Yúnez (folio 106), que la relación laboral finalizó por despido injustificado, resulta procedente la indemnización sustitutiva del preaviso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997. En efecto, en la mencionada documental inserta en el folio 106, consta que la empresa pagó al trabajador el monto de Bs. 14.767,20 por dicho concepto, con lo establecido en la citada disposición.

Al respecto, se observa que le corresponde la aplicación del literal e) de la citada disposición, que prevé 90 días de salario, por tener una antigüedad superior a los 10 años.

No obstante, vistos los conceptos salariales acordados en el presente fallo, se concluye que la empleadora adeuda al actor la diferencia demandada por tal concepto, la cual resulta procedente.

La diferencia en cuestión será calculada mediante experticia complementaria del fallo, y a tal efecto, el experto contable debe calcular los 90 días de salario, con base en el salario integral promedio devengado por el trabajador durante el último año de servicios, conteste con lo contemplado en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero sin que el salario base para su cálculo exceda de 10 salarios mínimos, por ser éste el límite previsto en el artículo 125 *eiusdem*.

## 2.8) VACACIONES Y BONO VACACIONAL FRACCIONADOS:

Advierte esta Sala que el ciudadano Henry Robles Yúnez no demanda la diferencia de las vacaciones y del bono vacacional generados durante toda la relación laboral, sino por la fracción correspondiente a 6 meses y 5 días, comprendidos entre el 4 de mayo y el 9 de noviembre de 2010, es decir, que reclama la diferencia de las vacaciones y del bono vacacional fraccionados del último año de servicios (2010-2011), durante el cual sólo laboró 6 meses completos.

De la documental inserta en el folio 106, se evidencia que la empresa le pagó Bs. 799,89 y Bs. 2.461,20 por los dos conceptos referidos.

En efecto, la fracción del último año de la relación laboral comprende 6 meses completos, y, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 40, literal d) de la convención colectiva, corresponden al trabajador –por tener más de 11 años de antigüedad–, 53 días anuales, lo que equivale, proporcionalmente, a 26,5 días de salario.

Los referidos días de salario deben ser calculados por el experto contable tomando en cuenta, como salario base, el salario normal promedio devengado por el trabajador durante el lapso considerado, conforme con lo contemplado en el artículo 145 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara.

#### 2.9) UTILIDADES FRACCIONADAS:

Advierte esta Sala que el ciudadano Henry Robles Yúnez demanda la diferencia, no de las utilidades generadas durante toda la relación laboral, sino de la fracción correspondiente a 10 meses y 9 días, comprendidos entre el “31 de diciembre de 2010 [Rectius: 2009]” y el 9 de noviembre de 2010. Si bien el prenombrado codemandante se refiere al “31 de diciembre de 2010 [Rectius: 2009]”, se entiende que reclama el pago de las utilidades –fraccionadas– correspondientes al ejercicio económico del año 2010.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el encabezado de la cláusula 41 de la convención colectiva, corresponden al trabajador 120 días de salario al año, lo que equivale a 100 días de salario, por la fracción de 10 meses completos de servicios en el año 2010.

Los referidos días de salario deben ser calculados por el experto contable tomando en cuenta, como salario base, el promedio de lo devengado por el trabajador durante dicho ejercicio fiscal. Así se declara.

#### 2.10) DEDUCCIONES:

A las cantidades calculadas por el perito que efectúe la experticia complementaria del fallo, por concepto de prestaciones sociales, intereses sobre prestaciones sociales, indemnización por despido injustificado y sustitutiva del preaviso, vacaciones y bono vacacional fraccionados, así como utilidades fraccionadas, debe deducirse el monto pagado por la empresa al realizar la liquidación de prestaciones sociales, de acuerdo con lo evidenciado en la prueba documental cursante en el folios 106.

Asimismo, el experto contable debe deducir el anticipo de prestaciones sociales que consta en el mencionado documento, contentivo de la liquidación de prestaciones sociales, por Bs. 37.790,00. Así se declara.

