



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 acreencias laborales sigue el ciudadano **JOSÉ MIGUEL MARCHENA ESPINOZA**, titular de la cédula de identidad número 7.950.706, representado judicialmente por los abogados Nuvia Elena Cedeño Navarro, Luis Enríquez Castellanos Blanco y Luis Ernesto Da Silva Goncalves, contra la sociedad mercantil **FESTEJOS MAR, C.A.**, y solidariamente los ciudadanos **BENITO FRANCISCO RODRÍGUEZ SOBRAL, LIBERTAD RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ, FRANCISCO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JAVIER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, MARGARITA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y ALEJANDRO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, en su condición de directores y accionistas, representados por el abogado Joshua E. Flores Mogollón; el Juzgado Superior Sexto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó sentencia el 15 de noviembre de 2016, mediante la cual declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y parcialmente con lugar la demanda, en consecuencia, confirmó la decisión dictada el 24 de mayo de 2016, por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, que declaró parcialmente con lugar la demanda incoada.

Contra la decisión de alzada, la parte demandante, anunció y formalizó recurso de casación. Hubo contestación.

Recibido el expediente, se dio cuenta en Sala el 7 de marzo de 2017, designándose ponente al Magistrado Dr. Edgar Gavidia Rodríguez.

Por auto del 18 de junio de 2017, se fijó la celebración de la audiencia pública y contradictoria para el martes veintiséis (26) de octubre de 2017, a las nueve de la mañana (9:00 a.m.), en sujeción a lo regulado por el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Mediante auto de fecha 23 de octubre de 2017, esta Sala de Casación Social acordó suspender la audiencia pública y contradictoria prevista para el 26 de octubre de 2017.

El 25 de octubre de 2017, esta Sala de Casación Social fijó la audiencia pública y contradictoria para el siete (7) de diciembre de 2017, a las nueve de la mañana (9:00 a.m.), en sujeción a lo regulado por el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Celebrada la audiencia 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:

ANTECEDENTES

Mediante sentencia n° 841 del 22 de septiembre de 2015, esta Sala de Casación Social, declaró con lugar el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte actora, en consecuencia, anuló la decisión del *ad quem*, que declaró con lugar la prescripción de la acción y ordenó reponer la causa al estado de que el juez de primera instancia se pronunciara sobre el fondo del asunto.

Resuelta la causa por el *a quo* mediante fallo dictado el 24 de mayo de 2016, en el se declaró parcialmente con lugar la demanda instaurada, la parte accionante ejerció recurso de apelación, el cual fue decidido por la recurrida en sentencia proferida el 15 de noviembre de 2016, en la cual se declaró sin lugar la apelación y parcialmente con lugar la pretensión incoada, contra la decisión de alzada el demandante ejerció el recurso de casación, objeto de estudio.

RECURSO DE CASACIÓN

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia que el juez de alzada transgredió la inmutabilidad de la cosa juzgada, así como los principios relativos a la “*realidad sobre los hechos y la verdad procesal*”, infringiendo los artículos 2 y 5 *eiusdem*.

Delata el formalizante que:

(...) la ASEVERACIÓN DEL JUZGADOR “SIN LUGAR A DUDA A SU DECIR Y ENTENDER, DEL TIEMPO DE LA RELACIÓN LABORAL Y TÉRMINO DE LA MISMA, el juez de 1ra Instancia “**transgredió la inmutabilidad de la Cosa Juzgada**” y el ad quem, confirma el fallo incurriendo en la misma transgresión, ya que esta Sala de Casación Social en fecha 22 de Septiembre de 2015, declaró CON LUGAR: el recurso de casación ejercido contra la NO PRESCRIPCIÓN, siendo la Ponente la Magistrada MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA en el R.C. No. AA60-S-2014-000562 y argumenta la S.C.S...” El ciudadano José Miguel Marchena Espinoza prestó servicio para la sociedad Mercantil Festejos Mar, C.A., hasta el 8 de agosto de 2010, interponiendo una primera demanda...(sic)...” es esta la fecha de la SCS y contentiva en la demanda que permite coadyuvar en la no prescripción, en el Recurso de Casación y esta FECHA de termino de la relación laboral con la sociedad mercantil es CAMBIADA por ambos jueces al 08 de agosto de 2008 con esta exposición:”...(sic)...CON relación a la fecha de extinción, el juzgador entiende que confesado por la parte demandante que estuvo de reposo médico desde el 08 de agosto de 2008 hasta el 31 de

diciembre del mismo 2008 y no consta que ulteriormente notificara a su patrono la causa que lo imposibilitara para asistir al trabajo, persuade para sostener que el trabajador, por voluntad unilateral, dio por terminada la relación dependiente el 31 de diciembre de 2008... (sic)... En otras palabras la relación de trabajo duró dos (2) años i cinco (5) meses y dieciocho (18) días... (sic)...pero fuera suspendida el 08 de agosto de 2008 conforme a lo establecido en el art.97 LOT.(sic).... Véase folio Ciento ocho-108 el ad quem) **A.1.** El ad quem transgrede la Cosa Juzgada porque si este es el razonamiento entonces si está prescripta la acción. Habiendo quedado firme la decisión de la SCS del 22 de septiembre de 2015 “..(sic)...prestó servicios para la sociedad mercantil Festejos Mar... (sic) hasta el **8 de agosto de 2010...**” (Negrillas de quienes suscribimos). **1.2.** y trasgrede nuevamente la Cosa Juzgada en las decisiones que a continuación se citan y violan el principio de la realidad sobre los hechos: al referir que el trabajador no notificó a la sociedad mercantil, y el Principio de la verdad procesal... ACOTACIÓN: existió un demanda por indemnización por la enfermedad ocupacional, ya terminada y pagada según Sentencia definitivamente firme, en la cual declaró SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto por la sociedad mercantil contra la Sentencia Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas por el Ponente Magistrado LUIS E.FRASCESCHI, el 10 de diciembre 2014, R.A. No AA60-S-2013- 001739 y en SCONST, Magistrada Ponente GLADYS GUTIERREZ, en fecha 19 de mayo de 2015... NO HA LUGAR EL Recurso de Revisión. Y sin un mínimo de respeto, vuelven a explicar el caso de los reposos? **1.3.** Explica la juez ad quem en el mismo folio Ciento ocho (8):...” En cuanto a la fecha de comienzo de la unión dependiente no queda dudas para este tribunal que aconteció el 20 de febrero de 2006 por haber quedado suficientemente acreditada con las instrumentales.... (sic)...” Desecha por la repuesta pura y simple de la apoderada de la sociedad mercantil que “desconoce la firma en las Constancia de Trabajo y que en juicio por tanto no se le OTORGÓ valor probatorio a dichos DOCUMENTOS FUNDAMENTALES Y EMANADOS y que ORDENA LA LEY LABORAL”. (Sic). [Énfasis de la cita].

Para decir la Sala observa:

Delata la parte actora la infracción de los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo al considerar que el *ad quem* al confirmar el fallo del *a quo* transgredió el principio de la *inmutabilidad de la Cosa Juzgada*, pues estableció que la relación de trabajo culminó el 8 de agosto de 2008, a pesar de la decisión de la Sala de Casación Social publicada el 22 de septiembre de 2015, que declaró con lugar el recurso de casación que en su momento ejerció la parte actora contra la decisión dictada 13 de marzo de 2014, por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que conociendo en apelación del demandante contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2014, por el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia de Juicio de la misma la Circunscripción Judicial, decidió con lugar la prescripción de la acción y sin lugar la demanda, confirmando la sentencia apelada; en dicha resolución judicial, esta Sala determinó en su motiva que “*el ciudadano José Miguel Espinoza prestó servicios para la sociedad mercantil Festejos Mar, C.A, hasta el 8 de agosto de 2010*” y que la acción no se encuentra prescrita.

Los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo señalados como infringidos disponen:

Artículo 2. El juez orientará su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad.

Artículo 5. Los jueces en el desempeño de sus funciones, tendrán por norte de sus actos la verdad, están obligados a inquirirla por todo los medios a su alcance y a no perder de vista la

irrenunciabilidad de derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de las misma; y por tal causa, tienen que intervenir en forma activa en el proceso, dándole el impulso y la dirección adecuados, en conformidad con la naturaleza especial de los derechos protegidos.

Con relación al principio de la cosa juzgada en sentencia n° 166 del 13 de marzo de 2017, esta Sala de Casación Social, caso: *Tomas Soto Rincón contra Proyecta 57 Ingenieros, C.A.*, estableció lo siguiente:

La autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior. (*Vid.* sentencia N° 380 del 8 de junio de 2015, caso *Hernán Alexander Rodríguez Colmenarez contra Eli Lilly y Compañía de Venezuela, S.A.*).

Asimismo en sentencia n° 100 del 10 de mayo de 2000 (caso: *Alexis Rafael Moreno López contra Asociación de Jubilados y Pensionados de las Alcaldías del Estado Apure*), esta Sala sostuvo:

(...) la cosa juzgada institución del Derecho Procesal Civil, que evita un nuevo pronunciamiento sobre una sentencia definitivamente firme, en virtud de la existencia de un mandato expreso, inmutable e inmodificable de un Juez, evitando así la inseguridad jurídica que produciría una nueva decisión sobre una materia ya decidida, es decir, un Juez no puede conocer de la decisión definitivamente firme de otro, porque de lo contrario existiría una violación al marco jurídico establecido, que se configuraría una ineficacia absoluta en la administración de justicia.

