



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

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia del Magistrado Dr. JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

En el juicio por cobro de prestaciones sociales que sigue el ciudadano **ALIRIO JOSÉ LAMEDA RIERA**, representado judicialmente por el abogado Raúl Pérez Mujica, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 92.464; contra la sociedad mercantil **TRANSPORTE SEGAR, S.R.L.**, representada judicialmente por los abogados Yelcar Pérez y Roxana Hernández inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los N° 148.835 y 133.202, respectivamente; el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Lara, en fecha 11 de octubre del 2013, declaró parcialmente con lugar la apelación interpuesta por la parte demandada y parcialmente con lugar la demanda, modificando el fallo proferido por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de la referida Circunscripción Judicial, en fecha 23 de julio de 2013, que declaró parcialmente con lugar la demanda.

Contra la sentencia de alzada, la parte demandada anunció recurso de casación, el cual fue admitido y formalizado en el término legal. No hubo impugnación.

En fecha 14 de noviembre de 2013, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada doctora Carmen Elvigia Porras de Roa.

Por cuanto en fecha 29 de diciembre de 2014, tomaron posesión en sus cargos los Magistrados Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Dra. Marjorie Calderón Guerrero; designados en fecha 28 de diciembre de 2014, por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela por un período constitucional de doce (12) años; se reconstituyó la Sala de Casación Social, y con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y en aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de justicia, la Sala quedó conformada de la manera siguiente: Presidenta, Magistrada Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella; los

Magistrados Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Dra. Marjorie Calderón Guerrero.

En fecha 11 de febrero de 2015, se realizó sesión de la Sala Plena de este máximo Tribunal con el objeto de designar las nuevas autoridades quedando constituida la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia el día 12 de febrero de 2015 de la siguiente manera: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella; los Magistrados, Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa; Dr. Edgar Gavidia Rodríguez y Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo, Secretario Dr. Marcos Paredes y Alguacil Sr. Rafael Arístides Rengifo.

Por cuanto en fecha 23 de diciembre de 2015, tomó posesión en su cargo el Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo; designado en esa misma fecha por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela por un período constitucional de doce (12) años, se reconstituyó la Sala de Casación Social, y quedó conformada de la manera siguiente: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella; los Magistrados Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo. El 12 de enero de 2016, se reasignó la ponencia al Magistrado Dr. JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

Concluida la sustanciación del recurso, se fijó audiencia oral, pública y contradictoria para el día 10 de mayo de 2016 a la que comparecieron las partes y se dictó fallo oral e inmediato, a tenor de lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En esta oportunidad, pasa la Sala a publicar la sentencia, de conformidad con lo establecido en la citada disposición legal, en los siguientes términos:

DEL RECURSO DE CASACIÓN

ÚNICO

Señala la parte recurrente que, estando dentro del lapso establecido por el artículo 171 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ejerce recurso de casación por cuanto la sentencia impugnada, afirmó que no se probó durante el proceso el salario que realmente percibió el demandante durante la relación laboral, y que al haber sido negado el salario alegado por el actor en su libelo le correspondía a la demandada la carga de probarlo.

Sostiene que, del acervo probatorio traído por la demandada recurrente a los autos, consta que el salario percibido por el trabajador era fijo y al haber sido alegado por éste que era variable, le correspondía la carga de la prueba del mismo, sin embargo el juez no observó esta premisa y declaró que el salario era el señalado por el trabajador en su libelo, es decir un salario variable de 4.719,88 bolívares.

Sostiene que, de conformidad con el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo y la interpretación de la jurisprudencia de esta Sala al respecto, no todas las cantidades, beneficios y conceptos que un patrono pague al trabajador tendrán naturaleza salarial. Por tanto, lo entregado por concepto de gastos no formaba parte del salario del actor.

