



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

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia del Magistrado Dr. **EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ**

En el juicio que por cobro de prestaciones sociales y demás conceptos laborales sigue el ciudadano **ELVIS MORENO MEDINA**, representado judicialmente por los abogados Tomás Antonio Pérez Ruíz y Tomás Antonio Pérez, contra la sociedad mercantil **CONSTRUCTORA GARMEL, C.A.**, y los ciudadanos **OMAR RAMÓN GONZÁLEZ VALBUENA** y **BEATRIZ GÉNOVA SEVILLA DE GONZÁLEZ**, en forma solidaria, en su condición de propietarios de la entidad de trabajo, representados judicialmente por los abogados Yaneth Marhany Sevilla Estrada y Sol Felicia González de Lugo; el Juzgado Séptimo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó decisión el 26 de enero de 2016, en la que declaró con lugar apelación interpuesta por la demandada y sin lugar la demanda, en consecuencia, revocó la sentencia del 6 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Undécimo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción del Área Metropolitana de Caracas, que declaró parcialmente con lugar la pretensión incoada.

Contra la sentencia de alzada la parte demandante anunció recurso de casación, el cual una vez admitido, se ordenó la remisión del expediente a esta Sala de Casación Social. Formalizado oportunamente el recurso. Hubo contradicción.

El 12 de abril de 2016, se dio cuenta del asunto y se designó ponente al Magistrado Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, quien con tal carácter suscribe la decisión.

Por auto del 1° de diciembre de 2016, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, esta Sala de Casación Social fijó la audiencia oral y pública para el 21 de marzo de 2017 a las 11:30 a.m.; el dispositivo fue diferido para el jueves 6 de abril de 2017, a las 12:45 p.m.

El 24 de febrero de 2017, en virtud de la designación de las nuevas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia en sesión de Sala Plena, se reconstituyó esta Sala de Casación Social, quedando integrada de la siguiente manera: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero, Vicepresidente, Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, Magistrado Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Mistichio Tortorella y Magistrado Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

Celebrada la audiencia oral y habiendo esta Sala pronunciado su decisión de manera inmediata, pasa a reproducir la misma en la oportunidad que ordena el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, bajo las siguientes consideraciones:

## RECURSO DE CASACIÓN

### I

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, delata el formalizante que el *ad quem* incurrió en el vicio de falta de aplicación de los artículos 53 y 35 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, así como de los artículos 320 y 506 del Código de Procedimiento Civil.

Con el fin de determinar la procedencia o no de la presente denuncia esta Sala debe citar lo señalado por el recurrente en su escrito de formalización:

(...) nos vamos a referir a la **"CONSTANCIA DE TRABAJO"**, que en fecha 20 de Julio de 2012, la empresa **"Constructora Garniel, C.A."**, le otorgó al **Ciudadano Ingeniero ELVIS MORENO MEDINA**, venezolano, titular de la Cédula de Identidad Nro. **V- 19.084.073** (ver folio 22 de la Pieza Nro. 1), cuya autoría fue reconocida como cierta por la representación judicial de la parte accionada en su Escrito de **"Contestación de la demanda"** (Ver vuelto del folio 208 de la Pieza Nro. 1).

Más luego, en su sentencia, la recurrida invocó los artículos 53 y 35 (en ese orden) de la Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y Trabajadores, (en adelante LOTT), obviando, respecto de tales normas, tres (3) elementos por **demás** importantes: **Primero:** Lo dispuesto en el artículo 1º de la ley, en cuanto a que la misma **"Tiene por objeto proteger al trabajo como hecho social y garantizar los derechos de los trabajadores(as) como sujetos protagónicos..."**; **Segundo:** Lo dispuesto en su artículo 2º, en cuanto a que **"las normas" contenidas en esta ley y las que se deriven de ella, son de orden público y de aplicación imperativa, obligatoria e inmediata...**; y **Tercero:** Que el artículo 53, invocado por la recurrida, **contiene, de manera expresa, una sola excepción**, la cual es que, esa **"presunción de la existencia de una relación de trabajo..."** (no de un contrato de trabajo) deja de ser tal **"en los casos en los cuales,....se presten servicios a instituciones altruistas o a la sociedad, con propósitos distintos a los que son propios de la relación laboral"**. Excepción ésta que, evidentemente, no es el caso de marras.

(Omissis).

Siendo consecuente con las normas invocadas, la recurrida hizo saber: **"que el thema decidendum se circunscribe a determinar la existencia o no del nexo laboral que vinculó a las partes en el presente procedimiento; ... por cuanto la prestación de un servicio personal por parte de la accionante a favor de la empresa demandada, no constituye un hecho controvertido en el proceso, ya que la accionada, en su contestación de la demanda admitió la prestación de un servicio personal por parte de la demandante durante dicho lapso (01 de Febrero de 1997 al 31 de Octubre de 2014), arguyendo que la relación que los vinculó no fue de naturaleza laboral sino civil, teniendo la demandada, en consecuencia, la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió con la adora, a fin de determinar si existen hechos que desvirtúen el carácter laboral de la relación, según lo previsto en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y Trabajadores, cuya presunción -iuris tantum- operó en el presente caso"**. (Folio 51 de la sentencia).

(...) el juzgador de Alzada, muy a pesar de que advierte que por cuanto la demandada admitió la prestación de un servicio personal, pero que se excepcionó afirmando que tal relación no fue laboral sino civil, y por lo tanto, es su carga de prueba el evidenciar la existencia real **"de hechos que desvirtúen el carácter laboral de la relación"**. Pero además, la recurrida le agregó que esos hechos **"desvirtuadores"**, deben estar ajustados **"según lo previsto en el artículo 53 de la LOTT"**. Pero estableció, lo reiteramos: **"cuya presunción -iuris tantum- operó en el presente caso"**.

(Omissis).

En razón de que en esta misma denuncia he delatado que la parte accionada no logró probar los alegatos referidos a las razones y causas por las cuales le fue otorgada a **Elvis Moreno Medina** la referida **"Constancia de Trabajo"**, es por lo que he invocado que la recurrida no aplicó la norma contenida en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, que dispone **"las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. ..."**. En razón de ello, es oportuno traer a colación extractos de la sentencia Nro. 778 de fecha 01 de Julio de 2015

dictada por la Sala Político Administrativa de este máximo tribunal de justicia: “(...) **La referida norma consagra el principio general en materia de carga probatoria que se reduce a lo siguiente: El que alega, prueba. Al respecto, se ha establecido que el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil pone en cabeza del demandante la carga de probar sus afirmaciones y de aportar la plena prueba de los hechos afirmados,...**”.

Luego de toda esta exposición, es lógico que surja la pregunta, incluso para el (la) Magistrado(a) Ponente: **¿De los documentos que corren a los autos, acaso se evidencia que la parte accionada logró desvirtuar el contenido y la firma de la tantas veces mencionada constancia de trabajo, que “Constructora Garmel” le otorgó al Ingeniero Elvis Moreno Medina? ¿O trajo a los autos los medios probatorios que confirmaran sus excepciones?** En virtud de que la parte accionada no cumplió con su carga probatoria, es por lo que estamos delatando que el juzgador de Alzada no aplicó lo dispuesto en los artículos 53 y 35 de la LOTT, ya que de haberlo hecho hubiera declarado que ciertamente sí existió una relación de trabajo entre el ciudadano **Ingeniero Elvis Moreno Medina**, titular de la cédula de identidad Nro. V- **19.084.073** y la empresa “**Constructora Garmel CA.**” desde el 01 de Febrero del año 1997 hasta el 31 de Octubre del año 2014. Pero, al no hacerlo así, tal infracción fue determinante en el dispositivo de la sentencia. (Sic). (Énfasis del recurrente).

Para decidir la Sala observa:

La Sala ha sostenido que la falta de aplicación de una norma jurídica ocurre cuando el sentenciador no emplea o niega aplicación a una norma vigente que es la aplicable al caso en cuestión, dando lugar la nulidad cuando su no aplicación tiene incidencia en lo dispositivo del fallo.

El artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, cuya infracción ha sido delatada dispone:

**Artículo 53.** Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba.

Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a la sociedad o a instituciones sin fines de lucro, con propósitos distintos a los planteados en la relación laboral.

Esta Sala respecto del artículo 53 Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, ha expresado que el trabajador debe demostrar la prestación de servicio personal -hecho constitutivo de la presunción de laboralidad- para que el tribunal establezca el hecho presumido por la Ley -existencia de una relación de trabajo-.

Al tratarse de una presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario, por lo que el pretendido patrono puede alegar en su contestación y, posteriormente demostrar dentro del proceso la existencia de uno o varios hechos que desvirtúen la existencia de la relación de trabajo, por no cumplirse las condiciones para su existencia.

En este mismo sentido, el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece que cuando se trate de probar la relación de trabajo, el trabajador está eximido de su prueba pues goza de la presunción de su existencia.

La alzada, en virtud de que la demandada en su contestación, admitió que el actor laboró como ingeniero gerente de obra bajo la figura de contrato por servicios profesionales, correctamente en aplicación del artículo 53 Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras consideró activada la presunción de laboralidad, atribuyéndole a la demandada la carga de desvirtuar la naturaleza laboral de la relación, pues la accionada en su contestación alega que se trata de una relación eminentemente civil.

En tal sentido, esta Sala considera oportuno citar lo establecido por el *ad quem* en la sentencia recurrida, a fin de determinar la procedencia del vicio delatado, la cual estableció:

Pruebas de la parte actora.

