



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 **JUAN CARLOS MONTOYA HERNÁNDEZ**, representado judicialmente por los abogados María Carolina Leal, Pablo José Castillo Díaz y Alecio José Valeri Martínez, contra la sociedad mercantil **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A.**, representada judicialmente por los abogados Vanessa Carmela Ochoa Silva, Onella Padrón, Juan Quintana y René Javier Rivero; el Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, sede San Juan de los Morros, dictó sentencia el 14 de abril de 2015, en la que declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por el actor, parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y parcialmente con lugar la demanda, en consecuencia, modificó la decisión del Tribunal Segundo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, del 18 de noviembre del 2014, que declaró parcialmente con lugar la demanda.

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. No Hubo contradicción.

El 11 de junio de 2015, se dio cuenta del asunto y se designó ponente al Magistrado Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, quien con tal carácter suscribe la decisión.

El 24 de febrero de 2017, en virtud de la designación de las nuevas autoridades de la 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 Misticchio Tortorella y Magistrado Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

Por auto del 15 de marzo de 2017, 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 1° de junio de 2017 a las 10:10 a.m.

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

Por razones de método, la Sala altera el orden en que fueron expuestas las denuncias presentadas en el escrito de formalización, procediendo a estudiar la planteada en la segunda delación de la siguiente manera:

II

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia la infracción del artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, “*por vicio de contradicción*”, por haber aplicado la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y condenar el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo derogada.

Alegó el formalizante que la alzada incurre en el vicio de contradicción, por no ajustarse a lo alegado y probado en autos, en tal sentido se vale del siguiente extracto de la sentencia del superior:

“Respecto a si se debe aplicarse la Ley Orgánica del Trabajo, o Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se infiere que habida cuenta que la relación laboral culminó en fecha 22 de octubre de 2012, conviene la aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, debiendo hacerse las consideraciones que se ameriten en razón de acordarse la normativa que esta Ley dispone, cuando así corresponda su aplicación, Así se establece”. (Sic).

Asimismo, en el escrito recursivo asegura:

Es por lo que, al solicitarle la aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras y aplicación en todos los conceptos demandados, y condenando la Juez Superior de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, no la aplico en el concepto de despido injustificado del artículo 92 ejusdem, a sabiendas que la Prestaciones de Antigüedad fue por un monto de Cuarenta y Dos Mil Quinientos Sesenta y Nueve Bolívares con Sesenta y Dos Céntimos (Bs. 42.579,62) y condeno por Despido Injustificado la Cantidad de Veinticuatro Mil Cuatrocientos Noventa y Tres Bolívares con Veintinueve Céntimos. (Bs. 24.493, 29), cometiendo la misma contradicción que el Juez de Primera Instancia, es por lo que solicita la aplicación del artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras. Por las Razones antes expuestas, pido que la presente denuncia se declare CON LUGAR. (Sic).

La Sala para decidir observa:

Lo anterior evidencia el empleo de una técnica casacional inadecuada al acumular indebidamente el vicio de contradicción que ocurre en los motivos y se produce cuando estos se destruyen los unos a los otros, generando una situación equiparable a la falta absoluta de fundamentos, por lo que se configura cuando ante una situación adversa que se presenta en el fallo el sentenciador inicialmente da por cierto un hecho y, posteriormente afirma una cuestión totalmente opuesta, generando con ello una recíproca aniquilación de los argumentos que sustenta el fallo, teniendo a los mismos como inexistentes y por ende la sentencia resulta inmotivada (decisión n° 400 del 8 de abril del 2008 de esta Sala, caso: *José Rojas contra Artisol, C.A.*), con la infracción de ley por falta de aplicación que se presenta cuando el sentenciador niega la utilización de una disposición legal que esté vigente a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance.

Al respecto, es reiterada la posición de esta Sala de Casación Social en cuanto al deber del recurrente de cumplir con la correcta técnica casacional al plantear sus denuncias. Así, cualquier delación que pudiera configurarse como genérica, vaga, imprecisa o confusa daría lugar a que fuera desechada por su indeterminación, al extremo que incluso pudiera acarrear conforme a lo previsto en el artículo 171 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo el perecimiento del propio recurso. Es una carga del recurrente, precisar con claridad la especificidad de sus denuncias y también está obligado a que su escrito de formalización, considerado éste como un cuerpo sistemático de argumentaciones jurídicas, esté constituido en cuanto a su construcción lógico-jurídica, de un esquema lo suficientemente coherente, para delimitar los motivos o causales de casación.