#### 2.11) DÍAS DE DESCANSO QUE COINCIDEN CON FERIADOS (DOMINGOS):

Se demanda el pago de los días de descanso que coinciden con el día feriado (domingo), de conformidad con lo estipulado en la cláusula 46 de la convención colectiva, los cuales ascienden, según se alega en el escrito libelar, a 55 días, entre los años 2006 y 2010. No obstante, visto que la parte actora alegó una jornada de trabajo rotativa, de lunes a sábado, que también podía ser de martes a domingo –lo cual se estableció como cierto–, asumió la carga de demostrar cuáles días de descanso coincidieron con feriados; en este orden de ideas, es necesario resaltar que, por tratarse de conceptos que exceden de las condiciones normales de la relación de trabajo, la carga de la prueba de los mismos le corresponde a dicha parte procesal, y sólo en caso de ser demostrados, procede su inclusión en el salario normal, así como su incidencia en el salario base de cálculo de los conceptos derivados de aquella. Por ende, visto que el codemandante no satisfizo su carga procesal, se declara improcedente este reclamo. Así se declara.

#### 2.12) DÍAS DE DESCANSO LABORADOS EN DÍA FERIADO (DOMINGO):

Se reclama el pago de 475 días de descanso trabajados, que coinciden con el día feriado (domingo), de conformidad con lo previsto en la cláusula 46 de la convención colectiva.

En este orden de ideas, señala que le pagaban tal concepto con el 50% de recargo, es decir 8,5 salarios a la semana, en lugar de cancelarle 9,5 salarios según lo previsto en la cláusula 46 de la convención colectiva. Al respecto, sólo se evidencia de autos el pago del día domingo trabajado en la semana comprendida entre el 1° y el 7 de diciembre de 2008, siendo este último día un domingo (folio 147); pero no consta que la demandada adeudara una cantidad de días domingos trabajados superior al que se desprende del único recibo de pago inserto en el expediente, correspondiendo la carga probatoria a la parte actora.

Sin embargo, de la referida documental se desprende que el domingo laborado no fue pagado conforme con lo establecido en la convención colectiva, es decir, el equivalente a 2,5 días de salario por el domingo trabajado, máxime cuando tampoco se consideró el salario mínimo nacional ni las horas extras para determinar el salario base de cálculo. Por lo tanto, se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo, a fin de que el experto designado calcule el salario diario promedio percibido por el accionante en la semana que laboró el domingo según lo evidenciado en el recibo de pago –aquella comprendida entre el 1° y el 7 de diciembre de 2008, como se indicó *supra*–, más la incidencia por las horas extras no pagadas por la demandada y tomando en cuenta el salario mínimo no pagado, antes condenado.

Al monto obtenido, el perito debe restar la cantidad pagada por tal concepto, de Bs. 172,66, menos Bs. 1,00 deducidos en ese mismo recibo por concepto de “domingo no trabajado” (folio 147), siendo menester resaltar que, a pesar de dicha deducción, se tiene por probado el día domingo laborado, al no coincidir el monto pagado con el descontado (Bs. 172,66 y Bs. 1,00, en su orden). Asimismo, el experto debe determinar la incidencia de ese domingo laborado en el salario integral del mes correspondiente. Así se declara.

### 2.13) DIFERENCIA POR DÍAS LIBRES SEMANALES:

El codemandante Henry Robles Yúnez reclama la diferencia en el día libre semanal (1 día libre a la semana, durante toda la relación laboral), en virtud de la incidencia del salario mínimo, domingo trabajado y día de descanso que coincide con domingo. Al respecto, se evidencia que en razón de los conceptos condenados anteriormente, y su incidencia necesaria en los montos correspondientes derivados de la relación laboral, se observa que efectivamente existe una diferencia a favor del accionante por los días libres semanales, en los cuales no se adicionó la incidencia del salario mínimo, el domingo trabajado y horas extras. Por lo tanto, se ordena al experto el cálculo de esa diferencia en el monto de los días libres que efectivamente fueron pagados por la demandada, para lo cual deberá revisar los registros contables de la demandada (tal como se ordenó en la citada sentencia N° 1.090 del 11 de agosto de 2014, caso: *Ruperto de Jesús Cornieles Barreto contra Hotel Tamanaco, C.A.*). Así se declara.



