



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE

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

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

En el proceso judicial que por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales sigue el ciudadano **JOSÉ LUIS GARCÍA PÉREZ**, titular de la cédula de identidad N° 9.483.268, representado judicialmente por los profesionales del Derecho Luis José Krikorian, María Carolina Moros Rodríguez, Mayerli Rosales Palacios, David Aponte y Knut Nicolay Waale, inscritos en el INPREABOGADO bajo los N°s 107.166, 106.977, 61.872, 33.269 y 36.856, en su orden, contra la sociedad mercantil **BANCO DE VENEZUELA, S.A., BANCO UNIVERSAL**, anotada ante el *“Registro Mercantil que llevaba el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, en el 3er. trimestre de 1890, bajo el N° 33, folio 36 vto. del libro protocolo duplicado; siendo su última reforma inscrita por ante el Registro Mercantil II de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha 13 de octubre de 2003, bajo el N° 5, tomo 146-A-Sgdo”*, representada por los abogados Víctor Manuel Vilachá Ayestarán, Alejandro García Pérez, Ángel Bernardo Viso, Alonso Rodríguez Pittaluga, León Henrique Cottin, Igor Enrique Medina, Ángel Gabriel Viso, Andrés Ramírez Díaz, Rafael Álvarez Villanueva, Beatriz Abraham Monserat, María de Lourdes Viso, Ana Sofía Gallardo, Alexander Preziosi, María Carolina Solórzano Palacios, Graciela Yazawa, Alfredo Abou-Hassan, Álvaro Prada Alviárez, Federico Jagenberg, Edgar Eduardo Berroteran Velásquez, Beatriz Fernández, Caterina Cantelmi Jewtuschenko, Elis Carolin Hernández Contreras, Elberto Alejandro Sardi Díaz, Lisbeth Josefina Borrego Castillo, Marlene Morales, Jenny Elizabeth Ramírez Sanabria, Dayana Betzabeth Castellano Santoni, Raúl Gonzalo Medina Vélez, Carlos Eduardo Peña Vásquez, Plácido Vicente Mujica, Martha Cristina Arjona Chaparro y Bianca Nayerling Rodríguez Márquez, abogados en ejercicio e inscritos en el INPREABOGADO bajo los N°s 98.923, 131.050, 609, 1.135, 7.135, 9.846, 22.671, 8.442, 11.246, 24.625, 33.996, 12.373, 38.998, 52.054, 56.504, 58.774, 65.692, 84.862, 129.992, 95.067, 86.790, 112.886, 81.884, 59.143, 121.193, 41.745, 91.678, 138.561, 112.135, 208.558, 126.557, 87.610, 144.431, correlativamente; el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante decisión de fecha 10 de mayo de 2012, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, sin lugar el recurso de apelación incoado por la parte demandada, y parcialmente con lugar la demanda, modificando la decisión proferida el 7 de

diciembre de 2011, por el Juzgado Décimo Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la aludida Circunscripción Judicial, que había declarado parcialmente con lugar la demanda.

Contra la decisión de alzada, ambas partes interpusieron recurso de casación y una vez admitidos, fue remitido el expediente a esta Sala de Casación Social.

Recibido el expediente, tanto la representación judicial de la parte actora como la representación judicial de la parte demandada, presentaron sus respectivos escritos de formalización por ante la Secretaría de esta Sala de Casación Social. Hubo impugnación por parte de la demandada.

En fecha 7 de agosto de 2012, el Magistrado Dr. Omar Alfredo Mora Díaz, se inhibió de conocer la presente causa por estar incurso en la causal contenida en el ordinal 9° del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, la cual fue declarada con lugar mediante auto proferido por la Sala de Casación Social Accidental en fecha 10 de agosto del mismo año.

Mediante auto de fecha 3 de octubre de 2012, se ordenó convocar a la quinta Magistrada suplente Dra. Bettys Luna Aguilera, conforme a lo previsto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

El 24 de octubre de 2012, se reconstituyó la Sala en virtud de la inhibición del Magistrado Dr. Omar Alfredo Mora Díaz, recayendo los cargos de presidente y vicepresidente en los Magistrados Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez y Dr. Juan Rafael Perdomo, respectivamente.

En fecha 14 de enero de 2013, tomaron posesión de sus cargos los Magistrados Suplentes Octavio Sisco Ricciardi, Sonia Coromoto Arias Palacios y Carmen Esther Gómez Cabrera, quienes fueron convocados por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de sus atribuciones, a los fines de cubrir la falta absoluta en virtud de la culminación del período constitucional de los Magistrados Omar Alfredo Mora Díaz, Juan Rafael Perdomo y Alfonso Valbuena Cordero, respectivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la sentencia N° 1701 de fecha 6 de diciembre de 2012, dictada por la Sala Constitucional de este máximo Tribunal.

Mediante Resolución N° 2014-002 de fecha 13 de febrero de 2014, proferida por la Sala Plena de este alto Tribunal, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.506 de fecha 26 de septiembre de 2014, se crearon cinco Salas Especiales para el conocimiento y decisión de expedientes que han sido recibidos por la Secretaría de la Sala de Casación Social hasta el año 2012, contentivos de recursos de casación. En consecuencia, al corresponder la nomenclatura de la causa *sub lite* al año 2012, pasa al conocimiento de las Salas Especiales, concretamente a la Sala Especial Primera, integrada por el Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, y las Magistradas Accidentales Mónica Chávez Pérez y Bettys del Valle Luna Aguilera.

En fecha 28 de diciembre de 2014, la Asamblea Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 264 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 8 y 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, designó como Magistrados Principales de esta Sala de Casación Social a los Dres. Edgar Gavidia Rodríguez, Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Marjorie Calderón Guerrero, quienes tomaron posesión de sus cargos el día 29 de diciembre de 2014.

Por auto de fecha 12 de enero de 2015, se reconstituyó la Sala de Casación Social quedando conformada del modo 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 esa oportunidad se reasignó la ponencia del presente asunto, a la Magistrada Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, quien con tal carácter suscribe este fallo.

Posteriormente, en fecha 12 de febrero de 2015, en razón de la celebración de la sesión extraordinaria de Sala Plena de este máximo Tribunal el 11 del mismo mes y año, en la que se procedió a designar a las nuevas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, se reconstituyó esta Sala de Casación Social quedando integrada así: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, Magistrada Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa, los Magistrados Dr. Edgar Gavidia Rodríguez y Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

Conforme con la Resolución N° 2015-0010 de fecha 27 de mayo de 2015, proferida por la Sala Plena de este alto Tribunal, mediante la cual se crean las Salas Especiales de la Sala de Casación Social y el Acta de instalación de las mismas. En consecuencia, al corresponder la nomenclatura de la causa *sub lite* al año 2012, pasa al conocimiento de las Salas Especiales, concretamente a la Sala Especial Segunda, integrada por la Magistrada Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, y las Magistradas Accidentales Carmen Esther Gómez Cabrera y Mónica Chávez Pérez.

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

El 25 de enero de 2016, se fijó la audiencia oral, pública y contradictoria prevista en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el día viernes 26 de febrero de ese mismo año, a las diez de la mañana (10:00 a.m.).

Celebrada la audiencia en la fecha indicada, y dictada la decisión en forma oral e inmediata, esta Sala de Casación Social, procede a publicar la misma en atención a lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en los términos siguientes:

- I -

## DEL RECURSO DE CASACIÓN

Por razones metodológicas se procederá al examen de la primera denuncia planteada por la representación judicial de la parte demandada en su escrito de formalización.

Con fundamento en el artículo 168, numeral 3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denunció el formalizante el vicio de inmotivación, y en tal sentido alega la parte demandada que la recurrida es inmotivada al no expresar los motivos de forma clara, precisa y lacónica, acerca de la condenatoria del concepto de utilidades, solicitado por la parte actora en su libelo de demanda.

Indica que el *ad quem* condena a su representada a cancelar a favor del actor, un incremento por horas extras laboradas, dando por demostrado el pago de horas por parte de la demandada, teniendo como soporte los recibos de pagos consignados por la entidad financiera y ordena incluirlas nuevamente a efectos del cálculo del salario integral para computar el pago de utilidades.

En ese mismo hilo argumentativo, considera como esencial el referido aspecto, puesto que no se puede observar del fallo objeto de impugnación, como concluyó el juez de segunda instancia que no estaba incluida en el cálculo de utilidades la incidencia de horas extras, cuando “...*quedó claro de su propio examen que en los comprobantes de pago estaban acreditadas las mismas a los efectos del cálculo del salario integral, que sirvió de base de cálculo para las utilidades...*”. (Sic).

Por último, aduce que la violación denunciada resulta determinante en el dispositivo del fallo, pues sobre la base de falta de razonamiento, y con la arbitraria conclusión a la que arribó el juez de alzada, se condena a la entidad financiera a cancelar inadecuadamente el beneficio de utilidades, incluyendo una cantidad que ya había sido pagada en la oportunidad correspondiente.

Para decidir, esta Sala de Casación Social observa:

Ha establecido esta instancia jurisdiccional que el vicio de inmotivación se configura de distintas maneras, a saber: *i)* la falta de motivación, que ocurre cuando no se expresa motivo alguno, es decir, cuando la sentencia no contiene materialmente ningún razonamiento de hecho ni de derecho en que pueda sustentarse el dispositivo, de modo que la motivación exigua, breve, lacónica, no se traduce en inmotivación pues en tal supuesto la Sala podrá controlar la legalidad de la decisión tanto en el establecimiento de los hechos como en la aplicación del derecho; *ii)* la contradicción en los motivos, que se verifica cuando las razones del fallo se destruyen entre sí; *iii)* el error en los motivos, no se refiere a que los motivos sean errados o equivocados sino cuando los motivos expresados no guardan ninguna relación con la pretensión deducida y con las excepciones o defensas opuestas, caso en el cual los motivos aducidos, a causa de su manifiesta incongruencia con los términos en que quedó circunscrita la controversia, deben ser tenidos como jurídicamente inexistentes y; *iv)* la falsedad o manifiesta

ilogicidad de la motivación, que existe cuando los motivos son tan vagos, generales, inocuos o absurdos que se desconoce el criterio jurídico que observó el juez para dictar su decisión.

En este orden de argumentación, se advierte que la recurrida en su sentencia dispuso:

...El otro aspecto de la apelación del apoderado actor es el relativo a las horas extras, quien al respecto, señala: nosotros produjimos como una de las pruebas de las horas extras, un listado de las horas extras trabajadas por mi representado para el Banco de Venezuela; esa lista fue desechada del proceso, porque, a decir de la juez, esa lista no estaba ni firmada ni tenía el logotipo del Banco de Venezuela, no fue emanada del Banco de Venezuela; lo cierto de caso, es que si bien es cierto que ese listado no fue emanado del Banco de Venezuela, en los recibos de pago, que si fueron valorados como pruebas emanadas del Banco de Venezuela, sí aparecen las horas extras que nosotros hemos solicitado, que no fueron calculadas para efectos, primero, que fueron mal calculadas, y segundo, que no fueron tomadas en consideración para los efectos del salario integral para el pago de la prestación de antigüedad; específicamente, Ciudadano Juez, la Ley Orgánica del Trabajo, establece que para las horas extras nocturnas hay un recargo del 80%, que era como se las estaban pagando, sin embargo, en el contrato colectivo del período 2006-2009 del Banco de Venezuela, el recargo para las horas extras nocturnas es del 110%; es decir, le estaban pagando las horas extras, pero de acuerdo a la LOT y no con el recargo del contrato colectivo, o sea, con el 80% y no con el 110%, y esa diferencia incide a los efectos del cálculo del salario integral para el pago de las prestaciones y todo lo que se paga con el salario integral; lo mismo, con las horas extras diurnas, las cuales tienen un incremento de acuerdo a la LOT del 50%, pero la cláusula 72 del contrato colectivo del Banco, acuerda un 70% de incremento para las horas extras diurnas. Por otro lado, de acuerdo al trabajo de mi representado, él estaba en el área de informática, y tenía que cumplir muchas guardias, y muchas de ésta eran en sábados, domingos, feriados bancarios o feriados nacionales, y el contrato colectivo establece que si esas jornadas se cumplían en horario diurno, el aumento era del 90%, e insisto, no es que no se las pagaban sino que se las calcularon mal; y en caso que la jornada se cumpliera en horario nocturno, el aumento era del 110%; todo eso está establecido en la cláusula 72, y no hubo pronunciamiento, Ciudadano Juez, en la sentencia respecto a esto.