No obstante, pese a las deficiencias encontradas, a los fines de preservar las garantías contenidas en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establecen el derecho a una justicia idónea, responsable, equitativa y expedita, así como la concepción del proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, la Sala extremando sus funciones conocerá la denuncia formulada en los términos siguientes:

De los argumentos que sirven de soporte a la denuncia la Sala infiere que lo pretendido por el formalizante es delatar la falta de aplicación del artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por cuanto al momento de calcular el pago de la indemnización por despido injustificado, el superior aplicó el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), en lugar de la norma delatada.

El artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece:

Artículo 92.- Indemnización por terminación de la relación de trabajo por causas ajenas al trabajador o trabajadora En caso de terminación de la relación de trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador o trabajadora, o en los casos de despido sin razones que lo justifiquen cuando el trabajador o la trabajadora manifestaran su voluntad de no interponer el procedimiento para solicitar el reenganche, el patrono o patrona deberá pagarle una indemnización equivalente al monto que le corresponde por las prestaciones sociales.

Del referido artículo se extrae, la obligación que tiene el empleador de indemnizar al trabajador o trabajadora, en los casos de culminación de la relación laboral por causa ajena a su voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle una indemnización equivalente a la cantidad que corresponde por prestaciones sociales.

En este sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia con relación al artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en sentencia n° 1265 del 7 de diciembre de 2016 (caso: *Sosimo Rafael Solórzano* contra *Asociación Cooperativa de Transporte Urbano El Pilar, R.L*) señaló lo siguiente:

Respecto a la **indemnización por terminación de la relación de trabajo**, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en su artículo 92 dispone:

En efecto, de la norma precedentemente transcrita se observa que cuando la terminación del nexo laboral se produzca por causas ajenas a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle una indemnización equivalente a la cantidad que corresponde por prestaciones sociales al accionante.

En virtud de lo antes expuesto, y visto que consta en las actas que conforman el presente asunto, copia certificada del expediente administrativo mediante el cual la Inspectoría del Trabajo del Estado Barinas ordenó en la Providencia Administrativa Nro. 64 de fecha 28 de mayo de 2004, el reenganche y pago de salarios caídos del trabajador, en consecuencia, se declara procedente la indemnización por despido reclamada.

En ese orden, el *quantum* de la mencionada indemnización será la suma de lo que le corresponde por prestaciones sociales. (Énfasis del recurrente).

Con el fin de determinar si la alzada incurrió en el vicio delatado, esta Sala debe observar lo juzgado por la recurrida:

Respecto a si debe aplicarse la Ley Orgánica del Trabajo, o la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, se infiere que habida cuenta que la relación laboral culminó en fecha 22 de octubre de 2012, conviene la aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, debiendo hacerse las consideraciones que se ameriten en razón de acordarse la normativa que esta Ley dispone, cuando así corresponda su aplicación. Así se establece.

(*Omissis*).

Expuesto lo anterior, y considerando los pagos realizados por la accionada, tenemos que los conceptos a cancelar del trabajador son los siguientes:

Antigüedad: Bs. 42.579,62 - Bs. 28.796,00 = Bs. 13.783,62
Utilidades: Bs. 39.738,11 - Bs. 36.072,73 = Bs. 3.665,38
Vacaciones y bono vacacional: Bs. 24.364,09 - Bs. 15.992,89 = Bs. 8.371,20
Indemnización por despido injustificado: Bs. 24.493,29
Salarios caídos: Bs. 21.229,08
Cláusula 47 C.C.I.C.: Bs. 8.100,57.

De la cita parcialmente transcrita de la sentencia recurrida y de la revisión de las actas procesales colige esta Sala, que si bien el *ad quem*, acertadamente señala que la ley a aplicar para el pago de los conceptos laborales es la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, yerra al ordenar el pago de la cantidad de veinticuatro mil cuatrocientos noventa y tres bolívares con veintinueve céntimos (Bs. 24.493,29) por despido injustificado y no la cifra que correspondía de cuarenta y dos mil quinientos setenta y nueve bolívares con sesenta y dos céntimos (Bs. 42.579,62) como lo señala el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, es decir, una indemnización equivalente al monto que condenó por las prestaciones sociales, incurriendo en la infracción por falta de aplicación de la norma acusada, en consecuencia, resulta 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

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE

Se inicia la causa mediante escrito libelar presentado el 20 de febrero de 2013, contra la sociedad mercantil Constructora Norberto Odebrecht, S.A., 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 julio de 2009, con el cargo cabillero de 2da, devengando como último salario diario la cantidad de doscientos treinta y dos bolívares con ochenta céntimos (Bs. 232,80).