Promovió documental cursante al folio 22 de la pieza N° 1, de la cual se evidencia constancia de trabajo de fecha 20/07/2012, solicitada por el ciudadano Elvis Moreno Medina, suscrita por el ingeniero Omar González, en su carácter de director y representante legal de la sociedad mercantil Constructora Garmel, C.A., de la cual se hace constar que el precitado ciudadano presta servicios en la referida empresa desde el día 01/02/1997, desempeñándose en el cargo de gerente de obra y devengando un sueldo mensual de Bs. 20.000,00 exactos; al respecto evidencia esta alzada que mediante la contestación de la demanda, la accionada reconoció la firma de quien suscribe, empero durante el desarrollo de la audiencia oral de juicio, indicó que desconoce el contenido por cuanto en su decir el actor petición la misma a los fines de tramitar la adquisición de una vivienda; instrumental que se valora de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.-

(*Omissis*).

En virtud de todo lo antes expuesto, se concluye que estamos en presencia de una relación de naturaleza no laboral, al no se evidenciarse que la prestación personal del servicio, era bajo subordinación o ajenidad, elementos estos integradores de la relación de trabajo, así como que la remuneración percibida tuviera los elementos que caracterizan al salario, como contraprestación del servicio prestado, siendo que la actividad realizada por el demandante, para con la demandada, debe entenderse dentro de los parámetros del artículo 36 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y Trabajadores, es decir, efectuada de manera autónoma y laboralmente independiente, siendo que, importa señalar que por el hecho que exista una sola constancia de trabajo, otorgada a solicitud de parte, durante todo el tiempo que duro el vinculo laboral (17 años y 10 meses), por si sola no convierte este tipo de relación en laboral, mas aun cuando nunca se reclamo vacaciones, ni bono vacacional, ni utilidades, ni se solicito un anticipo de prestaciones sociales, ni intereses sobre prestaciones sociales, es decir, no luce lógico que si un patrono encubre una relación de trabajo, luego el trabajador lesionado pida una constancia de trabajo y este sin mas se la de, siendo que dicha documental pareciera más bien haber sido otorgada de buena fe, para fines bancarios o similares, circunstancia esta que si bien pudiera reñir con el deber ser, no obstante, se ve a menudo en causas como estas que así ocurre, sobre todo cuando hay buenas relaciones entre las personas involucradas, lo cual – de los correos electrónicos -se observa ocurría en el presente asunto, mientras que, por otro lado, tampoco condiciona necesariamente a la existencia de un vinculo laboral, el hecho que se concedan ventajas tendentes a la seguridad social (inscripción en el Seguro Social Obligatorio), pues estas no son contrarias a lo previsto en la segunda norma del precitado articulo 36, amen que, tampoco es plausible que un trabajador en el cargo y función que aquí se ha señalado, en una relación laboral típica, reciba para el mes de abril del año 2012 un pago mensual de Bs. 310.000, 00, para marzo Bs. 338.000, 00, y luego sin más, para mayo Bs. 10.000, 00, junio Bs. 20.000, 00, Julio Bs. 20.000, 00, es decir, considera este juzgador que del cúmulo de elementos probatorios y alegatos expuestos durante el desarrollo de la presente causa, lo que se verifica es que el hoy actor si bien laboró para la demanda, no obstante, las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se ha desenvuelto el juicio hace que se tenga por trabajador independiente, pues las pocas probanzas que pudieran obrar en su beneficio, repito, no logran crear la convicción en esta Juzgador respecto al carácter laboral de la relación. Así se establece. (Sic).

Aun siendo correcta la escogencia del juzgador de alzada en cuanto a la norma jurídica aplicable al caso concreto (artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras), la Sala extremando sus funciones por vía de excepción, revisó las actas que constan en el expediente y verifica que el superior concluye que la relación laboral quedó desvirtuada absolutamente por la demandada, sin detenerse en analizar las características que revestían las labores ejercidas por el actor como ingeniero y gerente de obra para la accionada, aunado, que aun cuando aplica la norma correcta, le otorga a la situación en concreto una consecuencia jurídica que no ha sido demostrada -el presunto vínculo civil de servicios profesionales-, cuando en el caso bajo estudio sí quedó comprobado que el actor, no suscribió un contrato por servicios profesionales que delimitara la labor realizada, contrario a ello, la demandada lo inscribió en los subsistemas de la seguridad social (salud, vivienda y régimen prestacional de empleo), el accionante recibía el pago por el desempeño de sus funciones de manera quincenal, recibía órdenes del director y representante legal de la empresa, supervisaba el personal de la compañía, lo cual fue ratificado con la testimonial de la administradora de la accionada, conjuntamente con el reconocimiento por parte de

la demandada a través de la constancia de trabajo, la cual administrada con el resto de los elementos probatorios no dejaban duda alguna de la existencia del vínculo demandado.

En consecuencia, incurre la alzada en el vicio delatado de falta de aplicación de los artículos 53 y 35 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, resultando procedente la presente denuncia. Así se decide.

Declarada con lugar la delación estudiada, resulta inútil el análisis de las restantes denuncias, por lo que se declara con lugar el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte actora, en consecuencia, de conformidad con el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se decreta la nulidad de la decisión recurrida y pasa esta Sala a decidir el fondo de la presente controversia, bajo los siguientes términos:

### **DECISIÓN DE MÉRITO**

Se inicia la causa mediante escrito libelar presentado el 4 de noviembre de 2014, contra la sociedad mercantil Constructora Garmel, C.A., y los ciudadanos Omar Ramón González Valbuena y Beatriz Génova Sevilla de González, en forma solidaria, por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales.

Los supuestos fácticos en lo que sustenta su pretensión, son en síntesis los siguientes:

Que comenzó a prestar sus servicios para la accionada el 1° de febrero de 1997, con el cargo Ingeniero Residente y después como Gerente de Obra, devengando un salario mensual veintiocho mil bolívares con 00/100 (Bs. 28.000,00) más comisiones.

Señala que la cifra percibida se realizaba vía transferencia, todas las quincenas más las comisiones a su cuenta personal.

Expone, que la relación laboral finalizó el 31 de octubre de 2014, teniendo para la fecha 17 años y 10 meses.

Añade que su principal actividad consistía en ejercer la dirección del personal administrativo (Ingeniero Residente de cada Obra, Asistente de Administración de la obra, choferes) y personal obrero en general (maestro de obra, depositario y vigilantes) dependientes de la demandada dirigía las operaciones de ejecución de obras, manejaba la cantidad de dinero que necesitaban en la misma y una vez recibido el monto que la empresa asignara, ese dinero era entregado al Asistente de Administración; quien realizaba los pagos y rendía cuentas a la Administradora de la empresa.

Arguye el actor, que el vínculo culminó por retiro justificado en virtud de la desmejora del salario, por cuanto no se le pagó comisión alguna. Asimismo, expone que le fueron eliminando atribuciones, siéndole asignadas nuevas funciones que anteriormente eran desempeñadas por un personal menos calificado que el demandante, que inclusive le pagaron montos menores, incluyendo los correspondientes a su quincena básica por la cantidad de Bs. 14.000,00, generándose a la fecha actual una moratoria de Bs. 3.899.171,76 que corresponde a los siguientes conceptos y montos:

1. Antigüedad por la cantidad de Bs. 939.136,36.
2. Vacaciones vencidas años 1998-2014 por la cantidad de Bs. 602.760,10.
3. Vacaciones fraccionadas años 2014 por la cantidad de Bs. 34.774,62.
4. Bono vacacional vencido años 1998-2014 por la cantidad de Bs. 420.496,93.
5. Bono vacacional fraccionado año 2014 por la cantidad de Bs. 32.290,72.
6. Utilidades vencidas 1997-2013 por la cantidad de Bs. 128.224,12

7. Utilidades fraccionadas año 2014 por la cantidad de Bs. 40.372,93
8. Diferencia salarios no pagados por la cantidad de Bs. 29.000,00
9. Sábados, domingos y feriados no pagados por la cantidad de Bs. 473.184,78
10. Indemnización por retiro justificado o despido injustificado por la cantidad de Bs. 939.136,26.
11. Intereses por antigüedad Bs. 259.794,84.

Finalmente estima la demanda en la cantidad de Bs. 3.899.171,76, por los conceptos anteriormente explanados; igualmente solicita la corrección monetaria, así como los honorarios profesionales que se deriven del presente proceso estimados por la cantidad de Bs. 1.160.000,00.

Por su parte, las codemandadas en su escrito de contestación, niegan que el actor haya mantenido una relación laboral personal y subordinada mediante remuneración por diecisiete (17) años y seis (6) meses con su representada, desde el día 1° de febrero de 1997 hasta el día 31 de octubre de 2014, como Ingeniero Residente, pues a su juicio la relación fue eminentemente civil por servicios profesionales bajo contratos verbales, por la cual recibía una contraprestación por honorarios profesionales, estando el actor en plena libertad de rescindir la contratación, si así lo consideraba pertinente.

Admitió que el demandante se amparó en una constancia de trabajo que reconoce como cierta, emitida en fecha 20 de julio de 2012, suscrita por el co-demandado ciudadano Omar Ramón González Valbuena, identificado en autos, pese a que, a su decir, nunca mantuvo una relación laboral con su representada, a los fines de solicitar ante el Banco Nacional de la Vivienda y Hábitat (BANAVIH) la adquisición de una vivienda, por lo que dicha constancia le fue aprobada por el co-demandado, en su cualidad de Director y Representante legal de la entidad demandada, fundamentando tal acción en el principio de solidaridad y ayuda para un allegado suyo como lo era el actor que necesitaba cumplir con los requisitos básicos solicitados por el banco que otorgaría al demandante un crédito para adquirir vivienda propia.

Igualmente admitió, haber inscrito al actor en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), en virtud del riesgo existente en el área de la construcción, al cual todos los empleados estaban sometidos y también considerando que todos los ciudadanos tienen derecho a la seguridad social; circunstancia, a su decir, empleada por el accionante, con la finalidad de demostrar con ánimo fraudulento, la existencia de una relación laboral que nunca hubo.