El tribunal, de la revisión que hizo de los recibos de pago de salario que aportó la parte actora, que cursan al cuaderno de recaudos N° 1, observa que en efecto, a los mismos consta el pago de horas extras diurnas y nocturnas hechas por la empresa demandada al actor; y sin embargo, no hizo la recurrida pronunciamiento alguno respecto a lo petitionado en el sentido arriba expresado, y debe en consecuencia, la demandada cancelar al actor, las diferencias del incremento por hora extra laborada, según los recibos supra señalados, conforme a la cláusula 72 de la convención colectiva, y así mismo, ajustar el salario integral incorporando al mismo la diferencia anotada por el trabajo en horas extras, y aplicar con esta diferencia del salario integral, el pago de los conceptos que se pagan con salario integral según la contratación colectiva. En este sentido, prospera la apelación del actor. Así se establece.

(...Omissis...)

Igualmente fundamenta su apelación la parte actora, indicando que: “en cuanto a las utilidades, hemos dicho que hubo error en los cálculos de horas extras diurnas y nocturnas, y adicionalmente en la cláusula 77 del contrato indica que el banco paga 120 días de salario integral, entonces si hubo error en el cálculo del salario integral, es evidente que hubo también error en el cálculo de las utilidades”.

Se observa que este tribunal consideró procedente la apelación respecto a las horas extras diurnas y nocturnas, indicando: de la revisión que hizo de los recibos de pago de salario que aportó la parte actora, que cursan al cuaderno de recaudos N° 1, observa que en efecto, a los mismos consta el pago

de horas extras diurnas y nocturnas hechas por la empresa demandada al actor; y como quiera que las incidencias de estas horas extras deben incluirse en el salario para el cálculo del salario integral, tiene el actor derecho a que las utilidades que acuerda la cláusula 77 del contrato colectivo, sean calculadas en base al salario integral, y como no consta que en el pago de las mismas se hubiere incluido la incidencia de las horas extras laboradas, debe la demandada satisfacer la diferencia de las mismas. Por lo que prospera la apelación de la parte actora también por esta razón, y así se establece...

Del texto transcrito se evidencia que si bien la denuncia formulada por la parte demandada se circunscribe a la falta de motivación por parte del juez de segunda instancia sobre el concepto de utilidades, el referido pronunciamiento guarda como génesis la procedencia del pago erróneo de las horas extraordinarias, por considerar el *ad quem* acertado el alegato de la parte actora, atinente a que la entidad financiera Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal, no aplicó los recargos porcentuales por concepto de horas extraordinarias establecidos en la N° 72 de la Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009, para lo cual se limitó a exponer que con ocasión de la falta de pronunciamiento por el *a quo* acerca del punto aducido, y constatado de los recibos de pago que figuran en el cuaderno de recaudos N° 1 del expediente, la demandada debía cancelar al actor, las diferencias del incremento por hora extra laborada prevista en la cláusula aludida, y dictaminó el ajuste del salario integral, por no haberse incorporado –a su consideración– la diferencia existente por el trabajo en horas extras, lo cual conllevó a ordenar el pago de la diferencia de utilidades.

No obstante, con tal decisión no se logra comprobar lo esgrimido por el juzgado superior, para determinar la existencia del pago por concepto de horas extraordinarias, sin las alícuotas establecidas en la Cláusula N° 72 de la convención colectiva suscrita entre los trabajadores y la entidad financiera demandada, a saber, horas extraordinarias diurnas con un recargo de setenta por ciento (70%), horas extraordinarias nocturnas y horas extraordinarias en días feriados con un recargo del ciento diez por ciento (110%), ni que las mismas no hayan sido consideradas para la obtención del salario integral reseñado en la Cláusula N° 2 de la referida contratación colectiva, el cual serviría de cálculo para el concepto de utilidades para los ejercicios económicos 2006, 2007, 2008 y la fracción correspondiente al año 2009.

Esta instancia jurisdiccional a los fines de constatar dichas diferencias, pudo extraer del cuadro de cálculos reseñado por la parte accionante en su escrito de demanda (*Vid.* Folios 12, 13 y 14 de la pieza N° 1 del expediente), que en la columna impresa con el título “*Horas extras*”, se totalizan las horas extraordinarias pagadas al accionante discriminadas mes a mes, coincidiendo con las reveladas en cada uno de los comprobantes de pago giradas a favor del ciudadano José Luis García Pérez, por lo que en caso de afirmarse alguna diferencia, considera esta Sala que debía ser expuesta por la representación judicial del actor, pues de lo contrario, debe entenderse que la demandante se conformó con los montos cancelados, y en consecuencia no existió diferencia de pago alguna. Dicha cuestión no fue observada por el juez *ad quem*, al declarar procedente la diferencia aducida, obviando que el referido pedimento fue descrito de manera genérica en el libelo de demanda, lo cual evidencia la violación del principio dispositivo.

En este particular, lo afirmado por la recurrida es absolutamente ilógico y carente de todo sentido, pues es completamente insostenible que se considere como no efectuado el pago de lo reclamado sólo porque la

sentencia de primera instancia no se haya pronunciado, obviando el incumplimiento por la parte actora de su carga alegatoria, por lo que debe considerarse que la sentencia impugnada carece de sustento que permita esta Sala de Casación Social controlar la legalidad del fallo, pues predomina en él la generalidad al establecer que “*de la revisión que hizo de los recibos de pago de salario que aportó la parte actora, que cursan al cuaderno de recaudos N° 1...*”, se patentizaba el pago erróneo de las horas extraordinarias, las cuales influyen negativamente en la resolución del controvertido, puesto que el juez de alzada, refirió en su fallo que debido a dicho equívoco, resultaban a favor del accionante la diferencia de utilidades solicitada.

De modo pues, que en el aspecto delatado, la sentencia recurrida adolece del vicio de inmotivación por falsedad o manifiesta ilogicidad, en virtud que su sustento fue vago e impreciso, lo que impidió conocer el criterio jurídico que observó el juez para adoptar su decisión.

Siendo ello así, resulta evidente que la decisión proferida por el *ad quem*, obviamente genera un estado de inseguridad a la parte recurrente, por lo que esta Sala de Casación Social considera ajustado, en este caso en particular, considerar procedente la denuncia planteada, y en consecuencia anular el fallo como en efecto así se declara. En este sentido pasa de seguidas a descender al fondo del asunto con aras de garantizar un veredicto ecuaníme, y así garantizar a ambas partes una justicia eficiente y expedita.

En virtud de la procedencia de la anterior delación, resulta inoficioso el conocimiento de las restantes denuncias formuladas tanto por la parte demandada como por la parte actora, por lo que se declara con lugar el recurso de casación ejercido por la parte accionada, por tanto, se anula el fallo impugnado, emanado del Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 8 de enero de 2014, y procede esta Sala de Casación Social a resolver sobre el fondo del asunto debatido, en atención a lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

## - II -

### **DECISIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA**

La parte demandante alega en su escrito libelar que comenzó a prestar servicios para el Banco de Venezuela, el 4 de diciembre de 1995, en la Gerencia de Operaciones, recibiendo un trato discriminatorio en cuanto al aumento de sueldos, pues en el año 2003, cuando se acordó un aumento de sueldos y salarios a todos los trabajadores adscritos a esa Gerencia, a él no se le otorgó, por lo cual se dirigió al Jefe de Grupo, a quien le manifestó la situación económica que estaba atravesando, y la respuesta fue que para él no había aumento.

Expone que hasta el año 2009 tampoco se dieron aumentos de sueldo en dicha Gerencia de Operaciones; que hubo en ese año reducción de personal, por lo cual fue recargado de trabajo, y no se le permitió salir de vacaciones. Indica que en el año 2007, siendo Operador de Tecnología, y por la misma falta de personal, tuvo que desempeñar frecuentemente las labores de Coordinador de Operaciones, lo que recargó sus actividades en un mil doscientas cincuenta (1.250) horas extras, lo cual se comprueba –a su decir-, con la simple suma de los pagos

realizados en la nómina de ese año, y con el agravante que sus superiores no lo dejaron disfrutar de sus vacaciones.

Plantea, que luego de cinco (5) meses desempeñando un cargo superior al suyo, tuvo que solicitar que lo promovieran, y después de acceder al cargo, el salario que le pagaban era inferior al que ganaban los otros trabajadores que desempeñaban el mismo cargo, evidenciándose no solo la flagrante violación de las Cláusulas 37, 38 y 39 de la Convención Colectiva 2006-2009 suscrita entre el Sindicato y la entidad financiera Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal (Grupo Santander), sino el trato discriminatorio hacía su persona.

Aduce que en julio de 2008, se dio un aumento general de sueldos en la Gerencia de Operaciones, que ascendió a más del diez por ciento (10%) para los demás empleados adscritos al referido departamento, pero que a él de manera discriminatoria, solo se le incrementó en 2,33% su salario.

Exterioriza que en múltiples ocasiones solicitó a la Gerencia de Operaciones de Sistemas, el disfrute de alguno de los siete (7) períodos vacacionales vencidos y no disfrutados, siendo negado reiteradamente, hasta que después de su insistencia desesperada, accedieron a dárselas de mala gana. Que el 7 de abril de 2009, solicitó nuevamente a la Gerencia de Operaciones de Sistemas, el disfrute de un (1) período de vacaciones, correspondiente al año 2003, vencidas y no disfrutadas, lo que le fue nuevamente negado.

Asimismo, afirma que en el mes de abril de 2009, al analizar el contenido de sus recibos de pago, observó que no le cancelaron correctamente los domingos trabajados, y que tanto los referidos domingos como las horas extraordinarias pagadas no fueron incluidas en el cálculo del fideicomiso.

Manifiesta que el 28 de abril de 2009, después de trece (13) años y cuatro (4) meses de labores para el Banco de Venezuela, y luego de todos los abusos e injusticias cometidos en su contra, la falta de consideración como ser humano y trabajador, y la afectación de su núcleo familiar por las condiciones de trabajo, así como la reiterada, ilegal y continua negativa a permitirle el disfrute de vacaciones, tomó la decisión de retirarse justificadamente, y presentó una carta de retiro justificado que no fue aceptada por la Gerente de Operaciones de Sistemas, cuya titular después de leer el documento y hacer innumerables consultas acerca del mismo, se negó a firmarlo, quedándose con una copia; que luego se dirigió a la recepción de correspondencia, y de igual manera no fue aceptada, remitiéndolo a la recepción de recursos humanos, donde no se la recibieron, enviándolo a hablar con una persona en Recursos Humanos, de nombre Miriam Strubingir, la cual no aceptó la carta en cuestión. Que en vista de ello, procedió a presentar la carta con una testigo, pero tampoco se la recibieron. Asegura que al haber sido negado el disfrute de sus vacaciones, se constituye una causa de retiro justificado, por cuanto altera las condiciones anímicas de cualquier persona, y por tanto, se transforma en un despido indirecto, razón por la cual reclama las indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*.

Seguidamente denuncia la violación de la Cláusula N° 72 del Contrato Colectivo 2006-2009, respecto al pago de las horas extras, por cuanto afirma que en el año 2007, por la escasez de personal, tuvo que desempeñar



frecuentemente un cargo superior al suyo, tanto en responsabilidad como en tareas, siendo recargado con 1.200 horas extras de trabajo, las cuales no fueron adecuadamente calculadas a los efectos del salario integral con el que realizaban los depósitos de la antigüedad en la cuenta del fideicomiso.

Acerca de los conceptos derivados de la terminación de la relación de trabajo, expone que percibía un salario variable, consistente en un básico más las horas extras laboradas, los gastos de alimentación y de transporte, el bono nocturno, la bonificación especial anual, la bonificación por guardias y la beca por hijo.

Indica que a los efectos de realizar los cálculos de algunos conceptos y beneficios laborales, es imperativo obtener el salario promedio del último año, a fin de que las vacaciones y el bono vacacional sean calculados con ese salario.

Puntualiza que la definición de salario integral establecida en la Cláusula N° 1 del contrato colectivo, incluye, además de los conceptos preceptuados en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, el aporte del Banco en la cuenta de ahorro del trabajador, según la Cláusula N° 41 de la referida convención colectiva 2006-2009, que es equivalente al doce por ciento (12%) del salario básico del trabajador por concepto de aporte de caja de ahorro.

Detalla el accionante, a través de cuadro de cálculo, el salario devengado mes a mes desde el inicio de la relación de trabajo hasta su finalización; para posteriormente obtener el cálculo del salario diario integral, adicionándole la alícuota de utilidades y de bono vacacional, tendientes a obtener el monto que debe ser acreditado por concepto de prestación de antigüedad, según lo previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*.