(*Omissis*)

(...) La autoridad de la cosa juzgada dimana del *ius imperium* del órgano jurisdiccional legítimo que ha dictado el fallo “en nombre de la República y por autoridad de la Ley”.

Bajo el contexto legal y jurisprudencial que antecede, aprecia este alto Tribunal que una vez determinada la identidad de las partes, el objeto y el título, es decir, los supuestos de procedencia de la institución procesal de la cosa juzgada, procede su declaratoria y la misma presupone: a) la inimpugnabilidad del fallo, es decir, que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede ser revisada por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos; b) la inmutabilidad, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente por no ser posible sustanciar un proceso por el mismo tema, es decir, no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; y c) la coercibilidad, que consiste en la eventualidad de una ejecución forzada en los casos de sentencia de condena.

Expuesto lo anterior, la recurrida al momento de establecer la fecha de finalización de la relación de trabajo objeto de la presente causa, señaló lo siguiente:

2.2.- DURACIÓN Y FORMA DE EXTINCIÓN DEL VÍNCULO DE TRABAJO.

(*Omissis*).

Con relación a la fecha de extinción, el juzgador entiende que confesado por la parte demandante que estuvo de reposo médico desde el 08 de agosto de 2008 hasta el 31 de diciembre del mismo 2008 y no constar que ulteriormente notificara a su patrono la causa que lo imposibilitara para asistir al trabajo, persuade para sostener que el trabajador, por voluntad unilateral, dio por terminada la relación dependiente el 31 de diciembre de 2008.

En otras palabras la relación de trabajo duró dos (2) años, cinco (5) meses y dieciocho (18) días por cuanto empezara el 20 de febrero de 2006 pero fuera suspendida el 08 de agosto de 2008 conforme a lo establecido en el art. 97 LOT (aplicable *ratione temporis*), que literalmente disponía «...La antigüedad del trabajador comprenderá el tiempo servido antes (...) de la suspensión...». (Sic).

De la sentencia parcialmente transcrita, la Sala observa que el *ad quem* estableció que la relación de trabajo culminó el 31 de septiembre del 2008, por cuanto el accionante en su declaración de parte confesó que estuvo de reposo médico desde el 8 de agosto de 2008 hasta el 31 de diciembre del mismo año, así señaló que no consta en autos pruebas que demuestren que el demandante notificara al patrono las causas que lo imposibilitaron asistir a su puesto de trabajo culminado el reposo, concluyendo el juez superior que el actor dio por terminada la relación de trabajo por voluntad unilateral el 31 de diciembre de 2008.

En este sentido, con el propósito de verificar lo delatado por el actor con relación a la violación al principio de la cosa juzgada, en cuanto a la fecha de finalización de la relación de trabajo, se hace necesario citar la sentencia de esta Sala n° 841 del 22 de septiembre de 2015, la cual dispuso:

De la decisión parcialmente transcrita, esta Sala observa que el juez de la recurrida, estableció, en primer lugar, que la relación de trabajo finalizó el 8 de agosto de 2010, determinando que indudablemente la acción se encontraba prescrita de conformidad con lo preceptuado en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, por cuanto la demanda fue incoada el 29 de junio de 2012, momento para el cual había transcurrido más de un (1) año y dos (2) meses **contados a partir de la fecha de finalización de la relación de trabajo –8 de agosto de 2010–**. Asimismo, dispuso que no constaba en autos que dicho lapso se hubiera interrumpido por alguno de los mecanismos que ofrece el artículo 64 *eiusdem*, y que, con relación al proceso relativo al expediente AP21-L-2011-001941, “*en el mismo se reclaman conceptos distintos a los demandados en el presente juicio y, en consecuencia, el mismo no interrumpía la prescripción*”.

(*Omissis*).

Con relación a los momentos a partir de los cuales resultan ininterrumpidos los lapsos de prescripción en el caso bajo análisis, resulta oportuno destacar lo siguiente:

El ciudadano José Miguel Marchena Espinoza prestó servicios para la sociedad mercantil Festejos Mar, C.A., hasta el 8 de agosto de 2010, interponiendo una primera demanda contra la aludida compañía el 18 de abril de 2011, siendo ésta notificada del proceso instaurado en su contra el 8 de junio de 2011, concluyendo el juicio con la declaratoria de desistimiento el 30 de junio de 2011. Luego el 29 de junio de 2012, el accionante recurrente presenta nuevamente demanda por concepto de prestaciones sociales y otros conceptos laborales contra la misma empresa, que da inicio al caso de autos, siendo notificada la demandada en fecha 25 de septiembre de 2012 (ff. 92 y 93).

(*Omissis*).

Del criterio jurisprudencial, *supra* transcrito, el cual ha sido aplicado por analogía a casos como el de autos, se da una interpretación extensiva al artículo 203 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y se colige que el lapso de prescripción no podría correr durante la pendencia del proceso, donde el lapso de prescripción habría quedado válidamente interrumpido con la notificación judicial

verificada en el curso del mismo; por lo que en el asunto que nos ocupa, tomando en consideración que la declaratoria de desistimiento ocurrió en presencia de la contraparte, quedando ésta notificada de la decisión, el nuevo cómputo para contar el lapso de prescripción de la acción debe efectuarse a partir de la sentencia que declaró extinguido el proceso, es decir, el 30 de junio de 2011. Así se establece.

(*Omissis*).

Ahora, teniendo en consideración que la fecha desde la cual comenzó a correr la prescripción en el caso de autos fue el 30 de septiembre de 2011, constatando esta Sala de la revisión del expediente, que la demanda fue interpuesta el 29 de junio de 2012, esto es, nueve (9) meses y veintinueve (29) días después de comenzar a transcurrir el lapso de un (1) año para declarar la prescripción de la acción por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, conforme lo dispone el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, y verificado que la sociedad mercantil accionada fue notificada el 25 de septiembre del mismo año, habrían transcurrido un total de once (11) meses y veinticinco (25) días, **por lo que la acción no se encontraba prescrita**. Así se establece. [Énfasis añadido].

Del fallo reproducido en su parte pertinente, se observa que esta Sala determinó que la fecha de finalización de la relación de trabajo entre el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza y la sociedad mercantil Festejos Mar C.A., fue el 8 de agosto de 2010 y que la acción no se encuentre prescrita, así quedó establecido.

Visto lo anterior, la Sala procede a examinar si en el presente asunto se da la triple identidad:

En relación con la identidad de partes, se aprecia que el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza y la sociedad mercantil Festejos de Mar, C.A., comparecen al juicio, con el mismo carácter del anterior, demandante y demandada, respectivamente.

En cuanto a la identidad de objeto, de acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de casación y el escrito libelar, se observa que la demanda se fundamenta en el cobro de la prestaciones sociales y demás conceptos laborales derivados de la relación de trabajo, tales como prestación por antigüedad e intereses, horas extras diurnas y nocturnas, bono nocturno, domingos y feriados trabajados, días de descanso, utilidades vencidas, utilidades fraccionadas 2009-2010, vacaciones vencidas, bono vacacional vencido, vacaciones fraccionadas 2009-2010, bono vacacional fraccionado 2009-2010, beneficio de alimentación y salarios pendientes por cobrar; es decir, que el objeto es el mismo.

Por último, en cuanto a la identidad de causa, en el presente asunto, el juez *ad quem* declaró como fecha de finalización de la relación de trabajo el 31 de septiembre de 2008, aspecto que fue previamente decidido en sentencia de esta Sala n° 841 del 22 de septiembre de 2015, *supra* referida.

En atención a los razonamientos expuestos, la Sala concluye que la decisión recurrida incurrió en la violación de los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y del principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, al establecer que la fecha de finalización de la relación de trabajo fue el 8 de agosto de 2008, cuando existe un pronunciamiento previo de esta Sala que determinó que la fecha de finalización del vínculo laboral fue **el 8 de agosto de 2010** (sentencia de esta Sala n° 841 del 22/9/2015), en consecuencia, con influencia

determinante en el dispositivo del fallo; lo que conlleva a declarar procedente la denuncia analizada y con lugar el recurso de casación ejercido.

En tal sentido, se anula el fallo recurrido, resultando inoficioso conocer las restantes delaciones formuladas, pues de conformidad con el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, corresponde a esta Sala decidir el fondo de la presente controversia, lo que procederá a efectuar en los términos siguientes:

DECISIÓN DE MÉRITO

-
El ciudadano **José Miguel Marchena Espinoza**, alegó, en su **escrito libelar** (ff. 1 al 15 y reforma ff.109 al 220 pieza n° 1) que ingresó a prestar servicios de manera personal, subordinada y dependiente el 15 de octubre de 1998 con el cargo “*mesonero*” en la entidad de trabajo Festejos Mar C.A., hasta el 8 de agosto de 2008, fecha en la cual comenzaron los reposos ordenados por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, por haber desarrollado una enfermedad ocupacional, de 12 meses más (prorrogado por 12 meses más hasta el 8 de agosto de 2010).

Alega que la jornada de trabajo era diurna, mixta y nocturna, los horarios estaban comprendidos de la manera siguiente:

La jornada mixta (diurna-nocturna) era desde las 2:00 p.m. a 1:00 a.m. con una o dos horas de descanso si la jornada se extendía hasta la 6:00 a.m., es decir, la jornada de trabajo duraba 9 horas de trabajo si el festejo o evento se prolongaba, la jornada mixta era desde las 5:00 a.m. hasta la 1:00 p.m. con una hora y media de descanso o dos si laboraba hasta la 3:00 p.m.