Negó y rechazó que el demandante hubiere mantenido una relación laboral dentro de la entidad de trabajo accionada, ejerciendo la dirección del personal administrativo (Ingeniero Residente de cada obra, Asistente de Administración de la obra, choferes) y personal obrero en general (maestro de obra, depositario, vigilantes) de las obras que se le asignaban, así como, el hecho de presupuestar la cantidad de dinero que necesitaba la obra y una vez recibido el monto, le entregara el dinero al Asistente de Administración, por no ser cierto ni ajustado a la realidad, en virtud que el actor no era trabajador ni empleado de la sociedad mercantil demandada.

Negó, rechazó y contradijo que sea cierto el contenido de la constancia de trabajo emitida en fecha 20 de julio de 2012 por su representada, alegando que la aludida constancia de trabajo fue redactada en los términos que al actor le interesaban para cumplir con el trámite del crédito hipotecario que requería para la adquisición de una vivienda, como lo es, el hecho de mantener un trabajo fijo y estable en una empresa y que en razón del vínculo de amistad y solidaridad existentes entre el demandante y el co-demandado, le fue expedido ese documento para coadyuvar a la gestión de su tramitación ante el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH).

De igual manera negó, rechazó y contradijo que el demandante percibiera o generara remuneración consistente en sueldo básico y comisiones en la empresa accionada, por una supuesta relación laboral como Ingeniero Residente y que su salario

promedio mensual fuera de Bs. 28.000,00, que devengaba un salario mixto constituido por una parte fija y una parte variable, en virtud que era una relación por contratos verbales de honorarios profesionales, es decir, eminentemente civil y no laboral.

Igualmente rechazó que la co-demandada ciudadana Beatriz Genoveva Sevilla de González, en fecha 24 de octubre de 2014 redujera su salario mensual, aduciendo la situación económica de la empresa, y que de no estar de acuerdo, quedara en la libertad de buscar otro trabajo, por no ser cierto, puesto que no habiendo sido trabajador de su representada en ningún momento, no percibía pago de salarios, sino honorarios profesionales como profesional independiente, al ser una relación civil y no laboral.

Negó, rechazó y contradijo que su representada le hubiese negado el pago de prestaciones sociales y otros beneficios de carácter laboral, visto que el ingeniero en ningún momento fue empleado o trabajador de la empresa y solo mantuvo una relación eminentemente civil por servicios profesionales con su representada, por la cual recibía una contraprestación por honorarios profesionales, no generando con ello prestaciones sociales de carácter laboral, por cuanto la relación nunca fue laboral, sino civil.

Rechazó que el actor ganara sueldo básico más comisiones y que el salario que alega haber percibido fuera mixto y que su ingreso diario fuera producto de la sumatoria del sueldo base, comisiones, sábados, domingos y feriados de los últimos seis (6) meses, por la cantidad de Bs. 1.739,14, en virtud que era un profesional liberal, es decir, quien provee un servicio o ciencia bajo su propio riesgo y cuenta. Asimismo, arguye que la voluntad de las partes siempre fue vincularse bajo un contrato verbal de servicios profesionales de carácter liberal.

Finalmente negó, rechazó los siguientes conceptos: Antigüedad por la cantidad de Bs. 939.136,36; vacaciones vencidas años 1998-2014 por la cantidad de Bs. 602.760,10; vacaciones fraccionadas año 2014 por la cantidad de Bs. 34.774,62; bono vacacional vencido años 1998-2014 por la cantidad de Bs. 420.496,93; bono vacacional fraccionado año 2014 por la cantidad de Bs. 32.290,72; utilidades vencidas 1997-2013 por la cantidad de Bs. 128.224,12; utilidades fraccionadas año 2014 por la cantidad de Bs. 40.372,93; diferencia salarios no pagados por la cantidad de Bs. 29.000,00; sábados, domingos y feriados no pagados por la cantidad de Bs. 473.184,78; indemnización por retiro justificado o despido injustificado por la cantidad de Bs. 939.136,26; e intereses por antigüedad por concepto de Bs. 259.794,84.

#### Límites de la controversia

Es necesario realizar ciertas consideraciones sobre la carga probatoria laboral, a la luz de las disposiciones legales y de la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Sala de Casación Social, la cual en sentencia n° 419 de fecha 11 de mayo del 2004 ( caso: *Juan Rafael Cabral Da Silva contra Distribuidora La Perla Escondida, C.A.*) estableció:

1°) El demandado tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió al trabajador, cuando en la contestación de la demanda haya admitido la prestación de un servicio personal y no la califique de naturaleza laboral, por ejemplo la califique de mercantil. (Presunción iuris tantum, establecida en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras).

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.(...)”.

Sin embargo, no todos los alegatos y rechazos que se expongan en la contestación deberán recibir idéntico tratamiento, porque la adecuada o suficiente precisión en el rechazo o en la exposición de las razones y fundamentos de las defensas, en relación con la carga de la prueba o el riesgo de no aportarla, dependerá de la naturaleza y circunstancias de cada asunto y resultará del examen que de las mismas deberá hacer el tribunal, labor esta en la cual hará uso de las presunciones establecidas a favor del trabajador, pero de la que no puede eximirse con sólo indicar que por efecto de declararse la existencia de la relación de trabajo alegada, se tendrán por admitidos todos los hechos y pedimentos planteados con fundamento y por derivación de ella, aun cuando se los hubiere rechazado expresa y precisamente y se trate de rechazos o negativas que se agotan en sí mismas, como son las opuestas a condiciones distintas o exorbitantes de las legales (Sentencia de esta Sala n° 592 del 22 de marzo de 2007, caso: *Hernán Rejón contra Clínica Guerra Más, C.A.*).

De los alegatos expuestos por la parte demandante, así como de las defensas opuestas por la demandada, se aprecia que el *thema decidendum* se circunscribe a determinar la existencia o no del nexo laboral que vinculó a las partes en el presente procedimiento, y en caso afirmativo, examinar la procedencia de todos y cada uno de los conceptos laborales demandados, por cuanto la prestación de un servicio personal por parte del accionante a favor de la empresa demandada, no constituye un hecho controvertido en el proceso, ya que la accionada en su contestación de la demanda admitió la prestación de un servicio personal por parte del demandante durante dicho lapso, arguyendo que la relación que los vinculó no fue de naturaleza laboral sino civil bajo la figura de honorarios profesionales, teniendo la demandada, en consecuencia, la carga de desvirtuar el carácter laboral de la relación, según lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, cuya presunción *-iuris tantum-* operó en el presente caso a favor del actor.

Observa la Sala, que al momento de examinar el cúmulo de pruebas que han sido incorporadas al proceso, a fin de determinar si resultó desvirtuada la presunción de laboralidad de la relación, debe tomarse en cuenta el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias (artículo 89 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el cual otorga al juzgador la facultad de inquirir en la realidad de las circunstancias, para develar eventuales situaciones de simulación destinadas a encubrir una relación de trabajo, y asimismo, para descartar la posible aplicación de la tutela propia de la legislación social a situaciones que aparentan los rasgos característicos de una relación laboral, sin que sea ésta la verdadera naturaleza jurídica de la misma.

Pruebas promovidas por la parte actora.

De las documentales.

A.- Original de constancia de trabajo marcada como anexo “P.A”, inserta al folio 22 de la pieza 1° del expediente, la cual se encuentra suscrita por el ciudadano Ingeniero Omar Ramón González Valbuena, en su carácter de Director y Representante Legal de la sociedad mercantil Constructora Garmel, C.A., de fecha 20 de julio de 2012, dirigida al ciudadano Elvis Moreno Medina, en la cual hace constar que aquel presta sus servicios en la referida empresa desde el día 1° de Febrero de 1997, ocupando el cargo de Gerente de Obra y devengando un sueldo mensual de Bs. 20.000,00 exactos. Esta Sala de Casación Social le otorga pleno valor probatorio de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo a dicha



documental, en virtud que en el escrito de contestación de la demanda la demandada, reconoció y aceptó que fue suscrita por ella.

B.- Copia simple acta de Asamblea Constitutiva de Constructora Garmel, C.A., que cursa a los folios 2 al 10 del cuaderno de recaudos único del presente expediente, la cual le otorga pleno valor probatorio de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de la cual se desprende el objeto social de la accionada relativo al ámbito de la constitución.

C.- Original del Acta Constitutiva de Inversiones Pulso, C.A., que cursa a los folios 11 al 22 del cuaderno de recaudos único del presente expediente, la cual se desecha por no aportar al asunto debatido.

D.- Originales recibos de pago emanados de Constructora Garmel, C.A., a nombre del ciudadano Elvis Moreno Medina, cursante a los folios 23 al 33 del cuaderno de recaudos único del expediente, esta Sala no le concede valor probatorio por cuanto fueron impugnadas por la parte demandada.

E.- Original de recibos de pago emanados de Constructora Garmel, C.A., a nombre del ciudadano Elvis Moreno Medina, cursantes a los folios 34 al 48 del cuaderno de recaudos del expediente. Se constata el pago de días trabajados y las deducciones de Seguro Social Obligatorio, Régimen de Prestación de Empleo, Régimen de Prestación de Vivienda y Hábitat. En relación a las precedentes pruebas esta Sala de Casación Social, les otorga pleno valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aunque las mismas fueron impugnadas por la parte demandada señalando que no le son oponibles, se observa que estas se encuentran selladas por la empresa, por ende no emanan del actor, de igual forma al adminicularlas con la prueba de informe la cual se menciona de forma posterior (dirigida a Banesco Banco Universal), se evidencia que los montos depositados en los recibos de pago coinciden con los montos depositados por parte de la demandada al actor mediante transferencias bancarias. Así se decide.

F.- Copias simples de recibos de trasferencias a terceros en las entidades bancarias Banesco Banco Universal y Banco Provincial, cursantes a los folios 49 al 254 del cuaderno de recaudos único del presente expediente, esta Sala no les concede valor probatorio por cuanto fueron impugnadas por la parte demandada.