Expone, que su horario de trabajo era de la manera siguiente: laboraba dos turnos: El primero de lunes a sábados, desde la siete (7:00 a.m.) de la mañana hasta las doce (12:00 a.m.) del mediodía, y después de la una (1:00 p.m.) de la tarde hasta las siete (7:00 p.m.) de la noche; y el segundo turno los días de lunes a sábado desde las siete (7:00 p.m.) de la noche hasta las doce (12:00 a.m.) de la madrugada y luego a la una de (1:00 a.m.) de la madrugada hasta la siete (7:00 a.m.) de la mañana, cambiando semanalmente de turno.

Añade que su principal actividad consistía en ejercer las funciones propias del cargo para lo cual lo contrataron, cabillero de 2da.

Arguye el actor, que el vínculo culminó por despido justificado el 16 de septiembre de 2011, cuando fue notificado por la empresa que iba a rescindir de su servicio de cabillero de 2da.

Por lo que solicita el pago de las cantidades que a continuación se señalan:

Beneficio de la Ley de Alimentación	Bs. 47.668,50
Asistencia Puntual y Perfecta	Bs. 44.226,24
Vacaciones y Bono Vacacional	Bs. 49.694,50
Utilidades	Bs. 60.941,30
Indemnización por Despido Injustificado	Bs. 69.932,40
Prestaciones de Antigüedad y Prestaciones de Antigüedad Adicional	Bs. 69.932,40
Intereses de las Prestaciones de Antigüedad	Bs. 17.483,10
Salarios Caídos	Bs. 115.236,00

Finalmente estima la demanda en la cantidad de Bs. 475.114,44, por los conceptos anteriormente explanados; igualmente solicita la corrección monetaria.

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDADA

Por su parte, la accionada en su escrito de contestación, opone por vía de excepción la ilegalidad del acto administrativo de efectos particulares contenido de la providencia administrativa n° 119-2012, de fecha 10 de julio de 2012.

Señala que el Inspector del Trabajo esgrimió como fundamento de su decisión el artículo 75 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y dejó sentado que la relación de trabajo que unió al trabajador con la empresa fue mediante un contrato de trabajo para una obra determinada.

Así mismo niega, rechaza y contradice que el actor haya mantenido una relación laboral en forma verbal con la empresa, en virtud que existe un contrato de trabajo para una obra determinada firmado por el actor.

Del mismo modo, niega, rechaza y contradice la jornada de trabajo 2 turnos, el primero de lunes a sábados, desde la siete (7:00 a.m.) de la mañana hasta las doce (12:00 a.m.) del mediodía, y después de la una (1:00 p.m.) de la tarde hasta las siete (7:00 p.m.), de la noche; y el segundo turno los días de lunes a sábado desde las siete (7:00 p.m.) de la noche hasta las doce (12:00 a.m.) de la madrugada y luego a la una de (1:00 a.m.) de la madrugada hasta la siete (7:00 a.m.) de la mañana, combinando semanalmente de turno.

Igualmente niega, rechaza y contradice que el 16 de septiembre del año 2011, fuera notificado por la empresa constructora Norberto Odebrecht, S.A, que iba a prescindir de sus servicios.

En tal sentido niega, rechaza y contradice que el demandante se encontrara amparado por la inamovilidad laboral decretada por el Ejecutivo Nacional.

Niega, rechaza y contradice que el demandante tuviera un tiempo de servicio de tres (3) años, siete (7) meses y diecinueve (19) días.

Del mismo modo niega, rechaza y contradice que el actor haya devengado como última prestación la cantidad de doscientos treinta y dos bolívares fuertes con ochenta céntimos (Bs. 232,80) de salario diario, por cuanto su último salario percibido fue la cantidad de bolívares noventa y tres con once céntimos (Bs. 93,11) conforme al tabulador de oficio y salarios básicos de la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción 2011-2013.