La jornada diurna mixta estaba comprendida entre las 8:00 a.m. a la 1:00 p.m. laborando nueve horas y media con una hora y media o dos horas de descanso.

Que laboraba de martes a domingo con el lunes de descanso.

Que además del salario fijo el patrono se comprometió a pagarle el 10% de la comisiones (propinas dejadas por el cliente), que constituía la parte variable del salario.

Alega que la demandada lo sometió a cumplir una jornada de trabajo de 10 o más horas diarias, resultando más de sesenta (60) horas semanales.

Que durante el período de reposo y sus sucesivas prolongaciones ordenadas por el médico especialista tratante, no percibió pago alguno ni monto correspondiente por prestaciones sociales por parte de la empresa demandada.

Que posteriormente acudió a la Inspectoría del Trabajo a los fines de obtener el pago de los salarios retenidos.

Que la propina era pagada por la empresa en efectivo, ya que luego de finalizado del evento le era cancelado el monto por tal concepto a través de un sobre, evadiendo con ello el pago de un salario real a fin de evitar obligaciones futuras.

Que el último salario promedio por mes ascendió a Bs. 5.045,18 que incluye la propina de Bs. 1.420,00.

Finalmente demanda a la accionada la cantidad de Bs. 917.946,52, por los siguientes conceptos:

Prestación de antigüedad	Bs. 115.828,81
Intereses sobre antigüedad	Bs. 74.763,17
Horas extras diurnas	Bs. 22.599,17
Horas extras nocturnas	Bs. 110.804,60
Bono nocturno	Bs. 18.648,32
Domingos trabajados	Bs. 129.408,87
Días feriados trabajados	Bs. 7.100,00
Días de descanso	Bs. 30.293,33
Utilidades vencidas	Bs. 113.221,86
Utilidades fraccionadas 2009-2010	Bs. 6.344,07
Vacaciones vencidas	Bs 89.710,08
Bono vacacional vencido	Bs. 35.956,67
Vacaciones fraccionadas 2009-2010	Bs. 6.537,08
Bono vacacional fraccionado 2009-2010	Bs. 6.344, 07
Beneficio de alimentación	Bs. 69.817,50
Salarios pendientes por cobrar	Bs. 87.971,03

Alegatos de la parte demandada

La accionada, en la contestación a la demanda (*ff.* 50 al 113 pieza n°2), aduce lo siguiente:

Como punto previo la prescripción de la acción al considerar que desde el momento en que prestó el servicio el trabajador, hasta la fecha de interposición de la demanda, transcurrió con creces el lapso previsto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997).

Aduce que desde el ocho (8) de agosto de 2008 hasta el 30 de diciembre de 2008, estuvo suspendida la relación de trabajo a razón de siete (7) reposos que en su oportunidad fueron tempestivamente validados por la Directora del Centro Médico adscrito al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) .

Sostiene que los referidos reposos ordenaban el reintegro a su puesto de trabajo a partir del 31 de diciembre de 2008, orden que jamás fue acatada por el trabajador, toda vez que lejos de acudir a la empresa a consignar otros reposos que evidenciarán otras prorrogas del mismo, la actora no cumplió con la carga de demostrar que se encontraba ante una presunta contingencia de carácter médico.

Que el actor jamás manifestó las razones o causas de poner fin al contrato individual de trabajo suscrito el 20 de febrero de 2006, siendo hasta el día 18 de abril de 2011, cuando acudió ante los tribunales laborales a incoar acción por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos, la misma se encontraba totalmente prescrita.

Que en la oportunidad en que la parte actora dejó de prestar servicio, es decir, el 31 de diciembre de 2008, hasta la oportunidad en que fue notificada la sociedad mercantil Festejos Mar C.A., había transcurrido un período de dos (2) años cinco (5) meses y ocho (8) días.

Que desde el día en que se interpuso la primera demanda hasta el momento en que se notificó de la segunda demanda con su respectiva reforma del expediente signado con el número AP21-L-2012-002659, operó la prescripción anual.

Que la parte actora dejó de cumplir con una de las obligaciones establecidas en el contrato de trabajo, por cuanto debió presentarse desde el día 31 de diciembre de 2008, toda vez que a su decir, el plazo para el reposo venció el 31 de diciembre de 2008 y no otro día distinto.

Igualmente alegó la falta de cualidad pasiva de los ciudadanos Benito Francisco Rodríguez Sobral, Libertad Rodríguez de Rodríguez, Francisco Rodríguez Rodríguez, Javier Rodríguez Rodríguez, Margarita Rodríguez Rodríguez y Alejandro Rodríguez Rodríguez, demandados en su condición de miembros de la junta directiva, al poseer la empresa Festejos Mar C.A., un patrimonio distinto al de los socios accionistas.

Señala que la accionada sí cumplió con el deber de inscripción y registro de la parte actora ante el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS).

Que el demandante permaneció ausente de modo absoluto de su lugar de trabajo debiendo reintegrarse el día 31 de diciembre de 2008, en razón de un reposo médico, es decir, excedió las 52 semanas establecidas en la Ley de Seguro Social.

Hechos admitidos

La accionada reconoce que la parte actora, ciudadano José Miguel Marchena Espinoza prestó servicios como *mesonero*.

Hechos negados

Que la parte actora haya ingresado a la empresa Festejos Mar C.A., el 15 de octubre de 1998, pues a su decir, comenzó a través de la suscripción de un contrato individual de trabajo, el 20 de febrero de 2006.

Que la relación laboral haya culminado el día 8 de agosto de 2010.

Que el accionante haya percibido salarios normales, mixtos compuestos por propinas o comisiones de 10%, al inicio y culminación de la relación laboral.

Límites de la controversia

Se encuentra fuera de la controversia la existencia de la relación de trabajo, el cargo desempeñado (mesonero), la fecha de culminación de la misma (8 de agosto de 2010) por decisión de esta Sala n° 841 del 22 de septiembre de 2015 (*supra* mencionada), en la que se decidió que el nexo laboral entre la parte actora ciudadano José Miguel Marchena Espinoza y la sociedad mercantil demandada Festejos Mar, C.A., culminó en esa fecha, y que no se encuentra prescrita la acción.

Así, de acuerdo con lo sostenido por el demandante y la accionada queda controvertido:

La fecha de inicio del vínculo y la remuneración percibida por el trabajador; así como la procedencia de los conceptos demandados.

En este sentido, dado los términos en los que ha quedado trabada la *litis*, es preciso referir con base en el criterio sostenido por esta Sala respecto al régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral, en sentencia n° 419 del 11 de mayo de 2004 (caso: *Juan Rafael Cabral Da Silva* contra *Distribuidora La Perla Escondida, C.A.*), que le corresponde a la demandada -visto que está admitida la relación de trabajo- demostrar la falta de cualidad pasiva de los miembros de la junta directiva Festejos Mar, C.A., la modalidad del salario percibido por el actor, así como la fecha de inicio y culminación de la relación laboral; correspondiéndole al demandante la carga de acreditar los conceptos extraordinarios peticionados.

En relación a la defensa de fondo opuesta por la demanda sobre la prescripción de la acción, se reitera que en sentencia de esta Sala n° 841 del 22 de septiembre de 2015 (anteriormente referida), decidió que la relación laboral entre la parte actora ciudadano José Miguel Marchena Espinoza y la sociedad mercantil accionada Festejos Mar, C.A., culminó el 8 de agosto de 2010 y que la acción no está prescrita, ordenando reponer la causa al estado de que el juez de primera instancia decidiera el fondo del asunto, asunto que se encuentra definitivamente firme y con carácter de cosa juzgada.

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

Pruebas de la parte actora:

Documentales:

Marcadas “C-1”, “C-2”, consignó copias fotostáticas de constancias de trabajo suscritas por la sociedad mercantil Festejo Mar C.A., cursantes a los folios 3 y 4 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala las desestima

por cuanto fueron impugnadas por la parte demandada y la parte actora no logró acreditar su certeza con la presentación de los originales o con auxilio de otro medio de prueba que demuestren su existencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcadas “C-3” y “C-4”, consignó en originales constancias de trabajo, de fechas 9 de junio de 2008 y 22 de julio de 2008, emanadas de la empresa a favor del ciudadano José Miguel Marchena Espinoza cursantes a los folios 5 y 6 del cuaderno de recaudos n° 4, a estas instrumentales se les otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, donde se observa la fecha de inicio de la relación laboral 20 de febrero de 2006, que el actor devengaba un salario promedio de Bs. 3.625,18; conformado por salario mínimo de Bs.799, 22 más “*promedio variable*” de Bs. 2.825,96, en los meses de junio y julio del 2008.

Promovió copias certificadas del asunto n° AP21-L-2011-001941 con ocasión del procedimiento de cobro de prestaciones sociales incoado por el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza, contra la empresa Festejos Mar C A., cursantes a los folios 7 al 62 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala de Casación Social las desestima por irrelevantes, en virtud que la prescripción alegada no es un hecho controvertido, por haber sido resuelta en sentencia n° 841 de 22 de septiembre de 2015 (folio 419 al 431 de la pieza n° 2 del presente expediente), *supra* referida.

Marcado con el alfanumérico “R1”, presentó copia simple de recibo de pago correspondiente al año 2007, cursante al folio 63 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala no le otorga valor probatorio, por cuanto fue impugnada por la contraparte.