Esta declaratoria de la recurrida, respecto de la base salarial del trabajador afectó el pago acordado por horas extras, y las diferencias por vacaciones, bono vacacional, antigüedad y utilidades, el cual no debió hacerse con el salario variable alegado por el actor, sino con el salario fijo demostrado por la demandada en los recibos de pago y en el documento de anticipo de prestaciones sociales. Igualmente cuestiona la declaratoria del pago de las horas extras ordenado por la recurrida, por considerar que la carga de la prueba le correspondía al actor y tal extremo no fue satisfecho en el presente caso.

Para decidir, la Sala observa:

Es evidente la falta de técnica casacional en la formalización del recurso, puesto que el mismo no está fundamentado en ninguno de los numerales del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y no se hace mención expresa del tipo de denuncia que pretende formular. Sin embargo, de la lectura del texto del recurso se desprende que, el punto medular que pretende la recurrente sea conocido en casación, es la correcta determinación de la base salarial que fue usada por el *ad quem* para condenar el pago de las diferencias de las prestaciones sociales y la procedencia en derecho del pago de las horas extras.

Al respecto, la sentencia impugnada estableció lo que a continuación se transcribe:

Primero: Con relación al salario devengado por el trabajador, éste alega que el salario devengado durante la relación estaba comprendida (*sic*) por una parte fija y una parte variable, dependiendo de los viajes realizados, siendo el último promedio de Bs. 4.719,88. (...).

(...) observándose que la demandada no probó en el transcurso del proceso el salario real del trabajador, utilizando en su defensa que en autos se encuentran consignados los recibos de pago donde se evidencia el salario devengado por el trabajador durante la relación laboral, sin especificar monto o si existen o no incidencias en el salario. Sin embargo se observa de la revisión de los escasos recibos cursantes a los autos, que solo se especifica la parte fija del salario, siendo que el mismo se encontraba compuesto de una parte fija y de una variable integrada a su vez por asignación por viajes. En consecuencia al no cumplir la parte demandada con su carga procesal, conforme lo establece el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se tiene como cierto el salario indicado por el actor en el libelo de Bs. 4.719,88 mensual. Así se establece.

Segundo: Respecto a lo alegado por la parte demandada sobre las Horas Extras (*sic*): Según el criterio establecido por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde al actor la carga de demostrar la generación de los conceptos extraordinarios, pero al ser admitido por el accionado, al manifestar en su contestación que sí se generaron algunas horas extras y las mismas fueron pagadas en su oportunidad, se invirtió la carga de la prueba, debiendo verificarse su pago oportuno y en los autos no consta ningún recibo donde se evidencie algún pago por horas extras, siendo evidente que se generaron horas extras, pero tomando en cuenta que la jornada quedó establecida por el Tribunal de juicio en turnos rotativos, punto que quedó firme, por no ser objeto de apelación, el actor debió determinar específicamente los días y horas extraordinarias que se laboraron, lo cual no se efectuó en el escrito libelar, quien generalizó las mismas para todos los días

hábiles de la relación de trabajo, por lo que debe ser acordado el máximo legal de conformidad con lo establecido en el artículo 207 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se establece.

Del texto de la sentencia transcrito, se evidencia que el *ad quem* en aplicación de las reglas de la distribución de la carga de la prueba, contenidas en el artículo 72 de la ley adjetiva laboral, estableció que le correspondía a la parte demandada la carga de probar el salario del actor, ante la contradicción que hizo del salario variable afirmado por el actor, sosteniendo que se trataba de un salario fijo.

De conformidad con los alegatos del trabajador en su libelo, se desempeñó como conductor de carga pesada desde abril de 2007, realizando tres viajes semanales con vehículos de la demandada, transportando mercancía que consistía en productos lácteos y jugos. Además afirmó que su salario se encontraba compuesto de una parte fija y de una parte variable, la cual estaba representada por las asignaciones correspondientes a los viajes efectuados semanalmente y que se determinaba en función de la distancia recorrida por el actor en cada trayecto, siendo el último promedio de su salario de Bs. 4.719,88 mensual; hasta el 25 de febrero de 2012, fecha en la que decidió manifestar su retiro voluntario.