Respecto a las utilidades, reclama el actor las diferencias de éstas que le han sido retenidas y no pagadas, a razón de 120 días de salario integral por año, conforme a la Cláusula N° 77 del contrato colectivo, puesto que nunca le fueron canceladas conforme al salario integral, ni tampoco conforme al monto efectivamente percibido a lo largo del año, por lo que demanda la diferencia de las utilidades que corresponden al tiempo que duró la relación de trabajo, con base al promedio anual del salario integral devengado para cada ejercicio económico.

En cuanto a la reclamación por concepto de vacaciones y bono vacacional por falta de disfrute, reclama el pago a razón de veinte (20) días por año y uno (1) adicional después del quinto año de trabajo, y treinta y cinco (35) días por bono vacacional, con base al último salario devengado.

Adicionalmente, solicita sea condenada la demandada por aplicación de la Cláusula N° 42 del contrato colectivo, referida al retardo en el pago de las prestaciones sociales, desde la fecha del retiro (28 de abril de 2009), hasta la fecha de la interposición de la demanda, con base a un salario normal de Bs. 58,33.

Demanda por aplicación de la Cláusula N° 68 del contrato colectivo, el concepto de preaviso extra, que equivale a un mes de salario.

En ese mismo orden, solicita la aplicación de las Cláusulas N<sup>os</sup> 78 y 79 de la convención colectiva 2006-2009, atinentes a los conceptos de bonificación especial anual y bonificación de fin de año, para que sea cancelada su fracción correspondiente al año 2009.

Finalmente, demanda el actor la suma de Bs.150.000,00, por concepto de daño moral, alegando, que al no permitirle la demandada el disfrute de sus vacaciones por más de seis (6) años, colocó en peligro su calidad de vida, lo que le causó un daño emocional y psicológico en su núcleo familiar, puesto que por la falta de tiempo, y la sobre carga de trabajo, descuidó la relación matrimonial como esposo, como padre y como hijo, resultando en un profundo dolor para él y los suyos, por no tener tiempo para compartir sino en las épocas de vacaciones, que le fueron reiterada e ilegalmente negadas. Añade que como consecuencia del abuso de derecho, la entidad financiera le causó daños morales, que, a su consideración deben ser indemnizados conforme a lo previsto en los artículos 1.185, 1.193 y 1.196 del Código Civil.

En virtud de los razonamientos expuestos, el accionante reclama los siguientes conceptos y montos:

<b>Conceptos</b>	<b>Días</b>	<b>Salario Diario (Bs. Fuertes)</b>	<b>Total Bs. Fuertes</b>
<b>Asignaciones</b>			
1. Prestación de antigüedad (Art. 108 Ley Orgánica del Trabajo)	842	Variable	53.707,13
2. Intereses sobre antigüedad (Art. 108 Ley Orgánica del Trabajo)		%BCV	31.814,74
3. Prestación de antigüedad (Art. 108 L.O.T. Parágrafo Primero Lit c)	10	154,84	1.548,42
4. Prestación de antigüedad (Art. 108 L.O.T. 2 días adicionales del último año)	20	154,84	3.096,83
5. Indemnización por despido injustificado 125 Ley Orgánica del Trabajo	150	154,84	23.226,23
6. Indemnización sustitutiva del preaviso 125 Ley Orgánica del Trabajo	90	154,84	13.935,74
7. Vacaciones y Bono vacacional vencidas no disfrutadas 219 y 223 L.O.T.			56.124,80
8. Vacaciones fraccionadas enero 2009 – abril 2009 (4 meses)	9,67	109,09	1.054,50
9. Bono Vacacional fraccionado enero 2009 – abril 2009 (4 meses)	11,67	109,09	1.272,67
9. Diferencias en utilidades			8.388,32
10. Utilidades fraccionadas	40	154,84	6.193,66
11. Cláusula 42 Plazo para pago de prestaciones sociales.	35	58,33	2.041,67
12. Cláusula 68 Preaviso extra			1.750,00
13. Cláusula 78 Bonificación especial anual			802,08
14. Cláusula 79 Bonificación especial anual			583,33
15. Daño moral			150.000,00
		<b>Total</b>	<b>355.540,61</b>
Deducciones			
Adelanto de fideicomiso			-33.875,87
		<b>Total a pagar</b>	<b>321.664,74</b>

Sobre la cantidad determinada como estimación de la demanda, la parte accionante solicita la determinación de los intereses de mora e indexación, más el pago de costas y costos del proceso.

Por su parte, la representación judicial de la sociedad mercantil accionada Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal, en su **escrito de contestación** reconoció que el actor inició la relación de trabajo para su representada en diciembre de 1995, desempeñándose en la Gerencia de Operaciones y que para el mes de julio del año 2008, efectivamente la entidad bancaria aplicó el aumento de sueldo que tradicionalmente hacia para ese mes.

Por otra parte, pasa a rechazar, negar y contradecir los siguientes hechos:

- Que no se le haya aumentado el sueldo al actor desde el año 1995.
- Que los aumentos correspondientes al actor deban hacerse vía Gerencia de Operaciones y que lo cual sea práctica común en todas las Gerencias del Banco, argumentando que dicho aumento de sueldo, es fijado por las máximas autoridades del Banco.
- Que en el año 2003 la Gerencia de Operaciones haya dado aumento de sueldo a todos los empleados adscritos a dicha Gerencia.
- Que los aumento de sueldo desde el año 2003 hasta el 2009 deban darse vía Gerencia de Operaciones.
- Que en el año 2003 haya habido reducción de personal y al actor se le haya recargado el trabajo, por lo cual no se le permitió salir de vacaciones
- Que en el 2007, el actor tuvo que desempeñarse frecuentemente como Coordinador de Operaciones, y que en virtud de ello no se le permitió salir de vacaciones.
- Que el personal del Banco o de la Gerencia de Operaciones haya recibido aumento superior al 10%, argumentando que en todo caso el aumento de sueldo se aplica por evaluación de desempeño, por lo que considera que no existía discriminación salarial en contra del actor.
- Que el sueldo del actor como Coordinador de Operaciones estuviera por debajo del sueldo que corresponde a dicho cargo, destacando que no existió discriminación salarial.
- Que en el mes de octubre de 2008 se le haya negado al actor el disfrute de vacaciones solicitadas
- Que tanto en enero y abril de 2009, el actor haya solicitado vacaciones, y que las mismas le hayan sido negadas.
- Que el actor no se le haya cancelado correctamente los días domingos trabajados.
- Que cuando el actor trabajó horas extras, éstas no hayan sido incluidas para el cálculo de los cinco (5) días de antigüedad que se depositan en el fideicomiso.
- Que contra el actor se hayan cometido abusos o injusticias, o no se le haya tenido consideración como ser humano y trabajador.
- Que el trabajo del actor haya o pueda afectar su núcleo familiar.
- Que haya habido reiterada y continua negativa de permitir al actor disfrutar sus vacaciones anuales.
- Que el actor haya presentado carta de retiro justificado en la Recepción de Correspondencia y en Recursos Humanos, y a la Gerente de Operaciones, y que esta última se haya negado a firmarla.
- Que el actor haya tratado de presentar la carta de retiro justificado por intermedio de un testigo.
- Que el actor se haya retirado de su trabajo en forma justificada, por discriminación salarial y por no permitírsele el disfrute de sus vacaciones.

- Que con el actor se haya convenido o se le pagara un salario variable, argumentando que el salario del actor fue convenido por unidad de tiempo.
- Que para el cálculo de los beneficios laborales del actor se deba promediar el salario devengado en el último año.
- Que la sumatoria de los salarios de mayo de 2008 hasta abril de 2009 se obtenga la cantidad de Bs. 39.217,00, es decir, Bs. 3.272,58, mensual y Bs. 109,09, diario.
- Que los intereses de la prestación de antigüedad se hayan calculados con montos que eran adecuados, argumentando que no debe pagarse nada además de los intereses generados en el fideicomiso.
- Que su representada le adeude al actor la cantidad de Bs. 53.707,13, por concepto de antigüedad prevista en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997.
- Que su representada le adeude al actor la cantidad de Bs. 58.352,37, por prestación de antigüedad y por interese sobre la prestación de antigüedad del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo por Bs. 31.814,74.
- Que su representada le adeude al actor utilidades retenidas o no pagadas y utilidades fraccionadas.
- Que durante el tiempo que duró la relación laboral el concepto de utilidades no haya sido cancelado con base al salario integral.
- Que su representada le adeude al actor la cantidad de Bs. 8.388,82 por concepto de utilidades de los años 1998 al 2008.
- Que su representada le adeude al actor la cantidad de Bs. 6.193,66 por concepto de utilidades fraccionadas del año 2009, y que sobre dicha cantidad le correspondan intereses de mora y corrección monetaria.
- Que su representada le adeude cantidad alguna por concepto de vacaciones, bono vacacional y falta de disfrute.
- Que el último salario normal devengado por el actor haya sido de Bs. 109,09.
- Que al actor le corresponda pago por concepto de despido injustificado y sustitutivo de preaviso según lo establecido en los artículos 125 y 146 de la Ley Orgánica del Trabajo., y que dicho cálculo deba realizarse con base al promedio de lo devengado en el último año de servicios.
- Que el actor haya devengado un salario promedio diario de Bs. 154,52.
- Que su representada le adeude al actor cantidad alguna por el concepto establecido en la Cláusula N° 42 de la convención colectiva, arguyendo que al actor le fueron pagadas sus prestaciones sociales.
- Que al actor le corresponda la indemnización prevista en la Cláusula N° 68 de la convención colectiva, por concepto de preaviso extra.
- Que al actor le corresponda las bonificaciones previstas en las Cláusulas N°s 78 y 79 de la Contratación Colectiva de Trabajo.
- Que su representada le adeude al actor cantidad alguna por concepto de intereses sobre las cantidades demandadas calculados desde el supuesto retiro justificado.
- Que la demandada adeude al actor cantidad alguna por supuesto daño moral.

Con relación al no disfrute de las vacaciones alegado por el actor en su escrito libelar, la demandada manifestó que éste disfrutó de muchos períodos vacacionales y el hecho de que no haya disfrutado algunos, no se le puede atribuir a la negativa de la empresa a otorgarlo.

En lo atinente al retiro justificado, adujo la representación judicial de la parte accionada que el ciudadano José Luis García Pérez, en fecha 28 de abril de 2009 comenzó a disfrutar sus vacaciones anuales, las cuales vencían el 2 de junio de 2009, oportunidad en la que el trabajador no se reincorporó a sus funciones. De igual modo indicó que al inicio del período vacacional, esto es, el 28 de abril de 2009, al actor se le pagó el monto que le correspondía por los días de vacaciones y el bono vacacional, y además recibió el pago de la primera quincena del mes de junio de 2009.

Por último en lo referente al pedimento de la parte actora, relativo a que el pago de los domingos trabajos y las horas extras fueron calculadas erróneamente y que las mismas no fueron incluidas en el pago del fideicomiso girado a favor del accionante, la representación judicial de la sociedad mercantil demandada no sólo se limitó a negar dicho alegato sino que insistió en que en todo caso dicha reclamación es genérica, lo que la hace carecer de sustentación fáctica y legal.

Planteados como han quedado los hechos alegados por la parte actora, así como las defensas opuestas por la parte demandada; a saber, la existencia del vínculo laboral, la fecha de inicio de la relación laboral (04/12/1995), y el pago efectivo de horas extraordinarias, pasa esta Sala a resolver la presente controversia, precisando que el *thema decidendum* en la misma se circunscribe en determinar: **i) si existió o no una práctica discriminatoria en cuanto a los aumentos salariales que debió haber percibido o incluso en los que alega no haber recibido, ii) sí la terminación de la relación de trabajo se debe o no a un retiro justificado como causa de la falta de disfrute de múltiples períodos vacacionales y de ser cierto si es procedente su respectivo pago, iii) determinar si el actor percibió una remuneración variable o por unidad de tiempo, y iv) si concurren o no diferencias salariales motivadas al pago erróneo de las horas extraordinarias laboradas y los domingos trabajados**, que repercutirían en el cálculo de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, y por último **v) la supuesta existencia de daño moral**, por lo que esta Sala pasa a pronunciarse en los términos que a continuación se exponen:

En innumerables sentencias esta Sala de Casación Social ha establecido que la distribución de la carga de la prueba en materia laboral, se fijará de acuerdo con la forma en la que el accionando proceda a contestar la demanda, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 135 *eiusdem*.

Establecidos como han quedado los términos del presente contradictorio, esta Sala de Casación Social pasa a analizar las pruebas promovidas por las partes.