Marcados con los alfanuméricos “R2”, “R3”, “R4”, “R5”, “R6”, “R7”, “R8” “R9”, “R10”, “R11”, “R12”, “R13” y “R14”, consignó copias simples de recibos de pagos correspondientes a los años 2007 y 2008, suscritos por la empresa demandada Festejos Mar C.A., a favor del ciudadano José Miguel Marchena Espinoza, cursantes a los folios 64 al 76 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala les otorga valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto no fueron impugnadas por la parte demandada, evidenciándose de los mismos los pagos por conceptos de salario, bono nocturno, domingos trabajados, bono, días de descanso eventuales, salario tarifa 3 blanca nocturna, salario tarifa 3 domingo/feriado blanca y tarifa 3 blanca diurna.

Marcadas con las letras y números “U1”, “U2”, “U3” y “U4”, promovió copias simples de recibos de pagos de los años 2007 y 2008, emanados de la empresa demandada Festejos Mar, C.A., a favor del ciudadano José Miguel Marchena Espinoza, cursantes a los folios 77 al 80 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala les otorga valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, evidenciándose el pago de utilidades 2007 a razón de Bs. 1.120,92, intereses de prestaciones Bs. 297,18 y complemento de utilidades Bs. 239,18.

Promovió cursantes a los folios 81 al 85, 101 al 112, 201 al 208 del cuaderno de recaudos n° 4, certificación emitida por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), mediante el cual certifica que el trabajador padece de una hernia discal C3-C4-C5-C6 y L4-L5-S1, considerada

como una enfermedad agravada por las condiciones de trabajo que le condiciona una Discapacidad Parcial y Permanente; informe de incapacidad residual emitido por el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), Dirección General de Salud, Comisión Nacional de Evaluación de Incapacidad residual del 22 de agosto de 2011, el cual certifica una incapacidad al ciudadano José Miguel Marchena Espinoza de un (67%); descripción de actividades; orden de trabajo n° MIR09-0165; informe de investigación de origen de la enfermedad; declaración de actividades; expediente técnico donde consta la investigación de origen de la enfermedad y monto de indemnización, a las cuales esta Sala les otorga pleno valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 10 y de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo por tratarse de documentos públicos administrativos.

Marcado con el número 5.5, consignó original de informe médico emitido por la sociedad mercantil Centro de Diagnóstico Biomagnetic, C.A., realizados al accionante ciudadano José Miguel Marchena Espinoza, cursantes a los folios 87 al 88 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala no les otorga valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 79 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo por cuanto emana de un tercero, en consecuencia debió ser ratificada.

Marcadas con el número 5.6, promovió copias de documentales relativas a la solicitud de prórroga de la Dirección de Afiliación y Prestaciones en Dinero División de Prestaciones (forma 14-76) del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, cursantes a los folios 89 al 92 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala desestima su valoración de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por ininteligibles, ya que no se evidencia en forma clara y concreta su contenido.

Marcadas con el número 5.7 original de la evaluaciones de incapacidad residual (14-08), cursantes a los folios 93 y 94 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala desestima su valoración de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por ininteligibles, ya que no se evidencia en forma clara y concreta su contenido.

Marcadas con el número 5.8, presentó comunicación del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) del 5 de abril de 2011 y hoja de consulta emitida por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), adscrito al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, cursantes a los folios 95 y 96 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala las valora de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de las mismas se desprende repuesta del oficio del 25 de marzo de 2011, donde informan que el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza estuvo de reposo por 52 semanas, asimismo que se le emitió tres prorrogas, y el 29 de de septiembre de 2010 se emitió la forma 14.08 que se encuentra archivada en la historia clínica del paciente.

Marcadas con el número 5.9, promovió originales de certificación de incapacidad emitida por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), cursantes a los folios 209 al 236 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala les otorga valor probatorio por cuanto se trata de documentos administrativos, demostrativo de la fecha correspondiente los diversos reposos otorgados al ciudadano José Miguel Marchena Espinoza y la fecha de reintegro a su puesto de trabajo.

Marcadas con el número 5.10, consignó copias a color del certificado de incapacidad del demandante ciudadano José Miguel Marchena Espinoza y solicitud del servicio médico, cursantes a los folios 97 al 100 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala las desecha de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto nada aportan a la resolución de los hechos controvertidos.

Marcadas con los números 1 al 7, promovió las documentales correspondiente a relación de los datos ocupacionales, información del centro de trabajo, información del accidente, cursantes a los folios 113 al 121 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala las desestima por cuanto nada aporta a la resolución de los hechos controvertidos.

Cursantes a los folios 122 al 132 del cuaderno de recaudos n° 4, promovió escrito relativo a consignación de documentos requeridos en el acta de informe levantada por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), adscrito a la DIRESAT Miranda, en la sede de la compañía, el 20 de marzo de 2009, así como el instrumento poder que acredita su representación, esta Sala las desecha por cuanto no aportan al tema en controversia.

Marcada “D” comunicación del 19 de marzo de 2009 emitida por la sociedad mercantil Festejos Mar, C.A. y dirigida al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), mediante la cual hace entrega a dicho organismo, las documentales correspondientes a solicitud de contrato de trabajo, contrato de trabajo, citación del instituto, formulario 14-100 recibido por el trabajador y consulta de movimientos de salario bajo el sistema *Tiuna*, cursante al folio 133 del cuaderno de recaudos n°4, esta Sala la desestima por cuanto no aporta al tema en controversia, en virtud que hace constar la remisión de los referidos instrumentos por parte de la accionada al mencionado ente.

Marcados “E.1”, “F.1” “G.6” y “G.7”, consignó copias simples de registro de asegurado del trabajador en la empresa Festejos Mar, C.A., contrato individual de trabajo celebrado entre Festejos Mar, C.A. y el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza, liquidación de vacaciones del 13 de febrero de 2007 y comunicación de 1° de febrero de 2007, cursante a los folios 134 al 140, y 195 al 200 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala les confiere valor probatorio de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, demostrativas de la fecha de ingreso del actor a la compañía demandada (20 de febrero de 2006), del cargo de desempeñado como mesonero, del salario pactado “*a destajo*” correspondiente a una cantidad en bolívares “*por festejo o evento que variará según se trate de un evento en jornada diurna o nocturna o festejo en día hábil o feriado o de descanso*”, liquidación de vacaciones y bono vacacional de fecha 13 de febrero de 2007, perteneciente al período 2006-2007, así como disfrute de vacaciones del lapso 2005-2006.

Marcadas “H” e “I”; promovió copias simples de las instrumentales correspondientes a manual descriptivo de cargos relativas a las funciones de mesonero (folios 141 al 144 del cuaderno de recaudos n° 4) y *Constancia de Trabajo para el I.V.S.S.* (folio 145 del cuaderno de recaudos n° 4), a la primera esta Sala, si bien le confiere valor probatorio, su mérito es irrelevante por cuanto las labores desempeñadas por el actor no están discutidas, por tal motivo se desecha; en cuanto a la constancia esta Sala le otorga valor probatorio, de la misma se

evidencia los salarios percibidos por el demandante durante los años 2006, 2007 y 2008, así como la fecha de ingreso el 20 de febrero de 2006.

Promovió copias simples de las documentales correspondientes a relación de pago del año 2005, copia de libreta de ahorro de la entidad financiera Banco Exterior, C.A. Banco Universal, así como movimiento de la referida cuenta, cursantes a los folios 148 al 180, 237 al 277 del cuaderno de recaudos n° 4, esta Sala nos las valora por cuanto fueron impugnadas por la parte demandada, de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Promovió copias simples de las instrumentales correspondientes a mesa de técnica, informe complementario de investigación, certificación del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), certificado de incapacidad residual, cursantes a los folios 181 al 193 del cuaderno de recaudos n° 4, dichas instrumentales fueron objeto de impugnación, sin embargo, detentan valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto se trata de documentos administrativos; no obstante, su mérito probatorio es irrelevante en consideración al tema objeto de controversia.

Promovió certificados de incapacidad emitidos por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), a favor del ciudadano José Miguel Marchena Espinoza, cursante a los folios 209 al 236 del cuaderno de recaudos n° 4, así como al folio 15 del cuaderno de recaudos n° 7, esta Sala desestima su valoración de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por ininteligibles, ya que no se evidencia en forma clara y concreta su contenido.

Promovió documentales referentes al estado de cuenta emitidos por el Banco Exterior, cursantes a los folios 278 al 294 del cuaderno de recaudos n° 4, así como copias simple de *nota de embalaje* de cristalería, cubiertería, mantelería y mobiliario para un evento que riela al folio 3 del cuaderno de recaudos n° 6, esta Sala las desecha en virtud de que el primero emana de un tercero ajeno al proceso y no fue ratificado mediante otro medio de prueba; por su parte la *nota de embalaje* no se encuentra suscrita en tal sentido, se desconoce su autor.