G.- Copia simple de impresión de la pagina web del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, de la Dirección General de Afiliación y Prestación de Dinero Cuenta Individual, cursantes a los folios 255 al 257 del cuaderno de recaudos único del expediente, aun cuando la parte demandada la impugnó por ser copia simple, esta Sala de Casación Social observa de la contestación de la demanda y de la declaración del testigo promovido por la misma parte, ciudadana Merlín Aurora Rodríguez García, quien afirmó que había inscrito al actor en el Seguro Social Obligatorio por el riesgo a que estaba sometido en el área de la construcción, en tal sentido esta Sala le confiere valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

H.- Copia simple de constancia de trabajo para el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, cursante al folio 258 del cuaderno de recaudos del presente expediente. Esta Sala no le concede valor probatorio por cuanto fue impugnada por la parte demandada.

I.- Copias simples de correos enviados por el ciudadano Omar González al ciudadano Elvis Moreno Medina, cursante a los folios 259 al 316 del cuaderno de recaudos del expediente, donde se evidencia las instrucciones emitidas por parte de la co-demandada hacia el demandante, las mismas no fueron impugnadas por la parte a la cual le fueron opuestas, en consecuencia, esta Sala de Casación Social les concede valor probatorio.

J.- Original de cuadro póliza-recibo (Hospitalización, Cirugía y Maternidad) Renovación, emanada de Seguros La Vitalicia, vigente para la fecha 1/4/2014 hasta 1/4/2015, cursante al folio 317 del cuaderno de recaudos único del expediente, se evidencia que la parte demandada la impugnó, sin embargo, el testigo promovido por la parte demandada, ciudadana Merlín Aurora Rodríguez García, Administradora y Contable de la empresa, señaló que el actor estaba asegurado en la empresa Seguro La Vitalicia, en concordancia con el reconocimiento, efectuado por la accionada en la contestación quien admitió que lo había asegurado en dicha compañía, en consecuencia, esta Sala de Casación Social le otorga valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

K.- Original de comunicación de renovación de la póliza de seguros HCM con Seguros La Vitalicia suscrita el 29 de mayo de 2014 por la Administradora y Contable de la demandada, ciudadana Merlín Aurora Rodríguez García, cursante al folios 318 del cuaderno de recaudos del expediente, de la misma se evidencia la notificación de la renovación de la póliza a nombre del actor ciudadano Elvis Moreno Medina, la Sala observa que fue impugnada por la parte demandada, no obstante, se constata de la declaración de la testigo ciudadana Merlín Aurora Rodríguez García, en su condición antes señalada que el actor estaba asegurado en la empresa de Seguros La Vitalicia, lo que administrado con el reconocimiento de la accionada en la contestación conlleva a esta Sala de Casación Social a otorgar valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

L.- Original de Valoración Técnico-Económica para la Actualización de Activos ante el Registro Nacional de Contratistas, cursante a los folios 319 al 340 del cuaderno de recaudos único del expediente. Esta Sala no le concede valor probatorio por cuanto no aporta a lo controvertido.

M.- Original de Valoración Técnico-Económica para Incremento de Capital ante el Registro Mercantil, cursante a los folios 341 al 359 del cuaderno de recaudos del expediente. Esta Sala no le otorga valor probatorio por cuanto no contribuye a resolver lo debatido.

N.- Original de comunicación de fecha 27/10/2014 dirigida a la empresa Constructora Garmel, C.A., para la cancelación del bono de alimentación, suscrita por los ciudadanos: Carlos Monterrosa, Yeisit Basto, Roseglys Brito, Germain Sevilla, Audilio González, Alexis González y José Rosales, cursante al folio 360 del cuaderno de recaudos del expediente. Esta Sala no le concede valor probatorio por cuanto no guarda relación con lo controvertido.

De las pruebas de exhibición:

La parte actora promovió la exhibición de los originales de las documentales marcadas P-J-1, así como el libro de vacaciones desde el 1/02/1997 al 31/10/2014 y recibos de pagos efectuadas por la empresa por vacaciones; en la audiencia de juicio, la parte demandada exhibió el libro de vacaciones correspondiente a los períodos 2005 al 2014, dejando constancia que el referido libro contiene sello de la Inspectoría del Trabajo en el margen superior derecho, se evidencia en su contenido que no es suscrito manualmente, sino que contiene hojas impresas de computadora pegadas a las hojas del libro, en la cual señala los nombres de los empleados, fecha de ingreso, días de disfrute, días adicionales, días feriados, días de descanso, bono vacacional, total a recibir, fecha de inicio de las vacaciones, cargo, salario diario y salario normal. En tal sentido, esta Sala de Casación Social le confiere valor probatorio de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de la cual se extrae que el actor no disfrutó ni le pagaban vacaciones.

En lo que corresponde a la documental P J 1 la misma se desecha por cuanto no es oponible a la demandada, ya que es una carta suscrita por un grupo de trabajadores y ajenos a esta controversia.

## De la prueba testimonial

-

La parte demandante promovió la testimonial de los ciudadanos Jessica Kofinke, Gustavo León, Eglee Ascanio, Celso Noda, Marisol Parada, Hernán Marcano, Incola Peñalver, Rafael Antonio González y Sabino Squitieti Anunziata, titulares de la cédula de identidad Nros V-16.760.367, V-14.423.196, V-10.278.201, V-1.715.180, V-12.484.339, V-17.488.939, V-10.695.104, V-23.690.703, y V-6.185.484, respectivamente, quienes no comparecieron a la audiencia de juicio, en tal sentido, no hay asunto que valorar.

## De la prueba de informe:

A las entidades bancarias Banco Caroní C.A., Banesco Banco Universal, Banco BBVA Provincial, Banco Mercantil, Banco Nacional de La Vivienda y Hábitat (BANAVIH), Registro Nacional de Contratista, Seguros La Vitalicia e Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

En tal sentido, se observa cursante desde los folios 300 al 306 y 02 al 120 de la pieza N° 2, las resultas provenientes del Banco Caroní, mediante la cual señala que la compañía Constructora Garmel C.A., no registra transacciones enviadas por transferencias desde la fecha 8/8/2005 en que fue abierta la cuenta, hasta diciembre de 2014. En tal sentido, carece de valor probatorio.

En cuanto al informe proveniente de Banesco Banco Universal cuyas resultas cursan desde los folios 142 al 209 y al 211 al 236, 241 al 243. La misma indica que la cuenta número 0134-0215-91-2153054722 registró como titular al ciudadano Elvis Moreno Medina. Se anexa transferencia electrónica de los años 2011-2012-2013-2014. Señala que el ciudadano Omar González mantiene una cuenta corriente n° 0314-0217-56-2173109337. Igualmente se observan movimientos de la cuenta del actor correspondiente a los años 2006 al 2014. En la audiencia de juicio, la parte demandada reconoció y aceptó que las transferencias fueron realizadas por el código Rif n° J002674350 perteneciente a la entidad demandada. En tal sentido, esta Sala de Casación Social le otorga valor probatorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En lo que respecta a las resultas provenientes del Banco Provincial, la mismas fueron consignadas mediante información escrita y en CD que rielan desde los folios 264 al 265 de la pieza n 1° del expediente, señala que la empresa Constructora Garmel, C.A., figura como titular de la cuenta corriente n° 01080520160100030346 y la fecha en que fue abierta la cuenta el 3 de noviembre de 2006. En tal sentido, esta Sala de Casación Social le otorga valor probatorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Con relación de las resultas provenientes del Banco Mercantil, que cursan desde los folios 286 así como 326 al 327 de la pieza n 1° del expediente, señala que la ciudadana Beatriz Sevilla de González, es titular de las cuentas corrientes Nª 1083-03096-5 activa y fecha de apertura 4/4/1991. De la cuenta corriente n°7131-01170-3 activa y fecha de apertura 20/10/2003. De la cuenta ahorro n° 0131-12996-1 activa y fecha de apertura 4/5/2006. Cuenta en moneda extranjera n° 5739-00749-6. Esta Sala de Casación Social, le otorga valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Acerca de las resultas provenientes del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (Banavih), que rielan desde los folios 287 al 291 de la pieza n 1° del expediente, de la misma se desprende que el ciudadano Elvis Moreno Medina se encuentra *“bajo la relación de dependencia laboral por la sociedad mercantil Constructora Garmel C.A.”*, con cotizaciones desde el período

8/2004 hasta el 3/2006 y como ahorrista independiente desde el período 6/2011 hasta el 5/2012, esta Sala de Casación Social le otorga valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

La prueba de experticia.

Con respecto a la prueba de experticia solicitada por el actor, donde solicita que se practique prueba grafotécnica al Ingeniero Omar Ramón González Valbuena a los fines de determinar lo señalado por el promovente en el capítulo IV en su escrito de promoción, esta Sala de Casación Social la desecha en virtud, que quien firma la constancia de trabajo, es la parte codemandada ciudadano Omar Ramón González Valbuena, quien reconoció haberla emitido, por lo tanto no aporta nada al asunto debatido.

La prueba libre.

En relación a la prueba libre y prueba complementaria de experticia solicitada por el actor, este no señala específicamente el lugar donde debe ser efectuada, por lo que, esta Sala de Casación Social la desecha en virtud que no aporta al asunto debatido.

#### DE LAS PRUEBAS DE LAS CODEMANDADAS

De las documentales.