### **Análisis Probatorio**

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

##### **Documentales**

**1.- Comprobante de nómina abono en cuenta de sueldo y otras remuneraciones** desde el período de marzo de 2005 hasta marzo de 2009, marcados con los alfanuméricos “A127” al “A222”, (folios 3 al 98 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **les atribuye valor probatorio**, de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que los mismos no fueron desconocidos por la parte demandada, evidenciándose que el accionante devengaba los conceptos de salario básico con decretos, bono nocturno, horas extraordinarias diurnas, horas extraordinarias nocturnas, horas extras feriadas, guardias personal tecnología, gastos por alimentación, gastos por transporte, becas por hija, así como las deducciones de ley tales como: aporte empleado caja de ahorro, prestamos caja de ahorro, Seguro Social Póliza HCM., Seguro paro forzoso, Ley Política Habitacional, Aporte adicional Caja de Ahorro.

**2.- Impresión de la consulta de cuentas propias en el Banco de Venezuela** marcada con el alfanumérico “A223” (folios 99 al 101 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **no le atribuye valor probatorio**, por cuanto la misma fue impugnada por la parte demandada.

**3.- Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009**, suscrita entre el Sindicato de Trabajadores del Banco de Venezuela y la entidad financiera, marcada con la letra “V” (folios 103 al 136 del cuaderno de recaudos N° 1). En relación a esta documental, importa señalar que, por su naturaleza normativa forma parte del derecho que es conocido por el juez en atención al principio *iura novit curia*, razón por la cual no es objeto de prueba.

**4.- Comprobante de nómina abono en cuenta de sueldo y otras remuneraciones** desde el período de enero de 1998 hasta agosto de 2003, marcados con los alfanuméricos “A1” al “A126”, (folios 138 al 263 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **les atribuye valor probatorio** de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que los mismos no fueron desconocidos por la parte demandada, evidenciándose que el accionante devengaba los conceptos de salario básico con decretos, bono nocturno, horas extras, bono de junio, salario artículo 133 Ley Orgánica del Trabajo, gastos por transporte, así como las deducciones de ley tales como: Aporte empleado caja de ahorro, prestamos caja de ahorro Seguro Social Póliza HCM., Seguro paro Forzoso, Ley Política Habitacional, Aporte adicional Caja de Ahorro.

**5.- Consulta de horas extraordinarias laboradas por el ciudadano José Luis García Pérez**, insertas del folio 266 al 270 del cuaderno de recaudos N° 1, esta Sala **no le atribuye valor probatorio**, por cuanto la misma fue impugnada por la parte demandada.

**6.- Comprobante de nómina abono en cuenta de sueldo y otras remuneraciones** marcados con los alfanuméricos “C1” al “C12”, (folios 271 al 282 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **les atribuye valor probatorio** de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que los mismos no fueron desconocidos por la parte demandada, evidenciándose que el accionante devengó los conceptos de bono de diciembre y bonificación especial anual.

**7.- Comprobante de Retención de Impuesto sobre la Renta Anual**, marcados con los alfanuméricos “D1” al “D5”, (folios 283 al 287 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **les atribuye valor probatorio**, de

conformidad con los artículos 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que los mismos no fueron desconocidos por la parte demandada, evidenciándose las remuneraciones pagadas abonadas en cuenta al demandante, más las retenciones por conceptos de S.S.O, Paro Forzoso, L.P.H. y Caja de ahorros, de los ejercicios fiscales de los años 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008.

**8.- Recibo de Utilidades** marcados con el alfanumérico “E1” a “E12” (folios 288 al 299 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **le atribuye valor probatorio** de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto no fueron desconocidos por la parte demandada, evidenciándose el pago a favor del accionante por concepto de utilidades de los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2006, 2007, 2008.

**9.- Comprobante de nómina abono en cuenta de sueldo y otras remuneraciones** marcados con los alfanuméricos “F” e “I2” (folios 300 y 308 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **les atribuye valor probatorio** de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que los mismos no fueron desconocidos por la parte demandada, evidenciándose que el accionante recibió en fecha 16 de noviembre de 2005, pago por concepto de vacaciones trabajadas, “*bono vacacional literal I*” y “*bono vacacional literal 2*”, y en fecha 23 de diciembre de 2008 pago por concepto de “*bono vacacional literal A vencido*” y “*bono vacacional literal B vencido*”.

**10.- Comunicación dirigida y recibida por la Gerencia de Servicios al Personal, Constancia de salida de disfrute de vacaciones correspondientes a los períodos vacacionales 1999-2000 y 2000-2001**, marcados con el alfanumérico “G” (folios 301 al 303 del cuaderno de recaudos N° 1); **Impresión de Sistema de Consultas de Vacaciones del Banco de Venezuela-Grupo Santander y Correos Electrónicos** marcados con el alfanumérico “H1” a “H3” e “I1” (folios 304 al 307 del cuaderno de recaudos N° 1), al respecto la juez de juicio dejó asentado en su sentencia que dichas documentales fueron “*objeto de impugnación por la (...) parte demandada (...), no obstante quien decide observa que la misma fueron objeto de experticia informática, las cuales fueron analizadas a través de un Experto en informática del CIPC...*”, por tal motivo esta Sala de Casación Social se reserva el pronunciamiento acerca de la eficacia probatoria de las pruebas indicadas, en la oportunidad destinada para el análisis de la aludida experticia informática, la cual riela a los autos del folio 201 al 221 de la pieza N° 1 del expediente.

**11.- Manual de Descripción de Cargo de Coordinador de Operaciones Senior**, marcada con el alfanumérico “J” (folios 309 al 312 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **no le atribuye valor probatorio**, por cuanto la misma fue impugnada por la parte demandada.

**12.- Estados de Cuenta de Fideicomiso**, marcados con los alfanuméricos “K1” al “K11” (folios 313 al 323 del cuaderno de recaudos N° 1); al respecto la juez de juicio dejó asentado en su sentencia que dichas documentales fueron “*objeto de impugnación por la (...) parte demandada (...), no obstante quien decide observa que dicha información de estado de cuenta del Fideicomiso fueron objeto de inspección por parte de este Tribunal la cual riela a los folios 187 al 192, del expediente...*”, por tal motivo esta Sala de Casación Social evidencia que de

dichas probanzas quedó asentado que el demandante tiene un saldo a favor por concepto de fideicomiso por la cantidad de Bs. 12.840,78.

**13.- Notificación de diferencia de sueldo a pagar**, marcadas con los alfanuméricos “L” y “M1” (folios 324 y 325 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **les atribuye valor probatorio**, de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que los mismos no fueron desconocidos por la parte demandada, evidenciándose que el accionante ciudadano José Luis García Pérez, en los períodos comprendidos desde el 3 de marzo al 21 de abril del año 2008 y del 9 de mayo al 9 de junio del mismo año, realizó suplencias en el cargo de Coordinador de Operaciones Senior, en virtud del disfrute de vacaciones y el reposo de los titulares de dichos cargos en los lapsos respectivos, recibiendo el pago de Bs. 660,68, como consecuencia de los 36 días de suplencia ejecutados; y de Bs. 550,00, por 30 días de suplencia.

**14.- Correos electrónicos** marcados con los alfanuméricos “M2”, “M3” y “N” (folios 326 al 328 del cuaderno de recaudos N° 1), al respecto la juez de juicio dejó asentado en su sentencia que dichas documentales fueron *“objeto de impugnación por la (...) parte demandada (...), no obstante quien decide observa que la misma fueron objeto de experticia informática, las cuales fueron analizadas a través de un Experto en informática del CIPC...”*, por tal motivo esta Sala de Casación Social se reserva el pronunciamiento acerca de la eficacia probatoria de las pruebas indicadas, en la oportunidad destinada para el análisis de la aludida experticia informática, la cual riel a los autos del folio 201 al 221 de la pieza N° 1 del expediente.

**15.- Constancias de Trabajo y comunicaciones dirigidas a la parte actora**, marcadas con los alfanuméricos “P1” a “P4” (folios 329 al 334 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **no le atribuye valor probatorio**, por cuanto las mismas fueron impugnadas por la parte demandada.

**16.- Impresiones del Sistema Informático de las solicitudes de vacaciones**, marcadas con los alfanuméricos “Q1” al “Q5” (folios 335 al 339 del cuaderno de recaudos N° 1), al respecto la juez de juicio dejó asentado en su sentencia que dichas documentales fueron *“objeto de impugnación por la (...) parte demandada (...), no obstante quien decide observa que la misma fueron objeto de experticia informática, las cuales fueron analizadas a través de un Experto en informática del CIPC...”*, por tal motivo esta Sala de Casación Social se reserva el pronunciamiento acerca de la eficacia probatoria de las pruebas indicadas, en la oportunidad destinada para el análisis de la aludida experticia informática, la cual riel a los autos del folio 201 al 221 de la pieza N° 1 del expediente.

**17.- Carta de retiro justificado y sus anexos**, dirigida por el actor a la demandada, alegando como motivo la negativa al disfrute de seis (6) períodos de vacaciones vencidos, marcados con los alfanuméricos “R1” a “R3” (folios 340 al 342 del cuaderno de recaudos N° 1), esta Sala **no le atribuye valor probatorio**, por cuanto la misma fue impugnada por la parte demandada.

**18.- Planilla de reclamo ante la Inspectoría del Trabajo Sede Caracas Norte**, realizada por el accionante, marcada con el alfanuméricos “S” (folio 343 del cuaderno de recaudos N° 1). Al respecto, se evidencia que si



bien la referida documental no fue impugnada por la parte demandada, la misma no aporta elementos de convicción que permitan dilucidar la presente controversia, por tal motivo esta **Sala desestima su valoración.**

### **De la Prueba de experticia.**

La representación judicial de la parte actora solicitó la prueba de experticia informática forense, sobre las documentales marcadas con los alfanuméricos “**H1, H2, H3, I1, M2, M3, N, Q1, Q2, Q3, Q4 y Q5**”, los cuales cursan al cuaderno de recaudos N° 1, cuyas resultan constan insertas a los folios 201 al 221 de la pieza N° 1 del expediente; extrayéndose de la misma que el experto profesional Luis Núñez, adscrito al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) el cual rindió declaración en la audiencia de juicio destinada para tal fin, concluyó en su informe:

“...como resultado del reconocimiento técnico y evaluación de la información colectada y el entorno informático inspeccionado se concluyo lo siguiente:

(...Omissis...)

2. Se realizo la inspección que permitió determinar la veracidad de los documentales H2, M2, M3, N, constantes en expediente N° AP21-L-2009-002847, constatando que los mismos tratan de correos electrónicos institucionales intercambiados entre las cuentas *José L García/TEC/BDV@BanvenezPr.*, *Alexa Chacón/TEC/BDV@BanvenezPro* y *José Malavé/TEC/BDV@BanvenezPro* entre los meses de Marzo y Octubre del año 2008, los mismos se describen con detalle arriba en la peritación.

3. De igual forma se constato la veracidad de las pruebas H3, Q2, Q4 y Q5, las mismas vinculadas a rechazo de vacaciones existentes en el sistema Peoplesoff de ex trabajador, según Ticket de Rechazo N° 257435, el mismo se describe con detalle arriba en la peritación.

4. Se realizo revisión en sistema de datos de ex trabajador determinado la veracidad de la prueba documental I1 constante en el expediente N° AP21-L-2009-002847 y relacionada con períodos de vacaciones por disfrutar, la misma se describe con detalle arriba en la peritación (...). (Sic).

Al respecto, esta instancia jurisdiccional **otorga pleno valor probatorio**, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo a las documentales identificadas con los alfanuméricos H2, H3, M2, M3, N, Q2, Q4, Q5 e I1, extrayéndose de las mismas la aprobación del período vacacional solicitado para disfrutar desde el 2 de febrero de 2009 al 3 de marzo de 2009; y su posterior rechazo por haberse encontrado una solicitud con la misma fecha de disfrute requerida por el accionante, lo cual fue titulado “*Rechazado Nivel 1, José Francisco Malavé*”. Asimismo, se evidencia la solicitud pendiente de vacaciones para el 7 de abril de 2009, la cual fue rechazada el 16 de abril de 2009 por la ciudadana Alexa Chacón Colmenares, evidenciando que el accionante hasta ese momento no había disfrutando efectivamente de sus períodos vacacionales vencidos. **Así se establece.**

### **De las testimoniales.**

Solicitó la declaración de los ciudadanos, Haydee Coromoto Briceño, Richard Pariska y José González, de los cuales se dejó constancia de la incomparecencia de los ciudadanos Richard Pariska y José González, motivo

por lo que esta Sala de Casación Social no tiene materia sobre la cual pronunciarse. Así se establece.