Ante el desconocimiento que hace la demandada del salario variable alegado por el actor y en virtud de la defensa esgrimida por ésta, la cual se constituye en un hecho nuevo, de que el salario devengado por el trabajador era el monto fijo que se desprende de los sobres de pago consignados en el expediente y del anticipo de prestaciones sociales, le correspondía la carga de probarlo.

De la revisión de las actas procesales se evidencia que, la demandada no incorporó elementos de prueba respecto del hecho nuevo alegado, no se trajeron al proceso recibos de pago, sólo corren insertas a los folios 188 al 189 y 194 al 199 de la primera pieza del expediente, unas documentales denominadas “sobres de pago”, las cuales se corresponden a descripciones de pago semanales manuscritas recibidos por el actor, sin que en ellas se especifique el monto del salario mensual recibido, en estas se hace mención a unos montos semanales, los cuales no son iguales semana a semana, así se tiene que, desde el 23 de abril de 2007 hasta el 29 de abril de 2007, el monto pagado fue de Bs. 280.000, y de la semana del 30 de abril de 2007 al 6 de mayo de 2007 fue de Bs. 336.000. El siguiente sobre de pago se corresponde con la semana del 21 de abril de 2008, sin que consten los pagos de las semanas posteriores a mayo de 2007 hasta abril del 2008 y lo propio sucede con los otros períodos de la relación laboral.

En virtud de la escasa actividad probatoria de la demandada respecto de su alegato de un hecho nuevo, el supuesto salario fijo del actor, en virtud del incumplimiento de la carga de la prueba que le correspondía, se hace necesario dar por cierto –como hizo la recurrida- el alegato del trabajador respecto de que su salario era variable, compuesto por una parte fija y otra que se estimaba en función de los viajes realizados mensualmente, dependiendo de las distancias recorridas.

Dado que la demandada no logró desvirtuar el salario alegado por el actor, con elementos probatorios traídos al proceso, ni tampoco demostró el monto del salario o si existen o no incidencias en el mismo por las

horas extras que reconoció que trabajaba el demandante, la recurrida determina que se tendría por válido el monto del salario variable alegado por el trabajador en su libelo.

En este sentido, es preciso referir el criterio sostenido por esta Sala en reiteradas decisiones, con relación al régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral, en concreto, la sentencia N° 419, de fecha 11 de mayo de 2004 (caso: *Juan Rafael Cabral Da Silva contra Distribuidora La Perla Escondida, C.A.*), en la cual se estableció lo que a continuación se transcribe:

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

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

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

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

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

Del referido artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y del criterio jurisprudencial citado, se desprende que le corresponde la carga de la prueba a la parte demandada de aquellos hechos con los cuales se excepcione, por tanto, le correspondía a la recurrente probar el monto real del salario y ante la escasa actividad probatoria de ésta al respecto, era preciso que la recurrida tomara como cierta la base salarial alegada por el actor en su libelo. De forma tal que la sentencia impugnada se encuentra conforme a derecho.

Respecto de la procedencia del concepto horas extras, reconocido como fue por la empresa accionada que el actor las trabajaba en algunas oportunidades, pero ante la ausencia de prueba por parte de la demandada, que demostrara que efectivamente las pagó, la recurrida estableció la condena por el límite máximo legal establecido.

En este orden de ideas, el actor afirmó que su jornada se desarrollaba desde los días lunes a las 06:00 a.m. hasta el sábado a las 03:00 p.m., horario en el que se encontraba continuamente a disposición del patrono para realizar los viajes que le encomendaran, generando una cantidad de horas extras que no fueron pagadas por el empleador. Al respecto, la demandada rechazó en su contestación la jornada de trabajo alegada por el actor, manifestando que la misma era humanamente imposible, negando los montos pretendidos por las horas extras demandadas, afirmando que las que fueron generadas se pagaron en su oportunidad.