1. Copia simple de registro de documento constitutivo de la empresa Inversora Rafdo, C.A., cursante desde los folios 101 al 107, de la pieza n° 1 del presente expediente, esta Sala de Casación Social no le confiere valor probatorio por cuanto la misma fue impugnada y no es oponible a la parte a la cual le fue opuesta.
2. Original de recibos con membrete a nombre y suscrito por el actor, por concepto de honorarios profesionales, cursantes desde los folios 108 al 110, de la pieza n° 1 del expediente, de la misma se evidencia el pago de honorarios profesionales correspondiente a las fechas 3/6/2011, 15/7/2011 y 29/7/2011, por las cantidades de Bs. 4.616,04, 4.577,08 y 4.800,00 respectivamente, esta Sala de Casación Social les otorga pleno valor probatorio de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en virtud que la parte a la cual le fueran opuestas no desconoció ni la firma ni el contenido.
3. Copia simple del libro mayor analítico de la empresa, cursante desde los folios 111 al 130, de la pieza n° 1 del presente expediente, de la misma se constata que la parte a la cual le fue opuesta, indicó que no estaba refrendado por el ente público correspondiente. Esta Sala, no le otorga valor probatorio por no ser oponible en virtud de emanar del mismo promovente y no está suscrito por la contraparte.
4. Original de estado de cuenta de Banesco Banco Universal, C.A. correspondiente a las transferencias realizadas por la empresa demandada a la cuenta personal del ciudadano Elvis Moreno Medina, cursante desde los folios 132 al 178, de la pieza n° 1 del expediente, esta Sala le otorga valor probatorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con las resultas de las informativas promovidas por el actor, anteriormente analizadas.
5. Copia simple de propuesta técnica suscrita por el Ingeniero Luis Eloy Feo y dirigida al Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES). Cursante desde los folios 179 al 190, de la pieza n° 1 del expediente, esta Sala

lo desecha por no contribuir a resolver lo controvertido.

6. Original de cartas de compromiso suscritas por el ciudadano Omar Ramón González, cursante a los folios 191 al 198 de la primera pieza del expediente, esta Sala de Casación Social las desecha por cuanto no aportan a lo debatido.
7. Copia de constancia de trabajo con membrete de la empresa Inversora Rafdo, C.A. suscrita por el actor como Gerente de Obra, mediante la cual deja constancia que el ciudadano Gregorio Blanco, presta servicio en la referida empresa desde el 1/8/2006 desempeñando el cargo de maestro de obra, cursante al folio 199, de la pieza n° 1 del presente expediente, de la misma se evidencia que el demandante trabajaba como Gerente de Obra en la empresa Inversora Rafdo, C.A., si bien es cierto que fue impugnada, no es menos cierto que fue reconocida por el actor, no obstante, no guarda relación con la controversia, en tal sentido se desecha.

De la prueba testimonial.

La parte demandada promovió la testimonial de los ciudadanos José Alejandro Santana Garmendia, José Ángel Santana Pérez, Miguel José Pérez García, Merlín Aurora Rodríguez García, Rafael Antonio González, Ailed Isui Berroa Santamaría, Hernán José Gutiérrez Simanca, Juan Manuel Peña Holmquist y Jesús Rafael Roque Figueroa, titulares de la cédula de identidad números V-6.913.380, V-1.897.050, V-647.973, V-6.289.476, V-23.690.703, V-20.637.291, V-6.401.815, V-6.185.636 y V-5.523.675, respectivamente. En la audiencia de juicio, se dejó constancia de la comparecencia solo de los ciudadanos Miguel José Pérez García, Hernán José Gutiérrez Simanca y Merlín Aurora Rodríguez García, en tal sentido esta Sala solo examinará dichas testimoniales.

En cuanto a la testimonial del ciudadano Miguel José Pérez García, en la audiencia de juicio, señaló:

Que ejerce la profesión de Perito en Construcción Civil, así mismo indicó que conoce de vista, trato y comunicación al ciudadano Elvis Moreno Medina, desde hace 10 a 15 años aproximadamente, por medio de la ejecución de obras en la ciudad de Cupira, igualmente indico que ha trabajado junto con el ciudadano Elvis Moreno Medina en las entidades de trabajos: Oficina Técnica Taina e Inversiones Rafto, entre los años 2000 a 2005 aproximadamente, por otro lado señalo que en una oportunidad hace aproximadamente 5 años contrato los servicios profesionales del ciudadano Elvis Moreno Medina, asimismo indico que maneja información que la casa Santana propiedad de los ciudadanos Alejandro Santana y José Ángel Santana, los cuales son sus jefes, era ocupada por la ciudadana Aime y la misma le había prestado una habitación a un familiar del ciudadano Elvis Moreno Medina, y que en dicha casa se extraviaron unos documentos que estaban guardados dentro de unas cajas, igualmente señalo que tiene conocimiento que el ciudadano Elvis Moreno Medina, prestó sus servicios profesionales para las entidades de trabajos Inversiones Rafto y Constructora Garmel, C.A., asimismo señala que tiene conocimiento que la Constructora Garmel, C.A. le cancelaba al ciudadano Elvis Moreno Medina en efectivo a razón del pago por sus servicios profesionales, asimismo señala que no tiene ningún interés personal en la presente causa y que desconocía como le pagaban a la actor.

Por otro lado indico que ha laborado en las entidades de trabajos: Oficina Técnica Taina e Inversiones Rafto, Constructora Garmel, C.A. y otras, asimismo señala que Inversiones Rafto está ubicada en el Edf San Blas, en la Av. Los Palos Grandes, posteriormente se mudaron para la Av. Panteón, igualmente ratifica lo dicho anteriormente que conoce de vista, trato y comunicación al ciudadano Elvis Moreno Medina, desde hace 10 a 15 años aproximadamente, que desde hace 3 o 4 años no tiene comunicación con el demandante ya identificado y para ese momento continuaba laborando para Constructora Garmel, C.A., desde que conoce al ciudadano Elvis Moreno Medina trabaja para la entidad de trabajo demandada, la cual según sus dichos que le cancelaba en efectivo por concepto de servicios profesionales igualmente indico que desconoce el monto de lo cancelado, asimismo señala que desconoce el horario del demandante, por cuanto siempre se veían en la obra en ejecución, pero le consta que si tenía un espacio físico en la oficinas de la demandada, igualmente señala que el demandante le presentaba los informes al señor Omar.

Igualmente de las preguntas formuladas por la juez respondió lo siguiente: que ha trabajado para las entidades de trabajo Oficina Técnica Tahina e Inversiones Rafto, Constructora Garmel, C.A, asimismo señaló que en la casa ubicada en la Av. Panteón donde funciona las oficinas de Constructora Garmel, C.A, se produjo una invasión y en la misma residía el ciudadano Elvis Moreno Medina. (Sic).

En cuanto a la testimonial del ciudadano Hernán José Gutiérrez Simanca en la audiencia de juicio, manifestó:

que ejerce la profesión de Técnico en computación, asimismo que conoce de vista, trato y comunicación al ciudadano Elvis Moreno Medina, desde hace varios años, por cuanto presta servicios a Constructora Garmel, C.A, según sus dichos conoce que el demandante presta servicios profesionales para la entidad de trabajo demandada, asimismo indico que su relación con la entidad demandada es laboral, no lo uno otro vinculo, igualmente señala que tiene interés en los resultados en la presente causa. Por otro lado indico que los servicios prestados en Constructora Garmel, C.A, consistía en el mantenimiento, instalación de red, todo lo que conlleva el área de computación, desde hace 10 años aproximadamente, asimismo señala que desde ese mismo tiempo, o sea, 10 años aproximadamente conoce de vista, trato y comunicación al ciudadano Elvis Moreno Medina, también indica que el cargo desempeñado por el demandante era de Ingeniero, en el área de construcción, según sus dichos desconoce si el demandante tenía algún espacio físico en las instalaciones de la oficina de la demandada, asimismo indico que desconoce del horario de trabajo, por cuanto nunca lo vio llegar a la oficina a una hora determinada, igualmente señaló que desconoce la forma del pago del demandante, asimismo indico que conoce que la ubicación de las oficinas se encontraba Av. Panteón, y actualmente están ubicadas en la Av. Libertador, sus servicios prestados eran exclusivamente a Constructora Garmel, C.A, así como desconoce que funcionaran otras empresas en las oficinas. (Sic).

De la testimonial del ciudadano Jesús Rafael Roque Figueroa en la audiencia de juicio señaló:

Que su profesión es contador así mismo indicó que conoce de vista, trato y comunicación al ciudadano Elvis Moreno Medina, igualmente señaló que se ha desempeñado como contador en empresas de la construcción, según sus conocimientos en el ámbito de la empresas de la construcción se maneja el personal de Ingenieros de la siguiente forma: Ingeniero residente, ingenieros de cálculos, Ingenieros de inspección, los cuales en algunos casos se contratan por honorarios profesionales y algunos con el cargo fijo, finalmente indico que no tiene ningún interés en la resulta de la presente causa.

Por otro lado indico que nunca fue empleado de Inversiones Salas, como tampoco fue empleado del Sr. José Ángel Santana, trabajo para la compañía Taína en la cual el Sr. Santana era socio, igualmente indico que conoce al ciudadano Elvis Moreno Medina, aproximadamente desde el año 1997 o 1998, cuando trabajaba para la Constructora Garmel, C.A y su Jefe era el Ing. Omar González, y desconoce cuáles eran sus funciones, pero tiene conocimientos que otras empresas contrataran a la demandada. (Sic).

El ciudadano Juan Manuel Peña Holmquist, en la audiencia de juicio declaró:

Que: su profesión es de Ingeniero Civil, asimismo indicó que conoce de vista, trato y comunicación al ciudadano Elvis Moreno Medina, desde el año 91, posteriormente el testigo fundo una empresa en el año 93 en la empresa Prego, entre el año 94 y 95 fue empleado de su empresa, igualmente señaló que para el año 99 realizo un trabajo para su empresa pero ya no era empleado, sino la figura de contrato por honorario profesional, obra que se realizó para el FIDE, en el Estado Barinas, posterior a ello, en el año 2001 su empresa realizó una obra para hidrocapital, se le solicito al Ing. Elvis Moreno Medina una cotización la cual no le pareció la mas adecuada, desde entonces no tuvo mas contacto con el demandante, finalmente indico que no tiene ningún interés en la resulta de la presente causa. Asimismo, señaló en cuanto la propuesta inserta al folio 179, reconoce que el sello pertenece a su empresa y la firma de su empleado.