En cuanto a la comparecencia de la ciudadana Haydée Coromoto Briceño, se pudo extraer de su declaración que la misma acompañó al ciudadano José Luis García Pérez a consignar una carta, la cual fue negada a recibir hasta en dos (2) oportunidades por el personal de la sede principal del Banco de Venezuela, ubicada en la Avenida Universidad de la ciudad de Caracas, misiva de la cual desconocía el contenido, pero supone que era la renuncia del accionante, puesto que por referencia de su cuñado que era compañero de trabajo del demandante, había sido informada que el mismo tenía un problema con las vacaciones, puesto que no las había disfrutado.

En cuanto al valor probatorio de la presente testimonial, esta instancia jurisdiccional, concuerda con lo establecido por la sentencia recurrida, la cual indico que en modo alguno la declaración de la ciudadana Haydée Coromoto Briceño, evidencia que el retiro sea justificado o no, toda vez que el contenido de una carta, en todo caso, podrá servir para comunicar lo que el actor quiso manifestar a su patrono, pero no con carácter vinculante, es decir, la entrega o no de la carta no puede constituirse en la prueba fundamental para determinar la procedencia del retiro justificado alegado. De modo que son los hechos que configuran alguna de la causales que el artículo 103 de la Ley Orgánica del Trabajo establece como causas justificadas de retiro, los que demuestran su conformación, no lo que pueda o no expresar una misiva. Por tales motivos esta Sala de Casación Social **no le concede valor probatorio** a la presente testimonial, puesto que no aporta elementos de convicción que permitan la resolución del asunto debatido. **Así se establece.**

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

### **Documentales**

**1.- Comprobante de nómina abono en cuenta de sueldo y otras remuneraciones**, marcados “C” (folios al 2 al 100 del cuaderno de recaudos N° 2), esta Sala **les atribuye valor probatorio** de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que los mismos no fueron desconocidos por la parte actora, evidenciándose que el accionante devengaba los conceptos de salario básico con decretos, bono nocturno, horas extraordinarias diurnas, horas extraordinarias nocturnas, horas extras ferias, guardias personal tecnología, gastos por alimentación, gastos por transporte, becas por hija, pago por concepto de utilidades año 2008, bono diciembre 2007, bono especial anual año 2007, bonificación especial anual año 2005; así como las deducciones de ley tales como: Aporte empleado caja de ahorro, prestamos caja de ahorro Seguro Social Póliza HCM., Seguro paro Forzoso, Ley Política Habitacional, Aporte adicional Caja de Ahorro.

**2.- Comunicación** de fecha 30 de noviembre de 1995, emanada del ciudadano José Luis García Pérez, marcados “D” (folio 101 del cuaderno de recaudos N° 2), mediante la cual autoriza al Banco de Venezuela, para que acredite a su cuenta de ahorro Nro. 1.501.0103474, las remuneraciones de las cuales se haga acreedor, esta Sala **no le concede valor probatorio**, por cuanto la misma no aporta elementos de convicción para la resolución del presente asunto.

**3.- Constancia de disfrute de vacaciones**, dirigida al ciudadano José Luis García Pérez marcadas “E” (folios 102 al 107 del cuaderno de recaudos N° 2), esta Sala **le atribuye valor probatorio**, de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto no fueron desconocidas por la parte actora, evidenciándose Abono cuenta de vacaciones y anticipos de sueldo Bono vacacional correspondiente al periodo 1998-1999; diferencia de bono vacacional; anticipo de sueldo; vacaciones correspondiente a los períodos 1997-1998 con fecha de inicio de disfrute 2 de enero de 2002 y fecha de culminación el 29 de enero de 2002. Asimismo, se evidencia el otorgamiento de período vacacional vencido 1998-1999, comenzando su disfrute el 17 de enero de 2002, finalizando el día 15 de febrero de 2002. Por otra parte, se denota que le fue conferido al accionante los períodos vacacionales de 1999- 2000 y 2000-2001, con disfrute desde 1° de agosto hasta el 29 del mismo mes y año y desde el 30 de agosto 2005 hasta el 28 de septiembre de 2005, respectivamente.

**4.- Recibos de pago por compensación por transferencia y pago de la prestación de antigüedad**, depositados en fideicomiso a nombre del ciudadano José Luis García Pérez marcados “F”, “G” y “H” (folios 108 al 110 del cuaderno de recaudos N° 2) esta **Sala les atribuye valor probatorio** de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto no fueron desconocidos por la parte demandante, evidenciándose que la entidad bancaria demandada canceló al actor la cantidad de Bs. 259.769,56, (denominación anterior) por concepto de los beneficios establecidos en los literales a) y b) del artículo 666 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, desde la fecha de ingreso (4 de diciembre de 1995) hasta el 18 de junio de 1997.

**5.- Copia simple del libelo de demanda**, presentado por el accionante perteneciente al presente asunto, inserto a los folios 111 al 138 del cuaderno de recaudos N° 2, esta Sala **no le confiere valor probatorio**, por cuanto el mismo reseña los alegatos discutidos en juicio y que constan en autos.

**6.- Estados de cuenta de fideicomisos**, perteneciente al ciudadano José Luis García Pérez, marcados “I” (folios 139 al 148 del cuaderno de recaudos N° 2), la cual **fue valorada por esta Sala** en acápite anteriores, toda vez que las mismas también fueron incorporadas en autos por la parte demandante.

**7.- Comunicación de solicitud de aumento de sueldo**, dirigida a la institución financiera por parte del accionante, marcada “J” (folios 149 del cuaderno de recaudos N° 2), esta Sala **le atribuye valor probatorio** de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto no fue desconocida por la parte demandante, evidenciándose que en fecha 1° de diciembre de 2003, el ciudadano José Luis García Pérez solicitó el incremento salarial del diez por ciento (10%), el cual a su consideración la entidad financiera tenía presupuestado y ofertado para el contrato colectivo de trabajo 2003-2006, así como la aplicación de los beneficios laborales propuestos, petición que de ser favorable estaría de acuerdo en que se imputara con el salario y los beneficios que finalmente resultaran aprobados en la citada convención.

**8.- Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009**, suscrita entre el Sindicato de Trabajadores del Banco de Venezuela y la entidad financiera, que riela inserta a los folios 150 al 183 del cuaderno de recaudos N° 2. Con

relación a esta documental, es de señalar que, por su naturaleza normativa forma parte del derecho que es conocido por el juez en atención al principio *iura novit curia*, razón por la cual no es objeto de prueba.

### **De la Inspección Judicial**

Promovió la prueba de inspección judicial, la cual fue practicada en la sede de la demandada, en fecha 22 de julio de 2011, por el Juzgado Décimo Cuarto de Primera Instancia de Juicio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, según consta de acta levantada que corre inserta a los folios 187 al 189 de la pieza N° 1 del expediente, a la cual se anexaron documentales que rielan del folio 2 al 333 del cuaderno de recaudos N° 3, atinentes a copias de estado de cuentas de fideicomiso y sueldos devengados, recibos de pagos desde el 4 de diciembre de 1995 hasta la primera quincena del mes de junio de 2009, fecha en la cual culminó la relación laboral, en cuanto al bono vacacional se reflejaron febrero de 2002, una diferencia de 2002, abril 2009, diciembre de 2008, noviembre de 2005, y con relación a las vacaciones se reflejó solamente el pago correspondiente a noviembre de 2005, no observándose de la Inspección realizada el resto de los demás años, siendo explicada por la Gerente de Servicios al Personal en los siguiente términos: el trabajador tiene la oportunidad de seleccionar anticipo de pago de vacaciones o permanecer activo en la nómina durante su período vacacional, por lo cual se podrá evidenciar en los recibos de nómina, el pago de las vacaciones; en cuanto a las utilidades se evidenció tanto del sistema informático como del físico, el pago de los ejercicios fiscales de 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008. Igualmente recibos de pago de salario de los años anteriormente indicado del cual este tribunal constato y se encuentra a los autos al cuaderno de recaudos N° 1 del expediente, además se anexan recibos de diferencia de bono vacacional y bono vacacional constante de seis (6) folios útiles, en cuanto a las utilidades se anexan trece (13) folios útiles, de los cuales se observan membrete del Banco de Venezuela, fecha de la nómina, datos del actor así como todos los conceptos cancelados con asignaciones y deducciones. Adicionalmente, constan los registros de cuenta de fideicomiso de la prestación de antigüedad, plan 523, que individualmente tuvo asignado el ciudadano accionante José Luis García Pérez, monto de saldo de la cuenta de Fideicomiso a nombre del actor para los meses de enero a octubre de 1997, y desde la última fecha hasta octubre de 2008, Monto de los anticipos de los haberes del Fideicomiso otorgados al Fideicomitente, ciudadano José García durante la relación laboral. Motivo por el cual esta Sala de Casación Social **le atribuye valor probatorio** de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Efectuado el análisis probatorio que antecede esta Sala de Casación Social pasa a decidir la presente controversia, en los términos siguientes:

Determinado lo anterior, con base en los alegatos y defensas de las partes, así como del cúmulo probatorio cursante en autos, esta Sala declara que no constituyen hechos controvertidos la existencia de la relación laboral; la fecha de inicio de la relación de trabajo y el pago de horas extraordinarias durante la existencia del vínculo.

En consecuencia, el controvertido se circunscribe en determinar: **i) si existió o no una práctica discriminatoria en cuanto a los aumentos salariales que debió haber percibido o incluso en los que alega**

**no haber recibido, ii) sí la terminación de la relación de trabajo se debe o no a un retiro justificado** como causa de la falta de disfrute de múltiples períodos vacacionales y de ser cierto si es procedente su respectivo pago, **iii) determinar si el actor percibió una remuneración variable o por unidad de tiempo, y iv) si concurren o no diferencias salariales motivadas al pago erróneo de las horas extraordinarias laboradas y los domingos trabajados**, que repercutirían en el cálculo de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, y por último **v) la supuesta existencia de daño moral**, por lo que esta Sala pasa a pronunciarse en los términos que a continuación se exponen:

Como primer punto controvertido a dilucidar, se encuentra la práctica discriminatoria alegada por el accionante, referida a que desde el año 1995 hasta el 2003, fue objeto de la violación del principio constitucional de “*igual trabajo, igual salario*”, puesto que a su decir, no le fueron otorgados los aumentos salariales determinados por vía de la Gerencia de Operaciones, lo cual puede constatarse del hecho que en el año 2003, la referida gerencia, concedió aumento de sueldos y salarios a todos los empleados adscritos a la misma, excepto a él.

Asimismo, expone que en el mes de julio de 2008, la vicepresidencia de Recursos Humanos de la entidad financiera, concedió un aumento general de sueldos y salarios a todo el personal perteneciente la Gerencia de Operaciones de Sistema, mayor al diez por ciento (10%), pero que él recibió solo un incremento del dos como treinta y tres por ciento (2,33%), lo cual demuestra -a su decir- una reiterada discriminación salarial.

Indica que en el mes de agosto de 2008, y después de cinco (5) meses consecutivos de desempeñar el cargo inmediato superior como Coordinador de Operaciones, debió solicitar que le promovieran legalmente a dicho cargo. Plantea que una vez obtenido dicho cargo, se percató que recibía un sueldo menor al de otros coordinadores que laboraban en la Gerencia de Operaciones de Sistemas, lo que a su juicio, evidencia una vez más otro trato salarial discriminatorio contra su persona.

Por su parte, la representación judicial de la parte demandada, establece como falsas dichas afirmaciones, puesto que no es cierto que los aumentos salariales concedidos a los trabajadores de la entidad financiera deban darse por vía de la Gerencia de Operaciones.

En ese mismo contexto, aduce que lo indudable es que en julio de 2008, la entidad financiera Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal, aplicó aumentos de sueldos como tradicionalmente lo hace para esos mes, por lo que no es cierto que el sueldo del actor como Coordinador de Operaciones, esté por debajo la remuneración que corresponde ha dicho cargo.

A los fines de resolver este punto, esta Sala de Casación Social, denota del acervo probatorio consignado por las partes, específicamente en el cuaderno de recaudos N° 1, lo cuales también se encuentran en las documentales consignadas en la prueba de inspección judicial realizada, a la cual se le otorgó pleno valor probatorio, se desprende que el ciudadano José Luis García Pérez, percibió los aumentos salariales otorgados por Decretos del Ejecutivo Nacional N°s 617, 1240, 1824, durante toda la relación laboral, así como aumentos salariales por valoración de mérito, es decir, aumentos basados en la eficiencia y rendimiento que pueda

demostrar el trabajador en el desarrollo de las actividades encomendadas, y que dependen exclusivamente de la evaluación de su superior inmediato, restándole el efecto automático que entiende esta instancia jurisdiccional pretende alegar el accionante.