Igualmente niega, rechaza y contradice que se le adeude al demandante, la cantidad de cuarenta y siete mil seiscientos sesenta y ocho bolívares con cincuenta céntimos (Bs. 47.668,50) por concepto de beneficio de Alimentación, por cuanto fue pagado en toda la relación laboral.

En tal sentido niega, rechaza y contradice que se le adeude al demandante, la cantidad de cuarenta y cuatro mil doscientos veintiséis bolívares con veinticuatro céntimos (Bs. 44.226,24), por concepto de asistencia puntual y perfecta.

Niega, rechaza y contradice que se le adeude al demandante, la cantidad de cuarenta y nueve mil seiscientos noventa y cuatro bolívares con cincuenta céntimos (Bs. 49.694,50), por concepto de vacaciones y bono vacacional.

De igual modo niega, rechaza y contradice que se le adeude al demandante, la cantidad de sesenta y nueve mil novecientos cuarenta y un bolívares con treinta céntimos (Bs. 69.941,30), por concepto de utilidades.

Niega, rechaza y contradice que se le adeude al actor, la cantidad de sesenta y nueve mil novecientos treinta y dos bolívares con cuarenta céntimos (Bs. 69.932,40), por concepto de indemnización por despido injustificado.

Así mismo niega, rechaza y contradice que se le adeude al actor, la cantidad de sesenta y nueve mil novecientos treinta y dos bolívares con cuarenta céntimos (Bs. 69.932,40), por concepto de prestación de antigüedad y prestación de antigüedad adicional.

Niega, rechaza y contradice que se le adeude al actor, la cantidad de diecisiete mil cuatrocientos ochenta y tres bolívares con diez céntimos (Bs. 17.483,10), por concepto de intereses de prestación de antigüedad.

Niega, rechaza y contradice que la demandada deba pagar por conceptos de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, un total de cuatrocientos setenta y cinco mil ciento catorce bolívares con cuarenta y cuatro céntimos (Bs. 475.114,44).

Finalmente niega, rechaza y contradice que se le adeude al demandante, la cantidad de ciento quince mil doscientos treinta y seis bolívares (Bs. 115.236,00), por concepto del retardo en el pago de las prestaciones sociales y en su defecto los salarios caídos mencionados en la contratación colectiva.

Límites de la controversia

Con relación al tema debatido y 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 está 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).

De los alegatos expuestos por la parte demandante, así como las defensas opuestas por la demandada, se aprecia que el *thema decidendum* se circunscribe a determinar lo siguiente:

- 1.- El salario devengado por el trabajador.
- 2.- La fecha de culminación de la relación laboral.
- 3.- Si debe aplicarse la Ley Orgánica del Trabajo (1997) y la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras.
- 4.- Si el pago de los salarios caídos debe acordarse o no hasta la fecha de la interposición de la demanda.
- 5.- Si procede o no el pago referido en la cláusula 47 de la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción; y si es procedente o no la excepción de ilegalidad solicitada por la demandada sobre el acto administrativo.

De la revisión de las actas procesales, se observa que ambas partes promovieron pruebas, las cuales serán analizadas seguidamente:

Pruebas promovidas por la parte actora

De las documentales

Copias fotostáticas de la providencia administrativa dictada por la Inspectoría del Trabajo de Valle de la Pascua, que cursan de los folios 64 al 249 de la pieza N° 1, la cual consta en copia certificada a los folios 2 al 29 de la pieza n° 2, la misma fue cuestionada por la parte demandada indicando una excepción de ilegalidad, a lo cual se opuso la parte promovente; en este sentido, no se observa que la misma haya sido impugnada por vía de nulidad, ni consta en autos pronunciamiento alguno con relación a ello, es por lo que esta Sala de Casación Social, la valora de conformidad con lo previsto en los artículos 10 y 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Por lo que le otorga valor probatorio, de la misma se desprende la decisión del órgano administrativo de ordenar el reenganche y salarios caídos al ciudadano Juan Carlos Montoya Hernández, desde la fecha en que

presentó la solicitud de reenganche y salarios caídos, hasta el momento de su efectiva reincorporación y el pago de los conceptos dejados de percibir.