Igualmente, señaló que es el Director de Ingeniería Prego, que el ciudadano Elvis Moreno fue su empleado aproximadamente desde el año 94 al 95, posteriormente en el año 99 trabajó bajo la figura de honorarios

profesionales, que se trabajo para el FIDES, igualmente indico que para el año 99 el demandante trabajaba por su cuenta, que trabajaba para Constructora Garmel, C.A, pero no bajo que condiciones, ratifica lo antes indicado que tiene tiempo sin contacto con el demandante, en cuanto a la prueba consignada al FIDES tiene solo lo impreso, ya que el fisico en archivo muerto. (Sic).

En relación a las testimoniales precedentes, esta Sala las desecha de conformidad con la sana crítica, por cuanto las mismas son referenciales en tal sentido, no merecen credibilidad.

En cuanto a la testimonial de la ciudadana Merlín Aurora Rodríguez García, en la audiencia de juicio señaló:

Que ejerce la profesión de Contadora y Administradora, asimismo indicó que conoce de vista, trato y comunicación al ciudadano Elvis Moreno Medina, desde el año 2007, igualmente indicó que la empresa demandada emitió la constancia de trabajo, porque el ingeniero Elvis Moreno estaba solicitando un crédito hipotecario ante una Institución Bancaria, razón por la cual se le brindo apoyo para la obtención de una vivienda, igualmente señaló que la empresa demandada inscribió al ciudadano Elvis Moreno Medina ante el IVSS, BENAVIDH y Seguros la Vitalicia debido a los trámite que estaba realizando el actor, para la adquisición de vivienda, y el Banco Venezuela exigía que el solicitante del crédito cumpliera con ese requisito. Asimismo indicó que el demandante trabajaba para la demandada bajo la figura de servicios profesionales, el mismo tenia libre albedrío en la toma de decisiones cuando se le asignaba la obra a ejecutar, asimismo el demandante no cumplía un horario establecido, sino de acuerdo a lo que se necesitaba en la obra, asimismo señaló que no tenía ningún jefe, finalmente indico que no tiene ningún interés en la resulta de la presente causa.

Igualmente, indicó que presta sus servicios para Constructora Garmel, C.A, desde el año 2007, asimismo indico que el ciudadano Elvis Moreno Medina está inscrito en el IVSS desde el año 2012, que para ese momento estaba solicitando el crédito hipotecario antes el Banco de Venezuela. Igualmente señala que el demandante antes del 2007 estuvo inscrito en el IVSS y posteriormente fue retirado hasta el año 2012 fecha en la cual se vuelve a inscribir al ingeniero en el IVSS. Señala que la razón de retirar al actor fue porque éste no era empleado de la demandada; sin embargo señala que la inscripción se efectuó en calidad de ayuda, igualmente indico que el demandante tenía un espacio físico en las oficinas de la demandada, asimismo indico que el pago se realizaba a través de transferencia de acuerdo como se asignara los honorarios profesionales, un anticipo los días 15 y un adelanto los 30 de cada mes, el cual se efectuó durante todas la veces que prestos sus servicios profesionales, desde el año 2007 se opero ese sistema en continuidad, por otro lado señaló que el demandante no tenia horario de trabajo, en ocasiones al ella llegar a la oficina el se ya se encontraba, en cuanto a las funciones que ejercía el demandante de acuerdo a obras que se le asignaba y le reportaba directamente al Ingeniero. Omar González, igualmente señaló que las oficinas están ubicadas en la Av. Libertador, que anteriormente estaban ubicadas en la Av. Panteón, en la Av. Panteón las oficinas funcionaban en una casa, que fue alquilada por el Ingeniero Omar, para la Constructora Garmel, C.A, la única entidad de trabajo que funcionaba en dicha casa es Constructora Garmel, C.A, asimismo señaló que se desempeña como administradora para la demandada y el único sello que tenia era la de la demandada, por otro lado señaló que el libro diario esta sellado por el Registro Mercantil y se encuentra un mayor analítico, que el libro diario permanece en la empresa. (Sic).

Esta Sala de Casación Social le otorga pleno valor probatorio a la precedente testimonial, de conformidad con el artículo 10 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto dio razón de sus dichos, no incurrió en contradicción y concurda con los reconocimientos efectuados por la demandada en la contestación, con relación a la constancia de trabajo emitida por la empresa al actor, así como la inscripción en el seguro social obligatorio, el Banavih y la póliza a favor del accionante en Seguros La Vitalicia.

#### DE LA DECLARACIÓN DE PARTE

En la audiencia de Juicio, el *a quo* haciendo uso de las facultades establecidas en el artículo 103 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, procedió a realizar declaración de parte al ciudadano Elvis Moreno Medina, quien manifestó:

Que ingresó a trabajar la empresa demandada, como ingeniero residente en febrero de 1997 hasta el año 2008, en el cual paso a ser Ingeniero gerente de obra, señaló que dentro de sus funciones, se encargaba de los ingeniero

residente, recibía las instrucciones del ingeniero de Omar González, ir a la obra e inspeccionar el avance de la obra y llevar toda la información al ingeniero a Omar González, igualmente señala que se encargaba del presupuesto, preparaba las valuaciones, tenía personal a su cargo, sin embargo el que firmaba las valuaciones era el Ingeniero Omar González y quien giraba las instrucciones Señala que el ingeniero Omar González era quien firmaba el presupuesto. Igualmente señaló que la empresa le asignó una computadora con un programa para llevar presupuesto, las valuaciones de obra, controles de obra, etc., que estaba descargado en la computadora del ingeniero Omar González, en la computadora de la oficina de ingeniería, otra en la administración y otra en la computadora portátil que le fue asignada. Señala que el preparaba so presupuesto y los controles de obra, sin embargo era el ingeniero Omar González quien firmaba. Asimismo señaló que el Ingeniero Omar González daba las instrucciones de manera verbal y en ocasiones a través de correo electrónico.

De otra parte indicó que se encontraba en la oficina de Garmel, en las sede de la Av. Panteón como en la sede de Plaza Venezuela, sin embargo, en caso de trasladarse a las obra fuera de Caracas, era programado con tiempo. Asimismo indicó que en caso de trasladarse fuera de Caracas, la empresa le compraba el pasaje o le asignaba un vehículo. En este mismo orden de ideas, señaló que el informe sobre al obra inspeccionada lo realizaba de manera verbal o respondía por correo electrónico o incluso vía telefónica.

Indico que en cuanto a las remesas, que era solicitudes de dinero requeridas para la obra, dicha información era indicada al ingeniero Omar, bien por escrito o verbalmente.

Señalo que el servicio era prestado al Ingeniero Omar González en al Constructora Garmel. Señala que le era pagado quince y último.

Igualmente señaló que el ingeniero Omar González, le indicó que iba a trabajar bajo al figura de honorarios profesionales, le indicó que recibiría una cantidad fija “quince y último” y adicionalmente un porcentaje por cada obra que se ejecuten. En tal sentido, le señaló que la empresa no podía cubrir los pasivos laborales de las prestaciones sociales. Igualmente señaló que la demandada cancelaba ese porcentaje, por rendimiento, por meta o por logro de obra.

Igualmente señaló que el ingeniero Omar González, le indicó que iba a trabajar bajo al figura de honorarios profesionales, le indicó que recibiría una cantidad fija “quince y último” y adicionalmente un porcentaje por cada obra que se ejecuten. En tal sentido, le señaló que la empresa no podía cubrir los pasivos laborales de las prestaciones sociales. Igualmente señaló que la demandada cancelaba ese porcentaje, por rendimiento, por meta o por logro de obra.

Señalo que actualmente está trabajando en otra empresa por honorarios profesionales, en al cual se traslada a la obra, desde su casa levanta un informe y lo envía por correo electrónico a la empresa y solo asiste una vez al mes, para entregar una factura por honorarios profesionales; mientras que la empresa demandada, mantenía una supuesta relación por honorarios profesionales, en la cual tenía llave de la oficina, asistía todo los días a la oficina, y cuando no estaba en al obra, le era asignado un teléfono celular, el cual fue bloqueado una vez salió de la empresa, una lapto de seguro, uniforme, seguro, inscrito en el IVSS, carnet.

Indicó que en Diciembre se tomaban vacaciones colectivas conjuntamente con todo el personal. Asimismo señaló que en los meses de diciembre recia una cantidad adicional a lo recibido mensualmente.

Asimismo señaló que es posible que por haber firmado eso recibo de honorarios profesionales, y eso sea suficiente y que para la Ley no sea tomado en cuenta, el hecho de trabajar todos los días, durante todo ese tiempo.

Señaló que la responsabilidad o riesgo ante el tercero, era solo responsabilidad del Ingeniero Omar González. (Sic).

## MOTIVACIONES PARA DECIDIR

De la existencia de la relación laboral:

Las codemandadas aceptan la prestación del servicio, señalando que la relación que les une con el actor es de índole civil, mediante el pago de honorarios profesionales.



Previo análisis del acervo probatorio, esta Sala observa que en virtud de los términos en que fue contestada la demanda y vista la aceptación de la prestación personal del servicio, más la calificación del vínculo, le correspondió a la accionada, desvirtuar la presunción de laboralidad establecida en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, antes artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997).

Al respecto, esta Sala en sentencia del 12 de julio de 2004 (caso: *N. Schivetti contra Inversiones 1525, C.A.*) señaló:

(...) en el último aparte del citado artículo 65, se debe establecer la consecuencia que deriva de la norma jurídica que consagra tal presunción, a saber, la existencia de una relación de trabajo, la cual por mandato legal expreso, se tiene por plenamente probada, salvo plena prueba en contrario, es decir, el juez debe tener por probado fuera de otra consideración la existencia de una relación de trabajo, con todas sus características, tales como el desempeño de la labor por cuenta ajena, la subordinación y el salario. Se trata de una presunción *iuris tantum*, por consiguiente, admite prueba en contrario, y el pretendido patrono puede, en el caso, alegar y demostrar la existencia de un hecho o conjunto de hechos que permitan desvirtuar la existencia de la relación de trabajo, por no cumplirse alguna de las condiciones de existencia, tales como la labor por cuenta ajena, la subordinación o el salario y como consecuencia lógica, impedir su aplicabilidad al caso en concreto.