Por tal motivo, se entiende que un aumento porcentual distinto a los demás trabajadores que detenten el mismo cargo, y que son consecuencia de la evaluación ejecutadas por un superior inmediato, no se pueden constituir en elemento fehaciente para demostrar la aplicación de tácticas salariales discriminatorias y que permitan comprometer el principio “*igual trabajo, igual salario*”, puesto que la medición de la capacidad y rendimiento del trabajador pueden ser perfectamente aplicables para otorgar aumentos porcentuales de salarios o primas a los cuales se hace acreedor el empleado, lo cual guarda mucha diferencia con los salarios concedidos con ocasión de un aumento generalizado por parte del patrono. Todo esto se sustenta en la Cláusula N° 76 de la Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009, que establece: “*Las partes convienen en que el aumento de sueldo anual efectivo desde el 1° de julio de cada año, se aplicará el método de evaluación de desempeño...*”.

Con respecto al alegato específico, referido al aumento del dos coma treinta y tres por ciento (2,33%), del salario en el mes de agosto de 2008 (*Vid.* Folio 332 del cuaderno de recaudos N° 1), lo cual a juicio del accionante demarca un trato salarial discriminatorio, es necesario precisar que dicho fundamento es genérico, no obstante, esta instancia jurisdiccional constata de los recibos de pago pertenecientes al accionante para el mes de agosto de 2008 (*Vid.* Folios 21 y 22 del cuaderno de recaudos N° 2), oscila en la cantidad de Bs. 1600,00, mensuales, es decir, distinta a la planteada en la comunicación citada *supra* que estableció como aumento salarial la cantidad de Bs. 1185,11, por lo que puede entenderse que este punto carece de sustentación y convicción.

Por las consideraciones que preceden debe ser declarada improcedente la discriminación salarial alegada por la parte accionante. **Así se decide.**

En cuanto al segundo punto controvertido, atinente a la forma de culminación de la relación de trabajo, aduce la parte accionante que con motivo de la reducción de personal realizada en el año 2003, así como la sobrecarga de labores encomendadas en el año 2007, debido a que desempeñó frecuentemente labores de Coordinador de Operaciones, se le negó el derecho al disfrute de sus vacaciones, llegando a acumular hasta siete (7) períodos de vacaciones vencidos por disfrutar, motivo por el cual decidió retirarse en fecha 28 de abril de 2009, de manera justificada y desvincularse laboralmente de la entidad financiera, dado todos los “*abusos e injusticias cometidos (...) y por falta de consideraciones como ser humano y trabajador...*”.

El aludido alegato es refutado por la parte demandada, sosteniendo que el actor comenzó a disfrutar sus vacaciones anuales en fecha 28 de abril de 2009, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo el 2 de junio de 2009, lo cual demarca la imposibilidad de haber puesto fin a la relación de trabajo en la fecha indicada por el accionante y se sostiene en el hecho de que el ciudadano José Luis García Pérez recibió el pago de la primera quincena correspondiente al mes de junio del año 2009.

Conforme a lo anterior, se observa que el fundamento de la parte demandante para alegar la existencia de un retiro justificado, se concentra en la negativa reiterada por parte de su patrono del disfrute de vacaciones, lo

cual se respalda en el artículo 103 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, que prevé:

**Artículo 103.** Serán causas justificadas de retiro, los siguientes hechos del patrono, sus representantes o familiares que vivan con él:

(...Omissis...)

**e) Cualquier acto que constituya falta grave a las obligaciones que le impone la relación de trabajo...** (Destacado de esta Sala).

En virtud de la disposición normativa precitada, considera esta instancia jurisdiccional que corresponde a la parte actora demostrar la reiterada violación del patrono con sus obligaciones, al no otorgar el disfrute efectivo de sus vacaciones, todo conforme a establecido en sentencia N° 1345 del 18 de noviembre de 2010, (*caso: Clorinda Gabriele Vegas de Rojas Vs. Seguros Horizonte, C.A.*).

Tal como dispone el principio de comunidad de la prueba, que establece que la parte contraria puede valerse de la prueba solicitada por su contraparte y en aras de la conservación de la justicia, esta Sala de Casación Social, constata de la inspección judicial, practicada en la sede de la demandada, en fecha 22 de julio de 2011, por el Juzgado Décimo Cuarto de Primera Instancia de Juicio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, según consta de acta levantada que corre inserta a los folios 187 al 189 de la pieza N° 1 del expediente, a la cual se anexaron documentales que rielan del folio 2 al 333 del cuaderno de recaudos N° 3, que en lo referente a las vacaciones se reflejó solamente el pago correspondiente a noviembre de 2005, no observándose de la inspección realizada el resto de los demás años, siendo explicada por la gerente de Servicios al Personal en los siguiente términos “...*el trabajador tiene la oportunidad de seleccionar anticipo de pago de vacaciones o permanecer activo en la nomina durante su período vacacional, por lo cual se podrá evidenciar en los recibos de nomina, el pago de las vacaciones...*”. (Sic).

Frente a tal afirmación, es importante destacar el contenido del artículo 226 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable al presente caso, que dispone:

**Artículo 226.** El trabajador deberá disfrutar las vacaciones de manera efectiva.

Mientras exista la relación de trabajo, el convenio mediante el cual el patrono paga la remuneración de las mismas sin conceder el tiempo necesario para que el trabajador las disfrute, lo dejará obligado a concederlas con su respectiva remuneración, sin que pueda alegar en su favor el hecho de haber cumplido anteriormente con el requisito del pago.

Del artículo transcrito se evidencia la imposibilidad de alegar como excepción al disfrute efectivo de las vacaciones, el pago de las mismas, por cuanto dicha institución resguarda el descanso que debe ser concedido al trabajador por prestar servicios de manera ininterrumpida durante un (1) año de labores, no obstante el artículo 229 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, permite la acumulación de hasta tres (3) períodos vacacionales, cuando dicha reserva sea conveniente para el solicitante.

En el caso *sub-examine*, se evidencia de las Constancias de disfrute de vacaciones, dirigidas al ciudadano José Luis García vacaciones correspondiente a los períodos 1997- 1998 con fecha de inicio de disfrute 2 de enero de 2002 y fecha de culminación el 29 de enero de 2002; asimismo se evidencia el otorgamiento de período vacacional vencido 1998-1999, comenzando su disfrute el 17 de enero de 2002, finalizando el día 15 de febrero de 2002. Por otra parte, se denota que le fue conferido al accionante los períodos vacacionales de 1999- 2000 y 2000-2001, con disfrute desde 1° de agosto hasta el 29 del mismo mes y año y desde el 30 de agosto 2005 hasta el 28 de septiembre de 2005, respectivamente (*Vid.* folios 102 al 107 del cuaderno de recaudos N° 2), las cuales son las únicas documentales que permiten identificar el disfrute efectivo de los períodos vacacionales aludidos y refutan el argumento expuesto por la parte demandada, mediante el cual indicó la imposibilidad de la ocurrencia del retiro justificado por haber estado el accionante disfrutando de sus vacaciones.

Es importante precisar que el pago del bono vacacional, no es equivalente al pago y disfrute de las vacaciones a las cuales tiene derecho aquel que preste servicios bajo dependencia y subordinación, puesto que la parte quien ha incumplido con una obligación inherente a su posición en la relación de trabajo –patrono–, que vas más allá del pago, y que se constituye en la obligatoriedad de otorgar el descanso, no puede excepcionarse de dicho cumplimiento alegando como en el caso *sub-lite* que el accionante debió solicitar ante la Inspectoría del Trabajo que hiciera la fijación de sus períodos a disfrutar (artículo 230 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*), cuando se verificó de la inspección informática las reiteradas negativas de los representantes del patrono y superiores directos del ciudadano José Luis García Pérez, de hacer efectivo el disfrute de las vacaciones a las cuales tenía derecho, sin que pueda constituir como limitación la causa invocada por el *ad quem*, relativa a una cuestión técnica, dada la solicitud de un compañero de trabajo del accionante en el período solicitado por él.

Para mayor ahondamiento, es importante recalcar que de la reproducción audiovisual de la audiencia de juicio, la parte demandada utilizó como argumento que el demandante, no se reincorporó luego del supuesto disfrute de vacaciones en abril de 2009 y que culminaban a su decir, el 2 de junio del mismo año, por lo que existió un abandono del puesto de trabajo, lo cual al no constar en el presente expediente, da mayor convicción de que el accionante se retiró de manera justificada del cargo de Coordinador de Operaciones en el Gerencia de Operaciones de Sistema, ejercido para la entidad financiera Banco de Venezuela, S.A., perteneciente en ese momento al Grupo Santander.

Como tercer punto a dilucidar, está el referido al salario devengado por el actor, quien alega que percibía un salario variable consistente en salario básico más horas extras laboradas, gastos de alimentación, gastos de transporte, bono nocturno, bonificación especial anual, bonificación por guardias y beca por hijo, por lo que a su consideración se hace necesario obtener el salario promedio a los fines de determinar la remuneración utilizada para el cálculo del concepto de vacaciones y bono vacacional.

Por su parte, la representación judicial de la parte demandada adujo como defensa que el salario pactado con el trabajador fue por unidad de tiempo y que por tal motivo el salario para el cálculo de los beneficios laborales debiere calcularse promediando el salario del último año.



Ahora bien, establecen los artículos 139, 140 y 141 de la Ley Orgánica del Trabajo, aplicable *ratione temporis*, lo que a continuación se transcribe:

**Artículo 139.** El salario se podrá estipular por unidad de tiempo, por unidad de obra, por pieza o a destajo, o por tarea.

**Artículo 140.** Se entenderá que el salario ha sido estipulado por unidad de tiempo, cuando se toma en cuenta el trabajo que se realiza en un determinado lapso, sin usar como medida el resultado del mismo.

**Artículo 141.** Se entenderá que el salario ha sido estipulado por unidad de obra, por pieza o a destajo, cuando se toma en cuenta la obra realizada por el trabajador, sin usar como medida el tiempo empleado para ejecutarla (...).

Se define el salario variable, como aquel salario que depende del rendimiento, es decir, de la cantidad de trabajo realizado.

En el presente caso, de una revisión de los recibos de pago cursantes en autos, se observa que el accionante percibía sus ingresos por tiempo trabajado y no por rendimiento, es decir, el pago de su salario no dependía de la cantidad de trabajo realizado, ni del resultado del mismo. Así, visto que los diferentes conceptos cancelados no eran pagados por rendimiento o cantidad de trabajo, sino por tiempo laborado, es necesario precisar que el salario devengado es el referido a unidad de tiempo; puesto que afirmar, que las horas extras laboradas, gastos de alimentación, gastos de transporte, bono nocturno, bonificación especial anual, bonificación por guardias y beca por hijo, convierte el salario por unidad de tiempo en mixto es contrario a derecho e implicaría una premisa falsa como sería la de admitir que no existe trabajador alguno con salario por unidad de tiempo o fijo, porque todo dependiente en algún momento podría generar horas extras, primas o bonos.

Por tal motivo, es imperioso para esta Sala indicar que el salario de cálculo destinado a obtener las acreencias laborales no es el promediado en el año, sino el percibido normalmente en el mes inmediatamente anterior al nacimiento del derecho al disfrute de vacaciones en el último año de labores de conformidad con lo establecido en el artículo 145 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*.

En cuanto al cuarto punto controvertido, referido a la existencia de una cálculo erróneo por parte de la demandada para el pago de horas extras y domingos laborados, por no aplicar los recargos porcentuales establecidos en la Cláusula N° 72 de la Convención Colectiva 2006-2009, la cual establece que:

**Cláusula 72.** El Banco pagara a sus trabajadores las horas extraordinarias después de la jornada ordinaria de lunes a viernes, con un setenta por ciento (70%) de recargo sobre el trabajo/hora correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo diurno y, con un recargo del ciento diez por ciento (110%) cuando se trate de trabajo nocturno sobre el trabajo/hora correspondiente, es decir, aquellas comprendidas entre las 7:00 p.m. y las 5:00 a.m.

Cuando por circunstancias especiales esté autorizado para trabajador los días domingos y días feriados bancarios (...), las horas extraordinarias diurnas se pagarán con un noventa por ciento (90%) de recargo. En todo casi, bien sea que se trate de horas extraordinarias el día sábado, domingo y días feriados, las nocturnas (...) se pagarán con un recargo del ciento diez por ciento (110%).

(...Omissis...)

En los porcentajes indicados en esta Cláusula quedan incluidos los contemplados en la Ley Orgánica del Trabajo.

De la cláusula parcialmente citada se desprenden los porcentajes que deben ser utilizados para el cálculo de las horas extraordinarias, existiendo marcada diferencia entre aquellas laboradas en jornada diurna, nocturna y en días feriados o bancarios.