#### 2.14) DIFERENCIA POR FERIADOS:

Reclama el codemandante la diferencia en el pago por días feriados cancelados por la empresa, por cuanto ésta no tomó en cuenta, para pagar los días feriados, la cantidad de Bs. 255,75 por día, compuesta por la alícuota del día domingo trabajado, del día de descanso que coincide con el día domingo, del día libre semanal y del salario mínimo. En cuanto a este pedimento, debe señalar esta Sala que corresponde al actor la incidencia de los conceptos anteriormente condenados, esto es, la incidencia del salario mínimo, el domingo trabajado y horas extras en el pago de los días feriados cancelados por la empresa demandada, según se desprende de los autos; dicha incidencia será calculada mediante la experticia contable ordenada (tal como se ordenó en la citada sentencia N° 1.090 del 11 de agosto de 2014, caso: *Ruperto de Jesús Cornieles Barreto contra Hotel Tamanaco, C.A.*). Así se establece.

#### 2.15) RÉGIMEN PRESTACIONAL DE EMPLEO:

Se demanda el pago de una cantidad de dinero por concepto de “seguro de paro forzoso”, por cuanto –según se afirma en el escrito libelar– no fue posible tramitar la prestación dineraria prevista en la Ley del Régimen Prestacional de Empleo en virtud del incumplimiento de la empleadora, de entregar al trabajador los documentos necesarios para ello.

En cuanto al pedimento planteado, tal como se señaló *supra* respecto de la codemandante Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez, no se verificó ninguno de los tres supuestos establecidos en el artículo 39 de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo como requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patronal de asumir, total o parcialmente, las prestaciones a las que tiene derecho al trabajador cesante, frente a la Administración. Tales supuestos son –se reitera– que el empleador no se haya afiliado, que no haya afiliado al trabajador o que no consigne oportunamente hasta un tercio de las cotizaciones debidas, observándose al respecto que en el recibo de pago de la semana comprendida entre el 1° y el 7 de diciembre de 2008, se incluye una deducción por concepto de “Reg. Prestac. de Empleo” (folio 147). Dichos supuestos, además, ni siquiera fueron alegados por la parte actora, quien sustentó

su pedimento en la supuesta falta de entrega de la documentación, por parte del patrono.

En consecuencia, esta Sala concluye que es improcedente el pedimento del codemandante Henry Robles Yúnez referido al “*seguro de paro forzoso*”, al no constatarse alguno de los supuestos de excepción previstos en el artículo 39 de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, en los cuales el patrono queda obligado a pagar las prestaciones y beneficios que correspondan al trabajador, total o parcialmente. En este orden de ideas, cabe destacar que tales prestaciones y beneficios “*deben ser requeridos por el demandante ante el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.)*” (vid. sentencia de la Sala Especial Segunda de la Sala de Casación Social, N° 1.407 del 6 de octubre de 2014, caso: *Hipólito Antonio Rodríguez Auyoa contra Agropecuaria Las Guaruras, C.A. y otros*). Así se declara.