De la prueba de exhibición:

La parte actora promovió la exhibición de los originales de los recibos de pago y prestaciones sociales, que fueron consignados en copias que se encuentran cursantes desde los folios 174 al 249 de la primera pieza del expediente, la parte demandada los impugnó por no estar firmados por el trabajador, no obstante, no los exhibió y en virtud que los mismos guardan relación con las pruebas de informe requerida a la entidad bancaria Banco Caroní, que cursa desde los folios 105 al 179 de la pieza n° 3, donde se comprueba que los pagos de nóminas son los mismos que se señalan en los recibos cuya exhibición fue requerida, y de los cuales se desprenden los distintos montos pagados al ciudadano Juan Carlos Montoya Hernández, por concepto de “sueldo quincenal”, horas normales diurnas, horas extras diurnas, horas normales nocturnas, bono nocturno, feriado nocturno, sábado diurno, refrigerios, tiempo de viajes diurno, descanso semanal legal, descanso convencional, bono asistencia, entre otros, así como las deducciones respectivas por conceptos del seguro social, seguro paro forzoso, ley de política habitacional, cuota sindical y cuota de federación, entre otros descuentos, de acuerdo con la jornada laboral rotativa, correspondiente por el período 2009 al 2011, en tal sentido esta Sala de Casación Social les otorga pleno valor probatorio de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a los fines de determinar el salario devengado por el trabajador.

De las pruebas de la demandada

De las documentales

1.- Promovió original del contrato de trabajo para obra determinada, que cursa en los folios 35 a 40 de la pieza n° 2, firmado entre el trabajador y la empresa de fecha 1° de junio de 2009, del cual se desprende el cargo a desempeñar de cabillero 2da., el tiempo para la realización de la obra, así como el horario rotativo diurno y turno a realizar, el mismo no fue impugnado por la parte a la cual le fue opuesto, en consecuencia, esta Sala de Casación Social le concede valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

2.- Promovió originales de las renovaciones de los contratos de trabajo para una obra determinada, los cuales cursan del folio 41 al 72 de la pieza 2 del expediente, los mismos no fueron impugnados por la parte a la cual le fueron opuestos, en consecuencia, esta Sala de Casación Social les concede valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

3.- Promovió copia simple de la notificación del vencimiento del Contrato de Trabajo, inserta al folio 73, de la pieza 2 del expediente, dirigida al trabajador ciudadano Juan Carlos Montoya Hernández, donde le notifica la extinción del contrato firmado el 14 de junio del 2001. Al respecto se hace mención que la misma consta en copia simple que no fue impugnada por la parte contraria, 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.

4.- Promovió copia simple de la inspección judicial, solicitada por la empresa, las cuales cursan en los folios 74 hasta el 103 de la pieza 2, dicha documental fue impugnada por la representación judicial de la parte actora, y siendo que constan en copias simples, las mismas se desechan.

5.- Promovió documentales que cursan en los folios del 104 al 106, de la pieza n° 2, correspondientes a: Planilla de Registro de Asegurado, emitida por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, del ciudadano Juan Carlos Montoya

Hernández así como la constancia de egreso del trabajador emitida por dicho ente, de las mismas se desprende la fecha de inscripción 1° de julio del 2009 y la fecha de egreso 16 de septiembre de 2011 efectuada por la empresa, de dichas documentales no fueron impugnadas por la parte actora, en tal sentido esta Sala de Casación Social le otorga valor probatorio, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

6.- Promovió documentales en copias simples de adelantos de fideicomiso, que cursan en los folios del 119 al 129, de la pieza n° 2, las cuales fueron impugnadas por el adversario, en consecuencia, se desechan de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

7.- Promovió documental cursante en el folio 130 al 166 de la pieza n° 2 correspondiente a copias simples de Oferta Real de Pago, a favor del ciudadano Juan Carlos Montoya Hernández, por la cantidad de cuarenta y siete mil cuatrocientos ochenta y dos bolívares con treinta y cinco céntimos (Bs. 47.482,35), al respecto esta Sala observa que fueron impugnadas por la parte actora y no consta en el expediente que hubiere sido notificado de la existencia de la misma ni la aceptación por parte del trabajador, en tal sentido, esta Sala de Casación Social no le confiere valor probatorio.

8.- Promovió documental cursante en el folio 167 de la segunda pieza, contentiva de estado de cuenta del ciudadano Juan Carlos Montoya Hernández, emitida por *Todo Ticket*, dirigida a la demandada de fecha 19 de abril de 2013, donde consta los pagos realizados al trabajador por concepto de alimentación, en tal sentido, esta Sala le concede valor probatorio por cuanto no fue impugnada por la parte demandante.