Respecto de la carga de la prueba de las horas extras trabajadas, estableció acertadamente la sentencia recurrida que, por tratarse de un concepto extraordinario generado durante el vínculo laboral le correspondía al actor; sin embargo, en el caso bajo análisis fue admitido por la demandada en su contestación que sí se generaron algunas horas extras y que las mismas fueron pagadas en su oportunidad, razón por la cual se invirtió la carga de la prueba, debiendo comprobar la empresa accionada su pago oportuno.

Así las cosas, quedó establecido por la recurrida, de la declaración del testigo Asdrúbal Aljorna, que en la entidad de trabajo se establecieron turnos rotativos diurnos y nocturnos, pero que cuando correspondía trabajar en la noche los choferes debían esperar hasta las 5:00 a.m. para salir, con lo cual se evidenció que la jornada no era continua durante toda la semana. Igualmente, de las resultas de la prueba de informes consignada en autos a los folios 40 y 41 de la segunda pieza, se desprende que los horarios de carga y descarga de la mercancía en la empresa demandada eran de 7:00 a.m. a 9:30 p.m., pero no se logró determinar si fuera de esa jornada se mantenía el actor en labores efectivas para su empleador.

Ahora bien, verificado como quedó en los autos del expediente que la jornada estaba establecida en turnos rotativos, resulta evidente la existencia de trabajo en tiempo extraordinario y en consecuencia la procedencia del pago de la horas adicionales de conformidad con dicha jornada, sin embargo, la recurrida señaló que le correspondía al actor la carga de alegar y probar específicamente las horas extraordinarias que laboró, debido a que esto no se efectuó en el libelo de la demanda, sólo se generalizó un mismo número de horas extras para todos los días hábiles de la relación de trabajo, lo que -según consideró el *ad quem*- supera con creces el límite establecido en el Artículo 207 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente para la fecha, motivo por el cual se estableció que le correspondía a la demandada pagar el límite máximo de 100 horas anuales durante toda la relación, debido a que tampoco demostró la demandada en autos el pago de la horas extras a lo largo de toda la relación de trabajo, por cuanto no se trajeron al expediente los recibos de pago donde pudiera comprobarse dicho pago.

Al respecto, tomando en consideración que la parte actora no recurrió en casación, en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius*, no está facultada esta Sala para reformar en perjuicio del único recurrente los montos condenados respecto del concepto de horas extras, motivo por el cual se considera firme el pago ordenado a la demandada del límite legal de las horas extras, efectuado por el *ad quem*. Así se establece.

Todo esto implica la procedencia de la condenatoria del pago de diferencias en las prestaciones sociales reclamadas, tal como fue hecho en la sentencia impugnada. Por las razones señaladas precedentemente, esta Sala advierte que la recurrida se encuentra ajustada a derecho y en consecuencia debe declarar sin lugar el presente recurso. Así se decide.

DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la Ley,

declara: **PRIMERO: SIN LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la representación judicial de la, la sociedad mercantil **TRANSPORTE SEGAR, S.R.L.**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Lara, en fecha 11 de octubre del 2013; **SEGUNDO: CONFIRMA** el fallo recurrido.

Se condena en costas a la parte demandada recurrente de conformidad con el artículo 59 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la referida Circunscripción Judicial, a fin de que sea enviado al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución competente. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, participese de esta decisión al Tribunal Superior de origen.

La presente decisión no la firma la Magistrada MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA porque no estuvo presente en la audiencia pública y contradictoria correspondiente, por motivos justificados.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veinticuatro (24) días del mes de mayo de dos mil dieciséis. Años: 206° de la Independencia y 157° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

La Vicepresidenta,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO
TORTORELLA

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrado,

Magistrado,

DANILO ANTONIO MOJICA
MONSALVO

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ
ALFONZO

Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C. N° AA60-S-2013-001559

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,