La parte actora en su libelo de demanda plantea que las horas extras no estaban incluidas en el cálculo del fideicomiso (*Vid.* folio 3 de la pieza N° 1 del expediente), y reseña más adelante en el capítulo destinado a las horas extras que “*no fueron adecuadamente calculadas de acuerdo a la cláusula anteriormente transcrita; (...) no fueron adecuadamente consideradas a los efectos del salario integral (...), lo cual se demostrará en la oportunidad procesal correspondiente...*” (*Vid.* Folio 9 de la pieza N° 1 del expediente).

Al respecto, la parte demandada se limitó a negar dicha afirmación y expuso que la misma a pesar de ser falsa, era una reclamación genérica y carente de sustento fáctico y legal.

En cuanto a esta solicitud, considera esta instancia jurisdiccional que conforme al *petitum* expuesto en el libelo de demanda, se puede evidenciar de manera fehaciente que la parte actora limitó su acción, en denunciar el cálculo erróneo de las horas extraordinarias y los domingos laborados, lo que se traduce en el incumplimiento de su carga alegatoria, puesto que no precisó el período de tiempo ni especificó la operación aritmética que permitiere estimar el *quamtum* de los referidos conceptos y su incidencia en la prestación de antigüedad (fideicomiso), aunado a que como se estableció en la resolución de la denuncia del recurso de casación anunciado y formalizado por la parte demandada, se pudo constatar del escrito de demanda que la parte accionante a los efectos de calcular los salarios devengados mes a mes, utilizó como base las horas extraordinarias pagadas en los recibos de pago, por lo que no solo incurrió en una excesiva generalidad en cuanto a los domingos laborados y horas extras trabajadas, sino que también se sirvió de los supuestos cálculos denunciados como erróneos, lo que resulta totalmente contradictorio, en consecuencia, resulta forzoso declarar la improcedencia del presente alegato. **Así se decide.**

En lo referente al daño moral peticionado por el actor, alegando que con la conducta de su patrono, respecto a la prohibición del disfrute de vacaciones por más de siete (7) períodos, colocó en peligro su calidad de vida causándole un daño emocional y psicológico, el cual impacto en su núcleo familiar, al no poder pasar el tiempo con su familia, esposa e hijos. Al respecto, es importante indicar que de conformidad con el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión, por lo que recae sobre el demandante la carga de demostrar el daño, y el nexo de causalidad entre la conducta del patrono y el daño ocasionado, cuestión que no pudo constarse por ningún medio de prueba de los propuestos para la parte accionante, en tal sentido esta instancia jurisdiccional declara improcedente la solicitud de Bs. 150.000,00, por concepto de daños y perjuicios. **Así se establece.**

Precisado lo anterior, pasa esta Sala de Casación Social a pronunciarse acerca de los conceptos demandados por la parte accionante, de la siguiente manera:

Como punto introductorio, es imperioso indicar el contenido de la Cláusula N° 1 de la Convención Colectiva 2006-2009, específicamente en sus literales i), j), los cuales estipulan las definiciones de salario básico y salario integral, aplicables en la aludida contratación colectiva, las cuales son del siguiente tenor:

**Cláusula 1:** Para la mejor interpretación y aplicación de este Convención Colectiva de Trabajo, las partes establecen las siguientes definiciones:

(...Omissis...)

... **i) SALARIO BÁSICO:** Este término indica la remuneración fija pagada al trabajador, sin primas ni remuneraciones adicionales de cualquier especie.

**j) SALARIO INTEGRAL:** Este término indica todas las remuneraciones con carácter salarial pagadas al trabajador como contraprestación de su servicio, de conformidad con el artículo 133 Ley Orgánica del Trabajo y, entre otros, comprende; **1) el salario básico.** 2) El **subsidio familiar** estipulado en la **Cláusula No. 80** de esta Convención Colectiva. 3) **Horas extras y primas pagados en forma esporádica.** 4) **Viáticos**, cuando por la naturaleza de las labores que se desarrollen al servicio del Banco no sean pagados en forma esporádica. 5) **El costo del transporte y la alimentación conforme a las Cláusula No. 69 y No. 70** de esta Convención Colectiva. 6) **Las gratificaciones especiales** con ocasión al trabajo. 7) El **aporte que el Banco efectúa en la cuenta que el trabajador tiene en la Caja de Ahorro** Banvenez, según la Cláusula No.41 de esta Convención Colectiva. 8) Cualquier cantidad que sea entregada al trabajador a cambio de su labor, que pueda calificarse como tal de acuerdo a las disposiciones legales vigentes...”

Asimismo, se observa que la Cláusula N° 82 de la Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009, establece en su literal *f)*, que para el pago del concepto denominado disfrute de Vacaciones debe “...entenderse por salario normal lo devengado usualmente por el trabajador en cada mes de labores. Por lo tanto, quedan excluidos los pagos anuales o esporádicos...”, por tal motivo el salario normal a los efectos del cálculo del concepto de vacaciones debe ser el contenido por el salario básico, mas las remuneraciones normalmente devengadas, excluyendo los bonos, primas ni ninguna otra bonificación esporádica o permanente, entiéndase los viáticos, dado que la misma convención colectiva establece salarios diferentes para calcular las prestaciones sociales de los trabajadores.

Establecido lo anterior y precisado lo que debe entenderse como salario integral y salario normal previstos en las convenciones colectivas de trabajo vigentes durante la relación de trabajo que vinculara a las partes, esta Sala procede a revisar el reclamo de las diferencias de los conceptos indicados por la parte accionante en su escrito libelar, en los términos siguientes:

### **1.- Diferencia de prestación de antigüedad y días adicionales de prestación de antigüedad:**

A los fines de preservar una decisión acorde a derecho y dada la imprecisión tanto de la parte demandante como la parte demandada en evidenciar si los pagos contenidos en el fideicomiso girados a favor del ciudadano

José Luis García Pérez, contemplan lo señalado en la convención colectiva, referido a lo que debe considerarse como salario integral, lo cual abarca: *i)* el salario básico fijo mensual, *ii)* el subsidio familiar estipulado en la Cláusula No. 80 de esta Convención Colectiva, *iii)* Horas extras y primas pagados en forma esporádica, *iv)* el costo del transporte y la alimentación conforme a las Cláusulas N° 69 y N° 70, *v)* Las gratificaciones especiales con ocasión al trabajo, *vi)* El aporte que el Banco efectuado en la cuenta que el trabajador tiene en la Caja de Ahorro Banvenez, según la Cláusula No.41 de esta Convención Colectiva (12% del salario básico); y *vii)* Cualquier cantidad que sea entregada al trabajador a cambio de su labor.

Esta Sala de Casación Social ordena la realización de una experticia complementaria del fallo, a cargo del juzgado ejecutor a los fines de que tome en consideración sólo la porción de la diferencia de salario establecido en el presente fallo y discriminado en las documentales cursantes del expediente contentivo de la presente causa y que ya fueron objeto de valoración, y que le fueran pagadas al trabajador mes a mes durante el período correspondiente, sobre los cuales el experto deberá incluir en el salario base de cálculo las alícuotas de utilidades y bono vacacional conforme según fecha de depósito de la convención colectiva 2003-2006, los días de utilidades y bono vacacional contemplados en las Cláusulas N°s 77 y 82 de la Convención Colectiva 2003-2006; y por el período que va desde la entrada en vigencia de la convención colectiva 2006-2009 y hasta la fecha de finalización de la relación de trabajo, los días indicados en sus Cláusulas N°s 77 y 82. Los dos (2) días adicionales por cada año se calcularán con base al salario integral promedio del año respectivo.

Asimismo, el experto contable deberá calcular los intereses de la prestación de antigüedad, considerando las tasas de interés fijadas por el Banco Central de Venezuela para cada período, tomando en cuenta la fecha en la que será pagado este concepto, y hará sus cálculos tomando en consideración las pautas legales para cada período capitalizando los intereses. Asimismo, el experto deberá deducir del monto total las cantidades percibidas por el actor tal y como se refleja del estado de cuenta de fideicomiso cursante a los folios 321 al 333, del cuaderno de recaudos N° 1. Así se decide.

## 2.- Vacaciones y bono vacacional no disfrutadas:

Determinado *supra*, que el accionante no disfrutó efectivamente de los períodos de vacaciones correspondientes a los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, es preciso indicar lo establecido en las Cláusulas N°s 81 y 82 de las Convenciones Colectivas del Trabajo de 2003-2006 y la correspondiente al 2006-2009, de idéntico contenido, que al respecto señalan:

**Cláusula 81.** Los trabajadores del Banco de Venezuela disfrutarán del número de días hábiles de vacaciones remuneradas a **salario normal** como a continuación se estipula:

- a) Desde su primer año de servicios, el trabajador disfrutará de veinte (20) días hábiles de vacaciones, en los cuales, durante los primeros cinco (5) años de labores, están incluidos los de disfrute adicional consagrados en el Artículo 219 de la Ley Orgánica del Trabajo. Desde el sexto año de servicio, inclusive, comenzará los días adicionales legales, los cuales, sumados con los ordinarios de disfrute, podrán alcanzar hasta treinta y cinco (35) días.
- b) Los trabajadores que, por haber tenido para el año 1991 más de 10 años de servicios y vienen acumulando sin restricción días adicionales de disfrute, tal como se pactó en las convenciones colectivas firmadas desde ese año, mantendrán la continuidad en la acumulación hasta completar

treinta y cinco (35) días hábiles de disfrute. En todo caso, es pacto expreso que en el beneficio contractual de disfrute, está incluido el legal.

c) Los trabajadores tendrán la opción de prestar el servicio al Banco en los días adicionales de disfrute que le correspondan. En este caso, recibirán los salarios que causen por los servicios prestados.

**Cláusula 82:** El banco otorgará a sus trabajadores el bono vacacional que se calculara de acuerdo a lo que se indica en los puntos a) y b) de esta cláusula.

a) Los trabajadores recibirán el equivalente a los **salarios normales diarios** que se indican a continuación, los cuales se han determinado según el tiempo de servicio del trabajador en el Banco:

1 a 3 años = 20 días

4 a 6 años = 25 días

7 a 10 años = 30 días

11 años o más = 35 días

b) El banco otorgará a sus trabajadores una suma equivalente a los porcentajes de su salario normal mensual, según su tiempo de servicio, que se calculará de acuerdo a lo indicado a continuación:

1 a 3 años = 25%

4 años = 35%

5 años = 45%

6 años = 55%

7 años = 65 %

8 años = 75%

9 años = 85%

10 años = 95%

11 años o mas = 100%

c) Se deja constancia de que el bono vacacional consagrado en los literales a) y b) de esta Cláusula, es incluido el bono vacacional establecido en el artículo 233 de la referida Ley Orgánica del Trabajo.

d) La indemnización por vacaciones fraccionadas que procederá en los casos previstos en el Artículo 225 de la Ley Orgánica del Trabajo, será pagada a razón de un (1) días de salario normal, más la parte proporcional del bono vacacional que corresponde al trabajador, según los términos de esta Cláusula, por cada mes complemento de servicios durante la fracción de último año, contados a partir de la fecha aniversario del trabajador.

e) Queda entendido que el bono vacacional establecido en esta Cláusula, se aplicará a las vacaciones que venzan a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Convención Colectiva.

f) A los efectos de esta Cláusula y de la Cláusula No. 81 denominada "Disfrute de Vacaciones", se entiende por salario normal lo devengado, usualmente, por el trabajador en cada mes de labores. Por lo tanto quedan excluidos los pagos anuales o esporádicos.

g) El pago de los bonos vacacionales aquí establecido es inseparable del disfrute de vacaciones; en consecuencia, sólo se pagarán cuando el trabajador, real y efectivamente, disfrute de su período vacacional.

Por lo anterior, se ordena al experto contable, designado por el juzgado ejecutor, tomando en consideración el contenido de las cláusulas precedentemente transcritas, calcule el último salario normal devengado por el accionante en el mes de labores inmediatamente anterior a la culminación de la relación de trabajo (28 de abril de 2009), para que sean cancelados a favor del actor los días adeudados tanto por vacaciones no disfrutadas como por bono vacacional, sin poder descontarse monto alguno de conformidad con lo establecido en el artículo 226 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*. **Así se decide.**

A continuación el detalle de los días que deben ser cancelados a favor del ciudadano José Luis García Pérez, por concepto de vacaciones no disfrutadas y bono vacacional:

--	--	--

<b>Período</b>	<b>Días Vacaciones</b>	<b>Días Bono Vacacional</b>
2003-2004	23	30
2004-2005	24	30
2005-2006	25	30
2006-2007	26	35
2007-2008	27	35
2008-2009	28	35
Fracción 2009	7,25	8,75
<b>TOTAL</b>	<b>160,25</b>	<b>203,75</b>

Por tanto deben ser cancelados a favor del accionante la cantidad de 364 días, con base al último salario normal devengado por el actor. **Así se decide.**

### 3.- Utilidades:

En principio es importante citar el contenido de la Cláusula N° 77 de la Convención Colectiva del Trabajo del Banco de Venezuela de 2003-2006, que indica:

**Cláusula 77:** El banco pagará utilidades conforme a la Ley. Sin embargo, si dichas utilidades no alcanzaren a cubrir noventa (90) días de **salarios integrales** en el año 2004, en el Banco pagará la diferencia a título de bonificación.