9.- Promovió documental cursante en el folio 168 al 249 de la pieza 2, correspondientes a recibos de pago de nómina, emitidos por la demandada a favor del actor, las cuales fueron impugnadas por el adversario, sin embargo, en autos constan resultas de prueba de informe requerida al Banco Caroní, de donde se desprende las cantidades depositadas como aporte de nómina administradas con las cantidades descritas en los recibos de pagos que fueron promovidos en la prueba de exhibición antes analizada solicitada por el demandante, en tal sentido, esta Sala le confiere valor probatorio.

De la prueba de informe

Promovió prueba de informe dirigida a la entidad bancaria Banco Caroní, con el fin de verificar la existencia de una cuenta nómina a favor del actor, en la cual la demandada le depositaba su fideicomiso y los abonos de nómina, es de hacer notar que dicha prueba fue impugnada por la parte actora, sin embargo, fue apreciada por esta Sala de conformidad con las reglas de la sana crítica de acuerdo con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de forma administrada con la exhibición de los recibos de pagos promovidos por la actora, demostrativa de los salarios percibidos por el accionante.

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

En cuanto a la excepción de ilegalidad del acto administrativo contenido en la providencia de reenganche propuesta en el capítulo previo a la contestación de la demanda, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, estos actos gozan de la presunción de validez y certeza, hasta tanto no hayan sido anulados por sentencia dictada en juicio de nulidad, siendo preciso destacar que de autos no se observa, pronunciamiento alguno que tienda a invalidar o anular el acto señalado, por lo tanto el mismo está provisto de validez. Así se declara.

En el caso de autos, la demandada aceptó la prestación del servicio, señalando que la relación que le une con el actor es de índole laboral a través de un contrato de trabajo de obra determinada, así como el cargo desempeñado.

Con relación al salario que es la remuneración, provecho o ventaja, que corresponde al trabajador por la prestación de un servicio, se observa que el actor alegó en su libelo de la demanda, que su último salario diario fue la cantidad de doscientos treinta y dos bolívares fuertes con ochenta céntimos (Bs. 232,80), hecho este negado por la demandada en su escrito de contestación de la demanda, en el que señaló que el último salario percibido por el trabajador fue la cifra de noventa y tres bolívares con once céntimos (Bs. 93,11), como corresponde con el tabulador de la convención colectiva de la construcción, cabe destacar que la demandada probó con los recibos de pagos administrados con la prueba de informe que el último salario percibido por el trabajador fue la cantidad antes mencionada, es decir, Bs. 93,11, diario. Así se decide.

En cuanto a la fecha de culminación de la relación laboral; que debe tomarse es, la de la interposición de la demanda, la cual se efectuó el día 20 de febrero de 2013, en virtud que en el caso concreto ordenado el reenganche del trabajador, mediante la providencia administrativa que calificó injustificado el despido, debe pagarse los salarios caídos además de las prestaciones sociales y la indemnización por despido computándose el tiempo transcurrido como prestación efectiva de servicio hasta el momento de la presentación del libelo de la demanda, de acuerdo con la jurisprudencia de ésta Sala (sentencia n° 673 del 5 de mayo de 2009) entre otras, fecha para la cual ya estaba en vigencia la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Determinado lo anterior, esta Sala pasará a pronunciarse sobre la procedencia de los conceptos reclamados por el actor:

Vale señalar que la regulación jurídica aplicable al caso de marras son las Convenciones Colectivas de la Industria de la Construcción 2009-2011 y 2011-2013, vigentes en el transcurso de la relación laboral, en concordancia con la ley sustantiva laboral, la cual tuvo una vigencia comprendida entre el 1° de julio de 2009 al 20 de febrero de 2013. Así se establece.

Vacaciones y bono vacacional:

En la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción 2011-2013, establece en su cláusula 43 que el pago de este derecho que debe acordarse considerando el salario básico, por lo que se tomará el último salario básico devengado por el actor, de Bs. 93,11 diario, cuyo cálculo se hará por experticia complementaria del fallo, a cargo de un perito designado por el juez ejecutor, con base a los siguientes parámetros:

Precisado lo anterior, corresponde el pago del concepto de vacaciones y bonos vacacionales del modo siguiente:

Período	Días por vacaciones y bono vacacional.
2009-2010	75
2010-2011	80
2011-2012	80
2012-2013	53,33

Utilidades:

Por concepto de utilidades, las mismas se declaran procedentes, su cálculo se hará por experticia complementaria del fallo, bajo los siguientes parámetros: a los fines de la determinación de los días correspondientes el perito tomará en cuenta lo indicado en la cláusula 44 de la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción 2011-2013, cuyo texto se reproduce

de seguidas en este particular y a razón del salario promedio normal devengado por el actor en cada período condenado, según se desprende de los recibos de pagos insertos en autos (folios 168 al 248 de la segunda pieza). A tal efecto dicha cláusula dispone:

Cláusula 44

Cada trabajador recibirá la participación en los beneficios o utilidades de la Empresa donde presta sus servicios de conformidad con el artículo 174 y siguientes de la Ley Orgánica de Trabajo, aun cuando cada Empresa garantiza un mínimo equivalente a noventa y cinco (95) días de Salario por las utilidades que se causen en el año 2010 y de cien (100) días de Salario por las utilidades que se causen en el año 2011. Si no hubiere trabajado el año completo, el Trabajador recibirá las utilidades de manera proporcional, en función con los meses completos laborados en dicho año haciendo la salvedad de que si en el mes de la extinción del vínculo laboral el Trabajador hubiese trabajado catorce (14) días o más tendrá derecho a la fracción correspondiente a dicho mes como si lo hubiese laborado completo.

En tal sentido, el experto efectuará el cálculo de acuerdo con la siguiente tabla y en el salario antes descrito:

Período	Días de utilidades.
2009	45
2010	95
2011	100
2012	100
2013	16,66

Salarios caídos:

Se declara la procedencia de tal concepto desde la fecha 16 de septiembre de 2011 (fecha del despido injustificado) hasta el momento de la interposición de la demandada (20 de febrero del 2013) para la cual el experto que resulte designado, tomará el último salario normal devengado por el trabajador de acuerdo a los recibos de pago cursantes en autos (folios 168 al 248 de la segunda pieza), es decir, de noventa y tres bolívares con once céntimos (Bs. 93,11) cuyo cálculo se hará por experticia complementaria del fallo.

Prestaciones sociales:

El salario para este concepto será el salario normal más las alícuotas de bono vacacional y utilidades conforme se señaló en párrafos anteriores, establecidas éstas en la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción 2011-2013, cláusulas 43 y 44.

Este concepto se pagará conforme a la cláusula 46 de la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción 2011-2013, en virtud que para el momento de la entrada en vigencia de la misma, el trabajador demandante contaba con menos de 1 año de antigüedad laborando para la accionada, en consecuencia, le corresponde en su integridad dicha norma convencional (por mandato de la cláusula 14 de la mencionada convención colectiva) por ende, los días que se otorgarán serán los establecidos en la misma, la cual establece:

Cláusula 46. El Empleador conviene en acreditar a sus Trabajadores seis (6) días mensuales por concepto de la prestación de antigüedad prevista en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, a partir de que los trabajadores cumplan el primer mes ininterrumpido de servicio. De esta manera, al concluir su primer año de servicio ininterrumpido el Trabajador habrá acumulado setenta y dos (72) días de salario en concepto de prestación de antigüedad. Cuando la relación de trabajo finalice por cualquier causa durante el primer año de servicios del

Trabajador, la prestación de antigüedad a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo se calculara conforme a la siguiente escala:

- A. Cincuenta y cinco (55) días de Salario si la antigüedad del Trabajador es como mínimo de seis (6) meses y no fuere de nueve (9) meses, o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente.
- B. Sesenta (60) días de Salario si la antigüedad del Trabajador es diez (10) meses, o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente.
- C. Sesenta y seis (66) días de Salario si la antigüedad del Trabajador es de once (11) meses, o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente.
- D. Setenta y dos (72) días de Salario si la antigüedad del Trabajador es de doce (12) meses, o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente. La prestación de antigüedad que se cause luego de cumplir el primer año de servicio, se calculara exactamente a razón de seis (6) días de Salario por mes. En caso de terminación de la relación laboral después del primer año de antigüedad, le corresponderá al Trabajador setenta y dos (72) días de Salario, o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente, siempre que hubiere prestado por lo menos seis (6) meses de servicio, durante el año de extinción del vinculo laboral.

(*Omissis*).

En lo que se refiere a la prestación de antigüedad, se deberá calcular lo correspondiente a partir del primer mes de servicio, el equivalente a seis (6) días de salario integral por cada mes laborado (cláusula 46 de la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción 2011-2013).