Aplicando el criterio *supra*, quien decide está en la obligación de aplicar y analizar el llamado test de laboralidad en concordancia con la presunción legal de la existencia de la relación laboral, *iuris tantum*, en tal sentido y siendo que se admitió por parte de la demandada que existió una relación entre las partes señalando que la misma era de carácter civil, operó a favor del actor la presunción establecida en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores que señala:

**Artículo 53.** Se presumirá la existencia de una relación de trabajo quien presté un servicio personal y quien lo reciba.

Se exceptúan aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a instituciones sin fines de lucro con propósitos distintos de los de la relación.

Ahora bien, la Sala observa que en el caso de marras, se está en la llamada zona gris y que de acuerdo a los elementos señalados de manera reiterada en los casos en los cuales no esté negada la prestación de servicio, bajo otra naturaleza distinta a la laboral, se debe tomar en consideración los elementos característicos de la relación laboral, tales como lo son la prestación del servicio, la remuneración y la dependencia.

En tal sentido y tomando en cuenta los elementos probatorios aportados por ambas partes, que constan en el expediente, así como de la declaración del actor, se puede concluir:

a) En cuanto a la forma de determinar el trabajo, la actividad o la prestación de servicio consistía en la realización de una actividad particular y no general, a saber, la labor de inspección como Ingeniero Residente durante los años 1997 hasta el año 2008 y posteriormente como Ingeniero Gerente de Obra por parte del actor a favor de la entidad de trabajo demandada.

b) Tiempo de trabajo y condiciones de trabajo, si bien es cierto que ni la parte actora ni las codemandadas señalaron cuál era la jornada que cumplía el actor, no obstante, ello, de las pruebas aportadas por los contendientes y la declaración de parte, se evidencia que el actor tenía una oficina en la sede de la empresa demandada y que cumplía las directrices giradas por el ciudadano Ingeniero Omar González, accionista de la empresa accionada; igualmente, se evidencia de los autos que la codemandada inscribió al actor en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, Banco Nacional de la Vivienda y Hábitat y Seguros La Vitalicia, sin embargo, fue retirado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, posteriormente fue nuevamente inscrito en dicho organismo.

c) Formas de efectuarse el pago, quedo evidenciado que el pago era realizado a través de transferencias bancarias que realizaba la codemandada en una cuenta personal del actor.

d y e) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario, inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinarias así como la asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, se establece que el actor prestaba el servicio con las herramientas que le eran suministrada por la empresa, quien asumía las ganancias y las pérdidas.

Concatenado con lo anterior, existen varios elementos que son importantes de analizar, como lo son: 1) el propio reconocimiento de las codemandadas, señalando en el escrito de contestación que la documental de fecha 20/07/2012 suscrita por el ciudadano Omar Ramón González Valbuena (codemandado) mediante la cual reconoció y aceptó que el actor Elvis Moreno Medina prestó servicios para la empresa codemandada desde el año 1997 hasta la 2012 con el cargo de Gerente de Obra y devengando un salario de Bs. 20.000,00; 2) la testimonial de la ciudadana Merlin Aurora Rodríguez García, Administradora y Contable de la empresa, testigo traído por las codemandadas, quien señaló la inscripción del actor, por parte de la demandada en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales antes del 2008 y posteriormente en el año 2012, así como la inscripción del demandante en un seguro privado (Seguros La Vitalicia); 3) que el actor disponía de un espacio físico dentro de la compañía para realizar el trabajo y que le reportara solo al Ingeniero Omar González; 4) La prueba de informe solicitadas por ambas partes para certificar el pago del salario a través de transferencias, la cual arrojó montos variables con fecha de mes por mes realizada por parte de la demandada hacia la parte demandante; con estas transferencias se corroboró que existen meses con un monto idéntico al que reflejaba los recibos de pagos quincenales promovidas por el actor que cursan a los folios 34 a la 48 en el cuaderno de recaudos.

Al conjugar los elementos probatorios antes descritos, generan convicción a esta Sala que en el caso de autos, la accionada no logró desvirtuar la presunción de existencia de la relación laboral, al no acreditar con plena prueba que la prestación al personal del servicio se haya efectuado en condiciones de independencia y autonomía, en tal sentido, es forzoso para declarar que la relación que unió al actor con las codemandadas fue de índole laboral y no civil.

Responsabilidad solidaria:

El artículo 151 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras lo siguiente:

**Artículo 151.**

*(Omissis).*

Las personas naturales en su carácter de patronos o patronas y los accionistas son solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la relación laboral, a los efectos de facilitar el cumplimiento de las garantías salariales. Se podrá otorgar medida preventiva de embargo sobre los bienes del patrono involucrado o patrona involucrada.

De acuerdo con la norma parcialmente transcrita, los accionistas responderán solidariamente, a los efectos de facilitar el cumplimiento de las garantías salariales tal como lo establece la sentencia de esta Sala n° 874 del 12/8/2016, caso: *Rubén Darío Rojas Rubio contra Inversiones Gasomiranda 2010, C.A. (Estación de Servicio Miranda).*

Consta en autos, documentos constitutivos de la empresa demandada de donde se evidencia que los ciudadanos Omar González Valbuena y Beatriz Sevilla de González, son accionistas de la sociedad mercantil Constructora Gramel, C.A. y,

como quiera que la ley sustantiva establece la responsabilidad entre los accionistas y la entidad de trabajo a los fines de facilitar el cumplimiento de las garantías salariales, es forzoso declarar la responsabilidad solidaria demandada por el pago de los pasivos laborales, que pudieren corresponderle al actor. Así se decide.

#### Del salario:

En cuanto a la remuneración alegada por la parte actora, señala que devengó un salario mixto compuesto por una parte fija y otra variable que eran comisiones, sin embargo, esta Sala considera que de los propios dichos de la parte actora indicados en la demanda, se evidencia en cuadro anexo, en concordancia con los recibos de pago valorados, y la prueba de informe de Banesco Banco Universal, que desde el ingreso, vale decir, desde el año 1997, percibió un salario fijo, solo fue a partir del año 2011 que se desprende una cantidad adicional a la cifra mensual fija.

Aunado a lo anterior, la parte accionante pretende que sea incluido como base de cálculo del salario la incidencia de la parte variable relativa a los días sábados, domingos y feriados, en cuanto a este aspecto, ha sido criterio reiterado de esta Sala, respecto de los salarios por comisión y cómo deben ser pagados los días domingos y feriados, que en aquellos trabajos en los cuales los trabajadores ganen por comisión diariamente, el salario de los días domingos y feriados, como no son laborados, debe incluirse al pago de su salario mensual, el promedio de lo devengado en la semana. En tal sentido, si bien el actor devengaba comisiones a partir del año 2011, no es menos cierto que las mismas eran pagadas como un adicional al salario mensual, por lo que estas incidencias deben pertenecer a la base de cálculo para el salario normal e integral, en virtud que no se observó el pago de la incidencia de las comisiones en los días sábado, domingo y feriados.

Por lo antes señalado, se ordena el pago de las incidencias en el salario de los días sábados, domingos y feriados con la porción percibida por comisión a partir del año 2011 hasta la conclusión de la relación de trabajo, el cual deberá ser calculado con base en el promedio de lo percibido por concepto de comisiones en la semana laborada respectiva mediante experticia complementaria, por un único experto, para lo cual el perito deberá dividir el total de las comisiones percibidas en el mes entre el número de días hábiles del mismo, para luego multiplicar ese resultado por la cantidad de sábados, domingos y feriados del mes respectivo. Así se establece.

En consecuencia, el salario normal devengado por el actor es un salario fijo, de acuerdo al histórico salarial señalado por la parte actora en su escrito libelar desde la fecha de ingreso hasta el año 2010 inclusive (cuadro anexo a la demanda). Y, a partir del año 2011 hasta la fecha de culminación de la relación laboral, es un salario mixto compuesto por una parte fija y otra variable constituida por las comisiones, así como las incidencias de los sábados, domingos y feriados (ordenados a pagar anteriormente) que se evidencian, tanto de la prueba de informe de Banesco Banco Universal que cursa de los folios 141 al 209 de la segunda pieza del expediente, así como de los recibos de pago valorados. En tal sentido se ordena que el experto designado deberá tomar para establecer el salario, los montos señalados en dicho informe cuyas transferencias fueron realizadas por el código, cédula o rif n° J002674350 perteneciente a la entidad codemandada, mas las incidencias por sábados, domingos y feriados. Así se resuelve.

Asimismo, al haberse establecido que las incidencias de las comisiones en sábados, domingos y feriados pertenecen a la base de cálculo del salario normal, en consecuencia y al no haber sido pagados en su oportunidad, de conformidad con la sentencia n° 2.191 del 15 de diciembre de 2006 de esta Sala de Casación Social, corresponde a la actora los intereses de mora desde el momento en que debieron ser pagadas dichas incidencias, es decir, al final de cada mes, razón por la cual se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo para calcular este concepto.

En lo que concierne al salario integral, este será, el promedio del salario normal devengado por el actor, mas la alícuota del bono vacacional y la alícuota de utilidades, entendiéndose por alícuota de bono vacacional 7 días anuales más un día adicional por cada año de ejercicio hasta abril 2012 y posteriormente para mayo de 2012, 15 días anuales más un día adicional por cada año, en virtud del tiempo de servicio. Para la alícuota de utilidades se establece que la misma será calculada con base a 15 días anuales desde junio 1997 hasta abril 2012 y desde mayo 2012 hasta la culminación de la relación de trabajo 30 días anuales. Así se decide.