#### **INTERESES MORATORIOS:**

Conteste con el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio sostenido por esta Sala en sentencia N° 1.841 del 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita contra Maldifassi & Cía. C.A.*), se ordena el pago de los intereses de mora de la cantidad condenada a pagar por concepto de diferencia de prestación de antigüedad, así como de los restantes conceptos, debiendo calcularse dichos intereses desde la fecha de terminación del vínculo laboral –el 12 de agosto de 2011, en el caso de la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez, y el 9 de noviembre de 2010, en el caso del ciudadano Henry Robles Yúnez– hasta la fecha del pago efectivo por parte de la demandada; dicho cálculo se efectuará considerando para ello la tasa de interés fijada por el Banco Central de Venezuela, conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo. Además, para el cálculo de los enunciados intereses de mora no operará el sistema de capitalización de los mismos ni serán objeto de indexación. Así se declara.

En cuanto al cálculo del interés de mora para el concepto de indemnización de antigüedad contemplado en el artículo 666 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 (cuyo pago se ordenó respecto de la ciudadana Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez), debe efectuarse con base a lo previsto en el artículo 668, Parágrafo

Primero de esa misma Ley, según la explicación contenida en la decisión N° 1.282 del 16 de diciembre de 2013 (caso: *Joselin Carolina Cova Henríquez y otros contra Atlanta National League Baseball Club, INC.*). Así se declara.

### **CORRECCIÓN MONETARIA:**

Igualmente, se ordena la corrección monetaria de la cantidad condenada por concepto de diferencia de prestación de antigüedad, desde la fecha de terminación de la relación laboral –antes indicadas–; y, para el resto de los conceptos laborales acordados, desde la notificación de la demanda –el 9 de diciembre de 2011 (folio 82)–, hasta la fecha en que la accionada efectúe el pago efectivo de las cantidades aquí condenadas, excluyendo únicamente el lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo de las partes, o haya estado paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, como vacaciones judiciales. Asimismo, el experto contable debe tomar en cuenta el Índice Nacional de Precios al Consumidor, de conformidad con la Resolución N° 08-04-01 del Banco Central de Venezuela y la Providencia Administrativa N° 08 del Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo a través del Instituto Nacional de Estadística, publicados en los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela. Así se declara.

Adicionalmente, si la demandada no cumpliera de manera voluntaria, el Tribunal deberá, mediante experticia complementaria del fallo y en aplicación del artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, calcular los intereses moratorios y la corrección monetaria de la cantidad condenada a pagar, a partir de la fecha del decreto de ejecución hasta la oportunidad del pago efectivo. Así se declara.

A fin de calcular los montos adeudados a la parte demandante, se ordena la elaboración de una experticia complementaria del fallo, que será realizada por un único perito designado por el tribunal al que corresponda la ejecución del fallo, cuyos honorarios profesionales deberán ser sufragados por la demandada y quien debe fundamentarse en los parámetros establecidos en la presente decisión. Así se declara.

### **DECISIÓN**

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la ley, hace los siguientes pronunciamientos: **PRIMERO:** Declara **CON LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia publicada el 12 de marzo de 2013 por el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; en consecuencia, **SEGUNDO:** **ANULA** el fallo antes identificado; y **TERCERO:** Declara **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda interpuesta por los ciudadanos Karolyn Coromoto Rangel de Gutiérrez y Henry Robles Yúnez, contra la sociedad mercantil Hotel Tamanaco, C.A.

No hay condenatoria en costas, en virtud de lo establecido en los artículos 59 y 61 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

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

No firman la presente decisión las Magistradas Dra. Marjorie Calderón Guerrero y Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa, quienes no asistieron a la audiencia pública y contradictoria, por motivos justificados.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los doce (12) días del mes de mayo de dos mil quince. Años: 205º de la Independencia y 156º de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

---

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

La Vicepresidenta de la Sala,

La Magistrada,

---

MÓNICA GIOCONDAMISTICCHIO TORTORELLA

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA

EI-

Magistrado

El Magistrado y Ponente,

---

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

DANILO A. MOJICA MONSALVO

El Secretario,

---

MARCOS ENRIQUE PAREDES

**R.C. AA60-S-2013-000581**  
**Nota: Publicado en su fecha**

El Secretario,