Cursan a los folios 3 al 7, 9, 11 al 19, 23 al 40, 46, 48 al 67, 69, 71 al 80, 82 al 86, 88 al 97, del cuaderno de recaudos n° 2; 3 al 17, 20 al 43, 49 al 53, 56 al 58, 64 al 71 del cuaderno de recaudos n° 3; 4 al 6, 9 al 10, 14 al 18, 20 al 22, 25 al 48, 53, 55 56, 57, 59 al 60, 62 al 64, 67, 69, 70, 74, 77, 78, 80, 84, 90, 91, 94 al 96 del cuaderno de recaudos n° 6; 5 al 9, 21 al 23, 25, 43 al 46, 51, 53, 64, 69 al 71, 74, 86 al 87, 90 al 98, 103 al 110 del cuaderno de recaudos n° 7, distintas tarjetas de invitación de los eventos a los cuales asistió en calidad de trabajador el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza, dichas documentales fueron impugnadas por la parte demandada, en consecuencia, esta Sala no les otorga valor probatorio, en virtud que no están suscritas.

Cursan a los folios 44 y 74 del cuaderno de recaudos n° 3 folios 12, 13, 19, 23, 24, 49 al 52, 54, 58, 61, 65, 66, 68, 71, 75, 76, 79, 81 al 83, 85 al 89, 92 al 93 del cuaderno de recaudos n° 6, folios 10 al 14, 19, 20 24, 26 al 27, 47 al 50, 52, 65 al 68, 79 al 82, 88. 89, y 99 al 102 del cuaderno de recaudos n° 7, recibos de pagos del

trabajador emitidos por la empresa demandada, esta Sala les otorga valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de los mismos se desprenden los pagos a favor del accionante por concepto de salario, bono nocturno y días de descanso correspondiente al año 2007.

Copias simples de documentales referentes a las condiciones generales del contrato de subasta emitidas por la Fundación Venezolana de Pro-cura de la Parálisis y pautas del evento, cursantes a los folios 3 y 4 del cuaderno de recaudos n° 7, y a los folios 54 y 55 del cuaderno de recaudos n° 3, esta Sala las desecha de conformidad con los artículos 10 y 79 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto emanan de tercero.

Marcadas con el numero 238, originales de las documentales concernientes a distintos “vale” de salida de almacén, relación de pasapalos del 18 de abril de 2008, cursantes a los folios 75 al 78 del cuaderno de recaudos n° 7, esta Sala las desecha por cuanto nada aportan al tema en controversia.

Copias certificadas de actuaciones administrativas de la Inspectoría del Trabajo en el Área Metropolitana de Caracas, y anexos del expediente signado con el n° 027-09-03-04038 y n° 027-2009-06.00404, con ocasión al procedimiento por retención de salario intentado por la parte actora contra la empresa Festejos Mar, C.A., cursantes a los folios 3 al 239 del cuaderno de recaudos n° 5 esta Sala le confiere pleno valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, demostrativas de solicitud de reclamo de retención de los salarios durante el período de reposo del trabajador ciudadano José Miguel Marchena Espinoza.

Copias simples relativas a la relación de pago año 2005, ilustración de pruebas para la determinación de las horas extras y relación diaria de “mesonero”, cursante a los folios 240 al 355 del cuaderno de recaudos n° 5, esta Sala las desecha por cuanto fueron atacadas por la parte accionada en su debida oportunidad procesal.

Prueba de exhibición:

La parte actora solicitó que se requiera a la sociedad mercantil demandada exhibir los originales de los recibos de pago semanales desde el inicio de la relación laboral, es decir, a partir del 15 de octubre de 1998 hasta el 8 de agosto de 2010, comprobantes de pago de las vacaciones de los períodos 1998-1999, 1999-2000, 2000-2001, 2001-2002, 2002-2003, 2003-2004, 2004-2005, 2005-2006, 2006-2007 y 2007-2008, sus correspondientes bonos vacacionales, recibos de pago por concepto de utilidades años 1999 al 2007, fracción año 2008, nóminas correspondiente a la relación laboral del Trabajador a partir del 15 de octubre de 1999 hasta el 8 de agosto de 2010, así como relación diaria de mesoneros durante los años de prestación de servicio desde el 15 de octubre de 1998 hasta el 8 de agosto de 2010; la parte demandada no las exhibió señalando que consignaba conclusión de Informe Criminalístico y Reporte Básico de Actuación del Cuerpo de Bomberos del Municipio Hatillo-Chacao con ocasión del siniestro por incendio acaecido en la sede de Festejos Mar, C.A., (folios 235 al 257 pieza n° 2), no imputable a su representada y que en razón de ello, quedó destruida la mayoría de la documentación anterior al año 2011. Esta Sala no le aplica la consecuencia jurídica establecida en el artículo 82 de la Ley Orgánica

Procesal del Trabajo, por cuanto la parte accionada presentó argumentos y documentos fehacientes que demuestran la imposibilidad de presentar las documentales objeto de exhibición.

Testimoniales:

De los ciudadanos Urdaneta Mogollón, Wilmer Silvestre, Job Ospino Gómez, Edgar Hernández Aldison, y José Luis Bastardo Arreaza, los cuales no comparecieron a la audiencia de juicio a rendir declaración, motivo por el cual la Sala no tiene materia que analizar.

En cuanto a la deposición del ciudadano Carlos Julio Rincón Jaime se desprende lo siguiente:

Que comenzó a laborar en el año 1994 como mesonero de la empresa Festejos Mar hasta el año 1997, que existen listas donde están incluidos los mesoneros y son dirigidos al Banco Exterior, así como nóminas de la empresa, que pasaron a ser personal fijo a partir del año 2006, que su horario era de martes a domingo, que estaba inscrito en el Seguro Social Obligatorio después del año 2006, que siempre su pago era semanal, que llegaban a las 2:00 p.m. y salían a la 5:00 a.m., que le pagaban horas extras y propina, que habían dos grupos de mesonero, unos de las valles y otros de la Quinta Esmeralda, que se retiró de la empresa demandada por reclamar sus derechos, que conoce a la parte actora ya que era mesonero de la Esmeralda, que demandó a la empresa.

Se evidencia de la declaración que la parcialidad del testigo se encuentra comprometida en virtud de la demanda que ejerció contra la accionada, motivo por el cual esta Sala desestima la referida testimonial conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Prueba de informes:

Dirigida a la entidad financiera Banco Exterior, C.A., Banco Universal (sede Chacao) dichas resultas no constan a los autos, en tal sentido esta Sala señala que no hay asunto que analizar.

Pruebas de la parte demandada:

Documentales:

Marcado "B", consignó copia simple de la planilla de Incapacidad Residual emitida por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), adscrito al Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, cursante al folio 3 del cuaderno de recaudos n° 1, de la misma se evidencia un porcentaje de pérdida de 50% de capacidad para el trabajo, la parte actora la desconoció e impugnó, sin embargo, esta Sala le confiere valor probatorio por tratarse de documento público administrativo, no obstante su mérito probatorio resulta irrelevante dado el tema controvertido en esta causa.

Promovió copia simple de contrato individual de trabajo celebrado entre Festejos Mar, C.A. y el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza del 20 de febrero de 2006, debidamente firmado por cada una de las partes,

marcada con la letra “C” cursantes a los folios 4 al 7 del cuaderno de recaudos n° 1, la parte actora no lo reconoció, por lo tanto esta Sala no le otorga valor probatorio, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Marcado C”-1”, promovió copia simple de comunicación del 26 de febrero de 2009, suscrito por la parte actora ciudadano José Miguel Marchena Espinoza solicitando los ejemplares del contrato de trabajo del 20 de febrero de 2006, cursantes a los folios 8 al 9 del cuaderno de recaudos n° 1, esta Sala desestima su valoración, por cuanto nada aporta a la resolución de los hechos controvertidos.

Marcados anexos “D”, “D-1”, “E”, “E.1”, “E.2”, “E.3”, “E.4”, “E.5”, “E.6” y “E.7”, copias simple y certificada de las documentales correspondientes al Registro de asegurado del trabajador, constancia de trabajo para el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, comunicación del 3 de marzo de 2009 y certificados de incapacidad del trabajador, cursantes a los folios 10 al 18 del cuaderno de recaudos n° 1, esta Sala las valora de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se desprende la fecha de ingreso (20 de febrero de 2006) del ciudadano José Miguel Marchena Espinoza así como el cargo de mesonero.

Marcada “E.8”, consignó copia simple de comunicación del 8 de enero de 2009, emitida por Festejos Mar, C.A., dirigida al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, cursante al folio 20 del cuaderno de recaudos n° 1. Esta Sala desestima su valoración, conforme lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto emana de la parte promovente, atentando contra el principio de alteridad de la prueba.

Marcados “F”, F.1”, “F.2” “F.3” y “F.4” consignó copias simples de diversos anticipos de prestaciones sociales, cursantes a los folios 21 al 28 del cuaderno de recaudos n° 1. Esta Sala les otorga valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por cuanto fueron debidamente reconocidos por la parte actora, de las mismas se evidencian la solicitud y cancelación de anticipos de prestaciones sociales por las siguientes cantidades: Bs.1.000.000,00; Bs. 2.620.000,00 y Bs.1.047.800,00.

Marcados “G” y “G-1”, promovió copias simples de liquidación de vacaciones períodos 2006/2007 y 2007/2008 debidamente firmados por el trabajador, cursantes a los folios 29 y 30 del cuaderno de recaudos n° 1, esta Sala no les confiere valor, por cuanto fueron impugnados por el demandante por estar en copias simples.

Marcada “H”, produjo copia certificada del expediente judicial identificado bajo el alfanumérico AP21-L-2011-001941, con ocasión al procedimiento por cobro de prestaciones sociales incoado por la parte actora contra Festejos Mar, C.A., cursante a los folios 31 al 77 del cuaderno de recaudos n° 1, documental que fue promovida por la parte actora (folios 7 al 62 cuaderno de recaudos n° 4), anteriormente analizada, por lo que esta Sala reitera la valoración efectuada.