De igual modo, establecido como fuera el salario mixto devengado por el actor a partir del 2011, se establece como salario promedio para el pago de la prestación de antigüedad correspondiente al promedio del salario devengado por el actor durante los seis (6) últimos meses conforme lo previsto en el artículo 122 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Así se establece.

En cuanto al promedio del salario para el pago de las vacaciones y bono vacacional, se establece el promedio del salario normal devengado por el actor durante los tres (3) últimos meses de la relación de trabajo como lo dispone el artículo 121 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Así se declara.

En cuanto al salario para el pago de las utilidades, se establece el promedio anual del salario normal devengado por el actor, durante los años en los cuales fue causado. Así se establece.

De la forma de terminación de la relación de trabajo:

En lo que respecta al motivo de culminación de la relación laboral, en el caso bajo estudio, quedó demostrada la existencia de la relación laboral y la empresa al momento de dar contestación a la demanda negó haber reducido [el] *sueldo mensual, aduciendo la situación económica de la empresa, y que no de no estar de acuerdo quedaba en libertad de buscar otro trabajo, por no ser cierto, pues no habiendo sido en ningún momento empleado o trabajador de la empresa, no percibía pago de salario, sino honorarios*”, sin embargo, la demandada no promovió prueba alguna para desvirtuar el retiro justificado alegado por el actor en tal sentido, se tiene por cierto que la relación laboral terminó por retiro motivado a la reducción del salario, lo cual está consagrado en el artículo 80 literal “b”, de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, al siguiente tenor:

**Artículo 80.-** Son causas justificadas de retiro los siguientes hechos del patrono o de la patrona, sus representantes o familiares que vivan con él o ella:

(Omissis).

Se considera despido indirecto:

b) La reducción de salario.

De la prestación de antigüedad:

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

se hará por un pago trimestral de quince (15) días de salario integral a calcular con base al salario del último mes del respectivo trimestre. El monto que resulte de ambos cálculos a su vez deberán ser sumados entendiéndose que la totalidad constituye la garantía de prestaciones sociales generadas por la accionante durante la relación laboral de conformidad con lo establecido en el numeral 1 de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Asimismo deberán calcularse los dos (2) días adicionales hasta el 30 de abril de 2012, consagrados en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 y a partir de mayo de 2012 en el literal b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, considerando el salario integral promedio generado en el año a computar -de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo- el cálculo de los dos (2) días adicionales procede después del primer año de servicio según lo estatuido en el citado artículo 108.

Adicionalmente, se debe efectuar el cálculo a que alude el literal c) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por todo el tiempo de servicio, en atención a lo previsto en la disposición transitoria segunda, numeral 2 *eiusdem*, por lo que se debe considerar la cantidad de 17 años a razón de treinta (30) días por año multiplicado por el último salario integral.

Finalmente, el experto luego de haber computado lo generado por aplicación de los literales a) y b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras unificará ambos montos -entendiéndose que en el literal a) deberá considerarse todo lo que es garantía de prestaciones sociales, la cual a su vez debe contener el monto generado por los cinco (5) días por mes ordenados *supra* con base al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y el resultado de dicha suma deberá compararlos con el resultado del cálculo ordenado efectuar en atención al literal c) del artículo 142 *eiusdem*, el monto que resulte superior entre ambos cálculos será el que corresponda al accionante por concepto de prestaciones sociales.

Para la realización de los referidos cálculos el experto contable considerará el salario integral (anteriormente establecido) devengado mes a mes. Así se decide.

De las vacaciones 1997 al 2012: Se ordena su pago, correspondiente a lo establecido en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), para el período desde 1997 al 2012, en tal sentido, se establece 15 días anuales más un día adicional por cada año de servicio hasta el año 2012. Así se decide.

En relación a las vacaciones correspondientes al período del 2012 al 2014, se ordena su pago de conformidad con lo establecido en el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en tal sentido, se establece el pago para el período 2012-2013, 2013-2014 a razón de 30 días cada período y para el período fraccionado 2014 a razón de 20 días. Así se establece.

En tal sentido, por cuanto los codemandados nunca cumplieron con la obligación, se ordena su pago a razón del salario promedio devengado por el actor durante los tres (3) últimos meses de la relación de trabajo. Así se decide.

Del bono vacacional 1997 al 2012: Se ordena su pago, correspondiente a lo establecido en el artículo 223 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), para el período desde 1997 al 2012, en tal sentido, se establece 7 días anuales más un día adicional por cada año de servicio hasta el año 2012. Así se decide.

En relación al bono vacacional correspondiente al período del 2012 al 2014, se ordena su pago de conformidad con lo establecido en el artículo 192 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en tal sentido, se establece

el pago para el período 2012-2013, 2013-2014 a razón de 30 días cada período y para el período fraccionado 2014 a razón de 20 días. Así se establece.

En tal sentido, por cuanto los codemandados nunca cumplieron con la obligación, se ordena su pago a razón del salario promedio devengado por el actor durante los tres (3) últimos meses de la relación de trabajo. Así se decide.

De las utilidades 1997 al 2012: Se ordena su pago, correspondiente a lo establecido en el artículo 174 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), para el período desde 1997 al 2012, en tal sentido, se establece 15 días anuales hasta el año 2012. Se establece que el referido concepto debe ser pagado, con base al promedio del salario normal devengado por el actor para 1997 a razón de 12.5 días; y para los años 1998 hasta el 2011 con base al promedio anual del salario devengado por el actor correspondiente a cada período. Así se decide.

En relación a las utilidades correspondientes al período del 2012 al 2014, se ordena su pago de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en tal sentido, se establece el pago para el período desde 2012 al 2014 a razón de 30 días anuales y para el período fraccionado 2014 a razón de 25 días. Así se establece.

En tal sentido, se ordena su pago a razón del salario promedio devengado por el actor durante los años condenados correspondiente al ejercicio anual. Así se decide.

#### Diferencia salarios no pagados:

La parte actora señala que la demandada no le pagó parte del salario correspondiente a la primera y segunda quincena del mes de septiembre 2014 así como la primera quincena y la segunda quincena del mes de octubre 2014. En tal sentido, al no quedar probado el pago liberatorio por parte de la demandada, se ordena el pago de la cantidad de Bs. 29.000,00 (como fue solicitado en el libelo de la demanda). Así se decide.

De la indemnización por retiro injustificado: establecido como fuera procedente la forma de culminación de la relación laboral, se ordena su pago de conformidad con lo establecido en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, la cantidad igual a la condenado por prestación de antigüedad. Así se decide.

#### Intereses moratorios y corrección monetaria:

Establecidos los conceptos adeudados, de conformidad con el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio sostenido por esta Sala en sentencia n° 1.841 del 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita contra Maldifassi & Cía. C.A.*), esta Sala ordena el pago de los intereses moratorios que haya generado la diferencia de prestación de antigüedad, así como el resto de las diferencias de los demás conceptos condenados a pagar a la parte demandada, que resulten por experticia complementaria, desde la fecha en que los mismos sean exigibles, vale decir, desde la finalización de la relación de trabajo, a saber, desde el 31 de octubre de 2014 hasta la oportunidad del pago efectivo, a excepción de los intereses moratorios sobre las diferencias salariales ordenadas a pagar por concepto de días sábados, domingos y feriados, por tratarse igualmente de deudas de valor, exigibles de inmediato, deberán calculadas desde el momento en que se debieron ser pagadas, es decir, al final de cada semana, el cómputo se efectuará mediante experticia complementaria del fallo, por un único perito designado por el Tribunal de Ejecución, considerando para ello la tasa de interés fijada por el Banco Central de Venezuela, conforme a lo previsto en el literal f) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Dichos intereses no serán objeto de capitalización, ni de indexación.

Asimismo, se condena a la parte demandada el pago de la corrección monetaria sobre las sumas ordenadas a pagar, cuyo monto se determinará mediante experticia complementaria del fallo, siendo un concepto de orden público social, de conformidad con la sentencia n° 1.841 de 11 de noviembre de 2008, antes referida, se ordena indexar sobre la base del índice nacional de precios al consumidor conforme los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela, desde la fecha de terminación de la relación laboral (31/10/2014), hasta el pago efectivo para el caso de la diferencia de prestación de antigüedad y diferencia de intereses sobre la prestación de antigüedad ; y desde la notificación de la demanda el 18 de noviembre de 2014 (folio 40 de la primera pieza) para los demás conceptos hasta el pago efectivo, 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.

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

A los fines de la cuantificación de los conceptos anteriormente condenados se ordena la realización de una experticia complementaria a cargo de un experto contable designado por el juzgado de ejecución correspondiente, con base a los parámetros establecidos en el presente fallo. Así se establece.

Advierte esta Sala, que si para el momento de la ejecución de la presente decisión está en práctica en dicho tribunal lo previsto en el Reglamento del Procedimiento Electrónico para la Solicitud de Datos al Banco Central de Venezuela del 30 de julio de 2014, emanado de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial de la República Bolivariana de Venezuela n° 47 del 5 de marzo de 2015 y en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 40.616 del 9 de marzo de 2015, el juez executor procederá a aplicarlo 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 por autoridad de la ley declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por el ciudadano **ELVIS MORENO MEDINA**, contra el fallo dictado por el Juzgado Séptimo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 26 de enero de 2016. **SEGUNDO: SE ANULA** la sentencia recurrida. **TERCERO: CON LUGAR LA DEMANDA**

Se condena en costas del proceso a la parte demandada.

No firma la presente decisión el Magistrado Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo, por no asistir a la audiencia por motivos justificados.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial *supra* identificada. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen antes mencionado, todo ello 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 diecisiete (17) días del mes de mayo de dos mil diecisiete (2017). Años 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

Vicepresidente,

Magistrado Ponente,

El-

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrada,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

**R.C. N° AA60-S-2016-000226**

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,