Asimismo, durante cada año sucesivo a 2004, dicha cantidad de salarios integrales será incrementada en diez (10) días adicionales por cada año, hasta alcanzar el límite máximo establecido por la Ley Orgánica del Trabajo.

Este beneficio se aplicará a los trabajadores que tenga por lo menos un (1) año de servicio en el Banco. Los trabajadores que durante el correspondiente ejercicio anual hayan trabajado menos de un año completo de servicio recibirán sus utilidades de acuerdo a lo establecido en esta cláusula en proporción al tiempo trabajado durante el año. Dicho pago se hará efectivo los primeros quince (15) días del mes de noviembre de cada año.”

Asimismo, en la Cláusula N° 77 de la Contratación Colectiva del Trabajo del Banco de Venezuela del año 2006-2009 también se encuentra establecida la forma de pago para dicho período, la cual prevé:

**Cláusula 77:** El banco pagará utilidades conforme a la Ley. Sin embargo si dichas utilidades no alcanzaren a cubrir ciento veinte (120) días de **salario integrales**, el Banco pagará la diferencia a título de bonificación.

El beneficio se aplicará a los trabajadores que tengan por lo menos un (1) año de servicio en el Banco. Los trabajadores que durante el correspondiente ejercicio anual haya trabajado menos de un (1) año completo de servicio, recibirán sus utilidades de acuerdo a lo establecido en la Cláusula y en proporción al tiempo trabajado durante el año. Dicho pago se hará efectivo los primeros quince (15) días del mes de noviembre de cada año.

De la cláusulas citadas *supra*, se evidencian los días a pagar por concepto de utilidades por parte de la demandada y que el mismo debe ser calculado con base al salario integral, estipulado en la Cláusula N° 1 de dichos cuerpos normativos, no obstante, es necesario precisar que dicho alegato fue realizado de manera genérica por la parte actora, limitándose a la obtención de montos salariales, denotados en el cuadro demostrativo que

riela a los folios 12, 13 y 14 de la pieza N° 1 del expediente, no obstante, del análisis de la reproducción audiovisual de la audiencia de juicio, se evidencia que la parte actora argumentó y solicitó que se concatenaran las documentales tituladas Comprobantes de retención, marcadas con los alfanuméricos “D1” a “D5” que rielan a los folios al 287 del cuaderno de recaudos N° 1, con los comprobantes de nómina de pago del concepto de utilidades que corren insertos a los folios 288 al 299 del mismo cuaderno de recaudos a los fines de constatar que las remuneración pagadas en cuenta indicadas en el comprobante de retención son superiores a las utilizadas como base de cálculo para el pago de utilidades, no obstante esta Sala de un estudio de las referidas probanzas, logra evidenciar que los comprobantes de retención contenían el pago realizado al accionante por concepto de utilidades, motivo por el que siempre existiría una diferencia en cuanto al salario abonado en cuenta y expuesto en los recibos de retención de impuestos y los comprobantes de pago del concepto de utilidades, por lo tanto se declara improcedente dicha concepto reclamado por la parte actora en su escrito libelar. **Así se establece.**

#### **4.- Utilidades fraccionadas año 2009.**

Solicita la parte actora, el pago de utilidades fraccionadas correspondientes al año de finalización del vínculo, a razón de cuatro (4) meses. Al respecto, se evidencia de autos que la demandada no logro demostrar el pago liberatorio de este concepto, por lo que debe considerarse procedente.

No obstante, observa esta Sala que determinada como fecha de terminación de la relación el día 28 de abril de 2009, se debe considerar que el tiempo efectivo de trabajo en el ejercicio económico del año 2009, fue de tres (3) meses, razón por la cual siendo que la demandada pagaba anualmente según la Cláusula N° 77 de la Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009, el equivalente a ciento veinte (120) días de salario integral, se ordena cancelar a favor del ciudadano José Luis García Pérez, el equivalente a treinta (30) días de salario integral.

A los fines de su cuantificación, se ordena al experto contable designado por el juzgado executor, que una vez obtenido el último salario integral diario devengado por el accionante, según lo indicado en el literal j) de la Cláusula N° 1 de la Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009, proceda a obtener multiplicando dicho monto por la cantidad de treinta (30) días, condenados a favor del accionante por concepto de utilidades fraccionadas. **Así se decide.**

#### **5.- Bonificación especial anual:**

La misma está referida en las Cláusulas N° 78 de la Convención Colectiva del Trabajo de 2003-2006 y 2006-2009, en las cuales se señala:

**Cláusula 78:** El banco conviene en pagar anualmente en el mes de junio a cada uno de sus trabajadores, una cantidad equivalente, al cincuenta por ciento (50%) de su **salario básico mensual**. Este bono será cancelado dentro de los primeros cinco (05) días del mes de junio de cada año. (Destacado de esta Sala)

En tal sentido, esta Sala observa que la parte actora reclama el pago de este concepto con base a once (11) meses, es decir desde junio de 2008 hasta abril de 2009. En tal sentido no se observa de la revisión del acervo probatorio consignado por la parte demandada el pago liberatorio del mismo, y vista que no fue cancelado en el año 2008, es por lo que se considera procedente en derecho el pago de la bonificación especial anual, para lo cual debe considerarse el monto señalado en el libelo de demanda por haber sido negado de manera pura y simple por la demandada en su escrito de contestación, por tal motivo deben ser cancelados a favor del actor la cantidad de **Bs. 802,08. Así se decide.**

#### **6.- Bonificación de fin de año.**

Alega la parte actora, que con motivo de su retiro justificado en el mes de abril de 2009, le corresponde una bonificación de cuatro (4) meses, es decir, desde enero de 2009 hasta abril de 2009. Por el contrario, la parte demandada negó que a la parte actora le correspondiera cantidad alguna por dicho concepto. En tal sentido, esta Sala de Casación Social, trae a colación lo contemplado en la Cláusula 79 de las Convenciones Colectivas del Trabajo de 2003-2006, y 2006-2009, las cuales señala:

**Cláusula 79:** El Banco conviene en pagar, anualmente, a sus trabajadores, una bonificación de fin de año equivalente al cien por ciento (100%) de su **salario básico mensual**.

Dicha cantidad será pagada en los primeros cinco (5) días del mes de diciembre de cada año.

No obstante, el trabajador puede optar entre cobrar este beneficio anualmente, como se señala anteriormente, o cobrar la alícuota mensual correspondiente.

Ahora bien, se evidencia de la lectura de la Cláusula 79 que dicha bonificación será pagada en los primeros cinco (5) días del mes de diciembre de cada año y como quiera que el actor culminó su relación laboral el 28 de abril de de 2009, teniendo tres (3) meses de trabajo efectivo, correspondiente al último año, esta Sala declara procedente el pago de la diferencia de la bonificación de fin de año reclamada, y constatado que el último salario básico del accionante fue la cantidad de Bs. 1750,00, deben ser cancelados a favor del actora la cantidad de **Bs. 437,50. Así se decide.**

#### **7.- Indemnizaciones contempladas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.**

Tal como fue establecido precedentemente, que la causa de terminación de la relación laboral se debió al retiro justificado del accionante, forzosamente se deben declarar procedentes las indemnizaciones por despido injustificado e indemnización sustitutiva de preaviso por subrogarse el despido indirecto o retiro justificado a las condiciones del despido sin justa causa. Las mismas deberán calcularse a razón de trece (13) años, cuatro (4) meses y veintiocho (28) días de servicio efectivamente prestado.

Por consiguiente, una vez obtenido por el experto contable designado el último salario diario integral percibido por el ciudadano José Luis García Pérez, tal como fue indicado *supra*, deberán ser pagados al actor la cantidad expuesta en el siguiente cuadro demostrativo:

Conceptos	Días de salario
-----------	-----------------



Indemnización por despido injustificado	150
Indemnización sustitutiva de preaviso	90
<b>Total</b>	<b>240</b>

## 8.- Indemnización prevista en la Cláusula N° 42 de la Convención Colectiva de Trabajo 2006-2009:

La referida cláusula, especifica lo siguiente:

**Cláusula 42.** El Banco conviene en que cuando decidiera despedir a un trabajador, podrán a disposición del mismo de manera inmediata las prestaciones legales y contractuales. En caso de renuncia intempestiva, el banco cancelara las prestaciones en un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de terminación del contrato

De no procederse de la forma indicada, el banco cancelara un día de salario básico por cada día de retardo.

En el primer caso, el retardo se contará a partir de la terminación del contrato, y en el segundo, a partir del quinto (5°) día hábil bancario de la renuncia intempestiva.

En este aspecto, se observa que en efecto, aún tratándose de una terminación de la relación por voluntad unilateral del trabajador, sea o no de manera justificada, el trabajador tiene derecho a que se le cancelen sus prestaciones, después de cinco (5) días hábiles bancarios, a partir de la terminación del vínculo sostenido por las partes; y como quiera que no consta que la demandada hubiere cancelado hasta la fecha de interposición de la demanda –tal como lo solicitó la parte actora-, le corresponde al ciudadano José Luis García Pérez, un (1) día de salario básico por cada día de retardo en el pago, contado a partir del quinto (5°) día siguiente a la terminación de la relación, vale decir, desde el 28 de abril de 2009 hasta la fecha de interposición de la demanda. **Así se decide.**

## 9.- indemnizaciones previstas en la Cláusula 68 de la Convención Colectiva, 2006-2009:

Es preciso citar lo dispuesto en la referida cláusula, la cual establece que:

**Cláusula 68.** El Banco conviene en pagar a los trabajadores que despida sin causa justificada, una cantidad equivalente al sueldo básico mensual, además de las indemnizaciones que puedan corresponderle por la ley Orgánica del trabajo y la presente convención colectiva.

Establecido que la causa de finalización del vínculo contrasta con el retiro justificado, figura que se equipara al despido injustificado, y siendo que el último salario básico devengado por el accionante, era la cantidad de Bs. 1.750,00, deben ser ordenados a pagar a favor del demandante la cantidad de **Bs. 1.750,00**, equivalentes a un mes de salario básico. **Así se decide.**

## 10.- Intereses de mora e indexación:

Se condena a la parte demandada al pago de la corrección monetaria, sobre los conceptos de antigüedad, vacaciones, bono vacacional e indemnizaciones a causa del retiro justificado condenadas a pagar, su cálculo se determinará mediante experticia complementaria del fallo, tomando en consideración el índice nacional de

precios conforme a los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela, desde la terminación de la relación laboral (28 de abril de 2009), para la antigüedad; y, desde la notificación de la demanda, para el resto de los conceptos laborales acordados (9 de junio de 2009), 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, así como vacaciones judiciales, y hasta la oportunidad en que se decreta la ejecución de la sentencia.

De conformidad con el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio sostenido por esta Sala de Casación Social en sentencia N° 1841 de 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita vs. Maldifassi & Cía. C.A.*), se ordena el pago de los intereses moratorios por concepto de vacaciones, bono vacacional y utilidades fraccionadas calculados desde la finalización de la relación de trabajo (28 de abril de 2009) hasta que se decreta la ejecución de la sentencia, cuya cuantificación se efectuará mediante experticia complementaria del fallo, 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. Dichos intereses no serán objeto de capitalización, ni de indexación.

En caso de incumplimiento voluntario, se aplicará lo establecido en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

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

### **DECISIÓN**

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de casación ejercido por la parte demandada contra la sentencia de fecha 10 de mayo de 2012, emanada del Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, **SEGUNDO: se ANULA** la sentencia recurrida, **TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR LA DEMANDA.**

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

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial *supra* mencionada, a los fines consiguientes. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen antes mencionado, todo de conformidad con el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los dieciocho (18) días del mes de marzo de dos mil dieciséis. Años 205° de la Independencia y 157° de la Federación.

La Presidenta de la Sala y Ponente,

MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

Magistrada Accidental,

La Magistrada Accidental,

CARMEN ESTHER GÓMEZ CABRERA

MÓNICA MAYLEN CHÁVEZ PÉREZ

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

**R.C. N°AA60-S-2012-0001149**

**Nota:** Publicada en su fecha a

El Secretario