Informes:

Dirigidos a las siguientes instituciones: Banco Exterior, C.A. Banco Universal, Festejos Plaza, C.A., Festejos El Prado, C.A., Servicios Toldeca, C.A., Banquetes Gales y Festejos García 15, C.A.

En cuanto a la prueba de informes dirigida al Banco Exterior, C.A. Banco Universal, cuyas resultas constan a los folios 196 al 198 de la pieza n° 2 del expediente, mediante la cual informa que la sociedad mercantil Festejos Mar, C.A., ordenó librar pagos contra la cuenta de ahorros número 0115-0005-68-4000054466, cuyo titular es el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza y anexa relación de los montos acreditados a dicha cuenta. Así mismo adjunta nómina correspondiente a los años 2006 al 2008. Esta Sala le otorga valoración conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo a los fines de determinar los pagos realizados por la parte accionada durante la prestación de servicio del accionante.

Respecto a la informativa de la empresa Festejos Plaza, C.A., constan resultas a los folios 145 y 146 de la pieza n° 2 del expediente, mediante el cual informa que no consta ningún pago realizado a favor de la parte actora, en consecuencia, esta Sala las desestima, por cuanto nada aportan a la resolución de los hechos controvertidos.

En cuanto a las resultas de informes de la sociedad mercantil Banquetes Gales cursante al folio 151 de la pieza n° 2 del expediente, señala que no se encuentra registrado el demandante ciudadano José Miguel Marchena Espinoza, ya que nunca laboró en la referida empresa, en consecuencia, esta Sala desestima su valoración, por cuanto nada aportan a la resolución de los hechos controvertidos.

En lo concerniente a las resultas de la prueba de informes de Festejos El Prado, C.A., Servicios Toldeca, C.A. y Festejos García 15, C.A., esta Sala observa que la parte demandada manifestó desistir de las mismas al no constar a los autos sus resultas, por tanto, no hay materia que analizar.

Declaración de parte:

-

De conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el juez de juicio haciendo uso de las facultades que la ley le otorga procedió a interrogar al trabajador ciudadano José Miguel Marchena Espinoza, titular de la cédula de identidad n° V-7.950.706, parte actora en la presente causa, quien señaló:

Que estuvo de reposo médico desde el 8 de agosto de 2008 hasta el 31 de diciembre del mismo año y que lo incapacitaron el 25 de octubre de 2009.

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

La falta de cualidad pasiva de los codemandados

El actor demanda solidariamente a los ciudadanos Benito Francisco Rodríguez Sobral, Francisco Rodríguez Rodríguez Javier Rodríguez Rodríguez, Margarita Rodríguez Rodríguez Alejandro Rodríguez Rodríguez y Libertad Rodríguez de Rodríguez, en su condición de accionistas y directores de la empresa Festejos Mar, C.A.

En sentencia n° 739 del 16 de septiembre de 2013, caso: *Yetsy Marielis Depablos Vásquez* contra las sociedades mercantiles *Isbepa de Mantenimiento, C.A.* y *Mantenimiento De Limpieza Cleanco, S.R.L.* y otros, esta Sala de Casación Social estableció:

Ahora bien, la solidaridad en el pago de las obligaciones, también llamada solidaridad pasiva, está prevista en el artículo 1.221 del Código Civil, el cual establece:

La obligación es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa de modo que cada uno de ellos puede ser constreñido al pago por la totalidad, y que el pago hecho por uno solo de ellos liberte a los otros (...)

Esto quiere decir que varios deudores o sujetos pasivos de la obligación están obligados al pago de la misma obligación y el pago realizado por cualquiera de ellos libera a los otros.

La solidaridad, tanto activa como pasiva, en nuestro ordenamiento jurídico, debe ser expresa, es decir debe haber sido acordada por las partes o estar prevista en la ley, (Artículo 1.223 del Código Civil)

En el caso concreto, del análisis de las pruebas no quedó demostrado la existencia de un acuerdo o contrato donde las partes hayan establecido la responsabilidad solidaria de los directores y las compañías demandadas por las obligaciones laborales de éstas últimas, ni existe norma legal expresa en el ordenamiento jurídico aplicable a este caso que establezca dicha solidaridad, a diferencia de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores de 2012 que en su artículo 151 establece que los accionistas son solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la relación laboral, a los efectos de facilitar el cumplimiento de las garantías salariales.

En el caso de autos, del análisis de las pruebas aportadas al proceso y tomando en consideración que la relación laboral culminó durante la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), esta Sala aprecia que no quedó demostrado la existencia de un acuerdo o contrato donde las partes hayan establecido la responsabilidad de los accionistas y directores de la compañía demandada por las obligaciones laborales, tampoco se aportaron pruebas que demostrasen que el accionante prestara servicios personales y directos a favor de dichos ciudadanos, por el contrario se acreditó que prestó servicios para la entidad de trabajo accionada y si aquéllos –demandados– ejercen o ejercieron cargos directivos, fueron o son accionistas, no los hace susceptibles de responder con sus patrimonios, pues tampoco existe prueba de presunción de insolvencia por parte de la empresa demandada.

En virtud de que no quedó demostrado la responsabilidad solidaria de los ciudadanos Benito Francisco Rodríguez Sobral, Francisco Rodríguez Rodríguez Javier Rodríguez Rodríguez, Margarita Rodríguez Rodríguez Alejandro Rodríguez Rodríguez y Libertad Rodríguez de Rodríguez, demandados en su carácter de accionistas y directores de la sociedad accionada por las obligaciones laborales reclamadas, por cuanto tiene una personalidad jurídica distinta de la de sus directores y accionistas; y, al no quedar demostrado acuerdo entre las partes, ni estar previsto en la ley aplicable a esta relación laboral, esta Sala declara con lugar la falta de cualidad pasiva de los ciudadanos antes identificados. Así se decide.

En cuanto al resto de los hechos controvertidos.

1.1. Fecha de inicio y culminación de la relación laboral:

La parte actora alega en su escrito de reforma que prestó servicios para la demandada en el cargo de “mesonero” desde el 15 de octubre de 1998 hasta el día 8 de agosto de 2008, cuando “comenzaron los reposos ordenados por el INSTITUTO VENEZOLANO DE LOS SEGUROS SOCIALES por haberse ido desarrollando la ENFERMEDAD OCUPACIONAL” pero que realmente la relación laboral terminó el 8 de agosto de 2010. (Folio 111 de la pieza n° 1).

Por su parte la empresa demandada sociedad mercantil Festejos Mar, C.A., alegó que la fecha de inicio de la relación laboral fue el 20 de febrero de 2006; que el demandante estuvo de reposo médico entre el 8 de agosto de 2008 y el 30 de diciembre de 2008; que debía reincorporarse a su puesto de trabajo el 31 de diciembre de 2008 y jamás se presentó a cumplir con las obligaciones que le imponía su contrato de trabajo.

En relación a la fecha de inicio de la relación de trabajo cursan a los folios 5, 6 y 63 al 76 de cuaderno de recaudos n° 4, documentales promovidas por la parte actora constante de constancias de trabajo y recibos de pago que demuestran la fecha de inicio de la relación de trabajo, en concordancia con el contrato individual de trabajo y el Registro de Asegurado en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), en consecuencia, esta Sala establece como fecha de inicio del vínculo laboral, el 20 de febrero de 2006. Así se establece.

Con relación a la fecha de finalización de la relación laboral en sentencia n° 841 del 22 de septiembre de 2015 esta Sala de Casación Social, estableció que el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza prestó servicios para la sociedad mercantil Festejos Mar, C.A., hasta el 8 de agosto de 2010, lo cual se encuentra firme y con autoridad de cosa juzgada, cónsono con lo *supra* señalado.

Dada la motivación anterior esta Sala establece que la relación de trabajo tuvo una vigencia de cuatro (4) años, cinco (5) meses y diecinueve (19) días, por cuanto comenzó el 20 de febrero de 2006 y finalizó el 8 de agosto de 2010. Así se declara.

1.2. Determinación del salario:

Debe esta Sala pronunciarse con respecto a la base salarial percibida por el accionante alegada en su escrito libelar, siendo que a su decir, percibía un salario «fijo» más una parte variable (comisiones 10%), lo que comprende las propinas dejada por los clientes.

Por su parte la demandada negó que el salario percibido por el demandante este compuesto por una parte fija y otra variable.

Esta Sala de la revisión de la totalidad de las actuaciones cursantes en el expediente, así como de la valoración de todo el cúmulo probatorio correspondiente a las constancias de trabajo suscrita por la demandada a

favor del actor (folios 5 y 6 marcadas C-3 y C-4 de cuaderno de recaudos n° 4), evidencia, que el último salario mensual estaba compuesto por un “*sueldo mínimo*” de Bs. 799.22 más un «promedio variable» de Bs. 2.825,96.

En consecuencia, visto que la demandada no aportó prueba alguna al proceso que desvirtuara el salario señalado por el actor en su escrito libelar, se tiene como cierto que el último salario normal por mes del trabajador estaba compuesto por el salario denominado “*por unidad de tiempo*” que aparece reflejado en los instrumentos y recibos de pago que cursan insertos en los folios 5, 6 y 63 al 76 del cuaderno de recaudos n° 4 más el «*promedio variable*» de Bs. 2.825,96. Así se establece.