De conformidad con lo establecido en la cláusula 46 literal d) de la convención colectiva, al haber tenido el accionante un tiempo de servicio de 3 años, 7 meses y 20 días, se debe considerar que por el ultimo año de la relación de trabajo le corresponden al actor 72 días, por tener más de seis meses de servicio el año en que culminó la relación laboral.

Luego de determinarse las cantidades que correspondan al actor por concepto de antigüedad a mes a mes, el experto deberá calcular los intereses generados considerando las tasas de interés fijadas por el Banco Central de Venezuela, prevista en el literal c) del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo hasta el 6 de mayo de 2012 y a partir del 7 de mayo de 2012 se realizará el cálculo sobre la tasa activa para el cálculo de intereses de prestaciones sociales establecida por el Banco Central de Venezuela, de conformidad con el artículo 142 literal f de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores.

Para la realización de los referidos cálculos el experto contable considerará el salario integral devengado mes a mes, debiendo tomar en cuenta, en primer lugar, el salario mensual que se desprenden de los recibos de pagos insertos en autos a los cuales se le adicionará la alícuota de utilidades (con base a la cantidad de días determinados *supra* para este concepto) y de bono vacacional (con base a la cantidad de días determinados *supra* para este concepto). Así se decide.

De la indemnización por despido injustificado:

Reclama el actor lo concerniente a lo establecido en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en ese sentido, vista que la causa de la finalización de trabajo fue el despido injustificado, se declara la procedencia de tal concepto el cual será el mismo monto que resulte por prestaciones sociales conforme a los parámetros anteriormente expuestos.

Bonificación por asistencia puntual y perfecta:

Con relación a la reclamación de la bonificación por asistencia puntual y perfecta de conformidad con lo establecido en la cláusula 36 de la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción 2011-2013, esta Sala observa que tal concepto no fue objeto de apelación por las partes ante el *ad quem* y en cumplimiento al principio “*tantum apellatum quantum devolutum*”, debe entenderse que, en todo aquello que no fue objeto de apelación, lo decidido por el sentenciador de primera instancia queda firme y con autoridad de cosa juzgada.

Dada la motivación anterior esta Sala ratifica la improcedencia de tal concepto.

Beneficio de alimentación:

Con relación a este concepto, esta Sala observa que el mismo no fue objeto de apelación por las partes ante el *ad quem* y en cumplimiento al principio “*tantum apellatum quantum devolutum*”, debe entenderse que, en todo aquello que no fue objeto de apelación, lo decidido por el sentenciador de primera instancia queda firme y con autoridad de cosa juzgada.

Dada la motivación anterior esta Sala ratifica la improcedencia de tal concepto.

Indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales:

Al modificarse la fecha de finalización de la relación de trabajo y tomarse como válida la misma de la interposición de la demanda, en virtud de la providencia administrativa de reenganche a favor del actor, se debe declarar la improcedencia de este concepto establecido en la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción 2011-2013, en razón de que ordenado como fue este caso el reenganche del trabajador, a través de la providencia administrativa, se mantiene la expectativa de la vigencia de la relación laboral, además no es procedente el pago doble de intereses de mora. Así se decide.

Intereses e indexación.

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 de los conceptos condenados a pagar a la parte demandada, desde la fecha en que los mismos sean exigibles, vale decir, desde la finalización de la relación de trabajo, a saber, desde el 20 de febrero de 2013 hasta la oportunidad del pago efectivo; 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, sobre la base del índice nacional de precios al consumidor conforme los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela, desde la notificación de la demanda el 9 de abril de 2013 (folio 25 de la primera pieza del expediente), para los conceptos laborales acordados, hasta la fecha del 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.

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 ejecutor 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, **JUAN CARLOS MONTOYA HERNÁNDEZ**, contra el fallo dictado por el Juzgado Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, sede San Juan de los Morros, el 14 de abril de 2015. **SEGUNDO: SE ANULA** la sentencia recurrida. **TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR LA DEMANDA**

No hay condenatoria en costas dada la naturaleza del fallo

No firma la presente decisión el Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, 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 tres (03) días del mes de julio de dos mil diecisiete (2017). Años 207° de la Independencia y 158° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente,

Magistrado Ponente,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrada,

Magistrado,

MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C. N° AA60-S-2015-0648
Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,