En lo que respecta al salario integral, el mismo está conformado por el salario normal antes expresado, la alícuota del bono vacacional (7 días más 1 día por año laborado a partir del segundo) y alícuota de utilidades (90 días).

1.3. Días de descansos y días feriados:

Respecto al salario correspondiente a los días de descanso (lunes) y feriados, por la parte variable del salario, los artículos 211, 216 y 217 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) disponen lo siguiente:

El artículo 217 *eiusdem* establece que cuando se haya convenido un salario mensual, el pago de los días feriados y de descanso obligatorio estará comprendido en la remuneración.

El artículo 216 *eiusdem* señala que el descanso semanal será remunerado con el pago del salario de un día de trabajo; y, cuando se trate de trabajadores a destajo o con remuneración variable, el salario del día feriado será el promedio de lo devengado en la respectiva semana.

Estas normas hacen una distinción entre los trabajadores que reciben un salario fijo y los que tienen un salario a destajo o variable, pues el salario de éstos últimos depende de la cantidad de trabajo realizado; y los días feriados, no son hábiles para el trabajo. De esta forma, la ley protege a los trabajadores que perciben salario variable previendo que los días en que ellos no realizan la actividad que genera su salario, como son los días de descanso y feriados, reciban una remuneración calculada con base al promedio de lo generado durante la semana, para que así su situación se equipare a la de los trabajadores que reciben salario mensual pues su remuneración comprende los días feriados y de descanso.

Asimismo, el artículo 211 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) dispone que todos los días del año son hábiles para el trabajo, excepto los días feriados; y, el artículo 212 *eiusdem* establece que son feriados los domingos, el 1° de enero, Jueves y Viernes Santo, 1° de mayo, 25 de diciembre, los señalados en la Ley de Fiestas Nacionales y los que se declaren festivos por el Gobierno Nacional, Estatal o Municipal, hasta un límite de 3 por año.

De la interpretación de estas normas en concordancia con el artículo 196 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), se entiende que normalmente la jornada de trabajo es de lunes a sábado con un día de descanso, que es el domingo, a menos que en el contrato de trabajo se establezca una jornada y horario especial, lo cual deberá ser demostrado por la parte que lo alegue.

En el presente caso la parte actora alegó en su escrito libelar que su jornada de trabajo era de martes a domingo con un día de descanso (lunes). [Folio 111 de la pieza n°1], asimismo señaló que la demandada sociedad mercantil Festejos Mar, C.A. le adeuda por días feriados trabajados Bs. 7.100,00 y por días de descanso la cantidad de Bs. 30.293,33 desde año 1998 al 2008, por su parte la accionada negó la procedencia de tales pedimentos.

Del cúmulo probatorio, específicamente de los recibos cursantes a los folios 63 al 74 del cuaderno de recaudos n° 2, esta Sala observa que la demandada pagó al actor los días de descanso y feriados laborados en los años 2007 y 2008, en cuanto al reclamo de los años anteriores, es decir, en el periodo comprendido entre 1998 al 2005, esta Sala estableció previamente que la relación de trabajo se inició en 20 de febrero de 2006, razón por la cual mal podría el actor pretender el pago de este concepto en los años antes mencionados, en consecuencia, se declara improcedente tal pedimento. Así se decide.

En relación al año 2006, no consta en el expediente prueba que demuestre que efectivamente laboró los días de descanso y feriados reclamados, hecho que el actor le correspondía demostrar y no probó, por lo que no prospera el pago. En consecuencia, se declara improcedente los días de descanso y feriados reclamados para el año 2006. Así se declara.

1.4. Horas extras diurnas, nocturnas, bono nocturno:

En cuantos a la horas extras trabajadas, la parte actora asegura haber laborado en una jornada de trabajo diurna, mixta y nocturna de martes a domingo con el día lunes de descanso, donde el patrono lo “*sometió a cumplir una jornada de trabajo de diez (10) horas o más diarias, resultando sesenta (60) horas semanales*”,

La parte demandada negó pura y simplemente que el trabajador demandante hubiese laborado horas extraordinarias.

En cuanto a tal pedimento, se reitera que las condiciones exorbitantes como las horas extraordinarias deben ser probadas por la parte demandante, cuando su procedencia haya sido expresamente negada por la accionada, aún cuando tal negativa no haya sido motivada (véase, entre otras, sentencia n° 445 del 9 de noviembre de 2000, caso: *Manuel de Jesús Herrera Suárez contra Banco Italo Venezolano C.A.*). En el caso concreto, visto que la accionada negó de forma expresa la prestación de servicios en sobretiempo, le correspondió al actor la carga de probar las horas extraordinarias demandadas, las cuales no logró probar, por lo que esta Sala declara su improcedencia. Así se declara.

Para mayor abundamiento en sentencia de esta Sala n° 636 del 13 mayo de 2008 (caso: *Peter Vladimir Quintero Sandoval* y otros contra *Festejo Mar, C.A.*) juzgó:

7) En relación a los días de descanso y feriados, horas extras diurnas, horas extras nocturnas y bono nocturno, la Sala ha establecido que estos son conceptos laborales distintos o en exceso de los legales o especiales. En dichos casos, para que pueda ser declarada la procedencia de los mismos, le corresponde a la parte demandante probar que verdaderamente trabajó en condiciones de exceso o especiales. En el presente caso, se observa que los demandantes cumplieron funciones para la accionada como mesoneros, y por máximas de experiencia se entiende que este tipo de labor requiere la prestación de servicio en horas extras, tanto diurnas como nocturnas, en días feriados y de descanso, empero, para el cálculo de tales conceptos se requiere que la parte actora demuestre cuántas horas extras fueron trabajadas, dentro de qué jornada, para determinar cuáles son diurnas y cuáles nocturnas; cuántos y cuáles días feriados y de descanso trabajaron, así como los demás elementos que lleven a la clara determinación del *quantum* de los conceptos reclamados, y de la revisión de las actas procesales se evidencia que los demandantes no cumplieron con su carga procesal de demostrar cada uno de estos elementos o factores, limitándose a presentar sin fundamentación alguna, los montos objeto de reclamo por cada concepto laboral en exceso demandado, lo que forzosamente lleva a declarar a esta Sala la improcedencia de pago de los días de descanso y días feriados, horas extras diurnas y nocturnas y bono nocturno, por no existir los medios de prueba que sustenten tal determinación. Así se establece.

1.5. Domingos trabajados:

Teniendo como premisa el criterio jurisprudencial sobre la distribución de la carga probatoria, se advierte que en el caso *sub iudice* el demandante alegó que su jornada de trabajo era de martes a domingo con día lunes de descanso.

Esta Sala reitera como se estableció en el aparte 1.3 de esta sentencia que el artículo 211 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) dispone que todos los días del año son hábiles para el trabajo, excepto los días feriados; y, el artículo 212 *eiusdem*, establece que son feriados los domingos, entendiéndose entonces que la jornada de trabajo es de lunes a sábado con un día de descanso, que es el domingo, a menos que en el contrato de trabajo se establezca una jornada y horario especial, lo cual deberá ser demostrado por la parte que lo alegue.

Al respecto, luego del estudio efectuado a las pruebas cursantes en autos, evidencia esta Sala específicamente de los recibos de pago promovidos por la parte actora (folio 63 al 64, 66 al 69 y 77 del cuaderno de recaudos n° 4), quedó demostrada la remuneración correspondiente a los días domingos laborados. En consecuencia, se declara la improcedencia del pedimento relativo al pago de los domingos laborados. Así se declara.

1.6. Los salarios dejados de percibir durante el tiempo de reposo correspondiente a los años 2008 al 2010:

Señala la parte actora que mantuvo una relación de trabajo activa hasta el 8 de agosto de 2008 y a partir de esa fecha comenzaron los reposos médicos ordenados por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, por

haber desarrollado una enfermedad ocupacional certificada por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, alegando que no recibió pago alguno por parte de la demandada, ni los salarios correspondientes.

Alega igualmente que transcurrido el año de “*reposo progresivo y prolongado por los doce (12) meses ordenan su prolongación por doces mas*” hasta el 8 de agosto de 2010. (Folio 111 de la pieza n° 1).

Por su parte la demandada adujo en su escrito de contestación de la demanda que la relación de trabajo se vio suspendida en el período comprendido entre el 8 de agosto 2008 hasta el 30 de diciembre de 2008, a razón de siete (7) reposos, señalando que los mismos ordenaban el reintegro a su puesto de trabajo a partir del 31 de diciembre de 2008, lo cual el trabajador no acató.

De conformidad con el artículo 93 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997) aplicable *rationae tempore* “*la suspensión de la relación de trabajo no pondrá fin a la vinculación jurídica existente entre el patrono y el trabajador*”. Asimismo, de conformidad con el artículo 95 *eiusdem*, “*durante la suspensión, el trabajador no estará obligado a prestar el servicio ni el patrono a pagar el salario*”.

En el caso *sub examine*, quedó establecido que el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza prestó sus servicios de manera activa hasta el 8 de agosto 2008, por cuanto estuvo de reposo médico desde el 8 de agosto 2008 hasta el 8 de agosto de 2010, tal como lo establece en su escrito libelar, en tal sentido esta Sala declara improcedente tal petición, por cuanto el demandado no estaba obligado a pagar salario durante la suspensión de la relación de trabajo, de conformidad con lo previsto en las normas antes mencionadas. Asimismo, se evidencia de la prueba marcada “D” cursante al folio 10 del cuaderno de recaudos n° 1, la planilla de inscripción en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) del demandante Así se establece.

Ahora, por cuanto la relación de trabajo estuvo suspendida por reposo médico del actor comprendido entre el 8 de agosto de 2008 al 8 de agosto de 2010, de conformidad con el literal a) del artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), en concordancia con los artículos 95 y 97 de la referida ley, se excluirá a los efectos del cómputo de las vacaciones, bono vacacional y utilidades, así como de la prestación de antigüedad, el período antes señalado.

1.7. Vacaciones vencidas y bono vacacional:

En el caso concreto, como se estableció que la relación de trabajo culminó el 8 de agosto de 2010, se aplicará la Ley Orgánica del Trabajo de 1997.

El artículo 219 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, establece que cuando el trabajador tenga un (1) año de trabajo ininterrumpido para un patrono, disfrutará de un período de vacaciones remuneradas de quince (15) días hábiles. Los años sucesivos tendrá derecho además a un (1) día adicional remunerado por cada año de servicio, hasta un máximo de quince (15) días hábiles.

Por su parte, el artículo 223 *eiusdem*, dispone que en la oportunidad de las vacaciones del trabajador, éste tendrá derecho a percibir una bonificación especial equivalente a un mínimo de siete (7) días de salario más un (1) día adicional por cada año, hasta un total de veintiún (21) días de salario. Caso contrario, recibirá la cantidad a que se haya hecho acreedor, sin perjuicio del día adicional de un (1) día de salario por año de servicio.

El artículo 224 *eiusdem* establece que cuando la relación de trabajo termine sin que el trabajador haya disfrutado de las vacaciones a que tiene derecho, el patrono deberá pagarle la remuneración correspondiente.

Por cuanto no consta en autos que el accionante haya disfrutado de sus **vacaciones** durante el período que duró la relación de trabajo entre las partes, ni mucho menos el pago correspondiente al **bono vacacional** de dicho período, se ordena su cancelación. En ese sentido, se procede a calcular dichos períodos a razón del último salario normal devengado por el trabajador demandante conforme al criterio pacífico y reiterado establecido por esta Sala, de la siguiente manera:

Período	Vacaciones	Bono vacacional
20/2/2006-20/2/2007	15	7
20/2/2007-20/2/2008	16	8
20/2/2008-8/8/2008	7,08 fracción	3,75 fracción
20/2/2009-20/2/2010	0	0
Fracción febrero-agosto 20/2/2010- 8/8/2010	0	0
Total de días	38,8	18,75

Como se expresa en el cuadro anterior, corresponde al trabajador por concepto de vacaciones vencidas y fraccionadas, la cantidad de 38,8 días, y por bono vacacional vencidos y fraccionados 18,75 días, los cuales serán calculados mediante experticia complementaria del fallo, debiendo el experto multiplicar el salario promedio devengado en el último año de servicio indicado el aparte 1.2 de esta sentencia.

1.8. Utilidades

De manera sucinta corresponde al accionante por concepto de utilidades 90 días por año, en virtud de no ser controvertida por las partes tal cantidad, correspondiéndole los días que se discriminan a continuación:

Año	Días por utilidades
20/2/2006-31/12/2006	75
1/1/2007-31/12/2007	90
1/1/2008-8/8/2008	52,5 fracción
1/1/2009-31/12/2009	0

1/1/2010-8/8/2010	0
Total de días	217,5

Como se expresa en el cuadro anterior, corresponde al trabajador por concepto utilidades la cantidad de 217,5 días, las cuales serán calculadas mediante experticia complementaria del fallo, debiendo el experto calcularlo con el salario normal promedio del año en que le haya nacido el derecho, para lo cual el perito deducirá las cantidades de Bs. 1.120,92 (folio 77 del cuaderno de recaudos n° 4) y Bs. 239,18 (folio 78 del cuaderno de recaudos n° 4) ya canceladas por este beneficio.

1.9. Bono de alimentación.

En cuanto al beneficio de alimentación la parte accionada no demostró el cumplimiento de tal mandato legal, por lo cual esta Sala declara con lugar el pago de este concepto, motivo por el cual se ordena una experticia complementaria la cual será realizada por un único experto a cargo de la demandada, el cual procederá a realizar el cálculo del bono de alimentación desde el 20 de febrero de 2006 hasta el 8 de agosto de 2010, con base al 0,25% del valor de la unidad tributaria vigente para el momento de la ejecución de la sentencia, tomando en cuenta los días laborados de cada mes. Así se decide.

1.10. Prestación de antigüedad.

Conteste con el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, los trabajadores tienen derecho después del tercer mes de servicio ininterrumpido de servicio, a una prestación de antigüedad equivalente a cinco (5) días de salario por cada mes y después del primer año de servicio o fracción superior a seis (6) meses, dos (2) días de salario adicionales por cada año, acumulativos hasta treinta (30) días de salario, se tomará lo establecido en el artículo 108 y su párrafo primero de la Ley Orgánica del Trabajo.

Fecha de inicio: 20 de febrero de 2006.

Fecha de culminación del vínculo de trabajo: 8 de agosto de 2010.

Tiempo de duración de la relación laboral: cuatro (4) años, cinco (6) meses y diecinueve (19) días, con exclusión del período de reposo comprendido entre el 8 de agosto de 2008 al 8 de agosto de 2010, como se indicó *supra*.

Periodo	Días
20/2/2006- 20/2/2007	45
20/2/2007-20/2/2008	60 +2 días adicionales
20/2/2008-20/2/2009	25
20/2/2009-20/2/2010	0
20/2/2010-8/8/2010	0
Total días	172

De manera precisa corresponde al demandante por concepto de prestación por antigüedad 172 días (en el entendido que los días adicionales deberán calcularse con el salario promedio percibido en el año) conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo (aplicable a este caso *ratione temporis*), sobre la base del salario integral de cada mes que resulte de agregar a los salarios normales de cada mes que aparecen en los documentos correspondientes a las constancias de trabajo y recibos de pago insertos a los folios 5, 6 y 63 al 76 del cuaderno de recaudos n° 4, más las alícuotas de utilidades y de bonos vacacionales sobre la base de 90 días por año (utilidades) y de 7 días + 1 día por cada año adicional (bonos vacacionales). En caso que no existieren recibos de pagos de algún período de los libelados, el perito tomará en consideración lo aseverado por el actor en la demanda.

De conformidad con lo previsto en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la jurisprudencia de esta Sala de Casación Social (sentencia n° 184 del 11 de noviembre de 2008, caso: *José Surita* contra *Maldifassi & Cía.*), se ordena el pago de los intereses de mora sobre los conceptos condenados, causados desde la fecha en la cual terminó la relación de trabajo (8 de agosto de 2010), hasta el pago efectivo, los cuales se determinarán mediante experticia complementaria del fallo por un único perito designado por el Tribunal Ejecutor; considerando para ello las tasas de interés fijadas por el Banco Central de Venezuela, según el artículo 108 literal c de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), por lo cual no operará la capitalización de los mismos, ni serán objeto de indexación.

Tales cálculos se efectuarán a través de experticia complementaria del fallo a realizar por un perito contable cuyos honorarios estarán a cargo de la parte demandada, el cual será a nombrado por el juez de la ejecución, quien se regirá por los parámetros señalados y deducirá las cantidades de Bs. 1.000,00; Bs. 2.600,00; Bs. 1.047,80; Bs. 2.000,00 y Bs. 1.200,00 ya canceladas por anticipo de prestaciones sociales en las siguientes fechas 9/19/2006, 15/6/ 2007, 15/6/2007, 30/7/2007, 3/8/2007, 21/1/2008, 27/2/2008 y Bs. 297,18 por intereses de prestaciones. (Folios 22, 24, 26, 27/CR1 y folio 78/CR4).

Asimismo, se ordena la indexación de los conceptos condenados a pagar, la cual será calculada desde la terminación de la relación de laboral (8 de agosto 2010) para la prestación de antigüedad y días adicionales e intereses desde la fecha de notificación de la demandada (3 de agosto de 2012), para el resto de los derechos acordados hasta la oportunidad del pago efectivo, su cálculo se determinará mediante experticia complementaria del fallo, tomando en cuenta el índice nacional de precios conforme a los boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela, excluyendo el lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo de las partes, y aquellos períodos en los cuales la causa estuviere paralizada por motivos no imputables a ellas, es decir, hechos fortuitos o fuerza mayor, tales 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 decide.

En mérito de las consideraciones expuestas, se declara parcialmente con lugar la demanda intentada por el ciudadano José Miguel Marchena Espinoza contra la sociedad mercantil Festejos Mar, C.A. 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 la parte actora, contra la decisión del 15 de noviembre de 2016, emanada del Juzgado Sexto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. **SEGUNDO. SE ANULA** el fallo recurrido. **TERCERO: CON LUGAR LA FALTA DE CUALIDAD** de los ciudadanos **Benito Francisco Rodríguez Sobral, Francisco Rodríguez Rodríguez, Javier Rodríguez Rodríguez, Margarita Rodríguez Rodríguez, Alejandro Rodríguez Rodríguez y Libertad Rodríguez de Rodríguez**, demandados solidariamente en su carácter de directores y accionistas. **CUARTO: PARCIALMENTE CON LUGAR LA DEMANDA** por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, interpuesta por el ciudadano **JOSÉ MIGUEL MARCHENA ESPINOZA** contra la sociedad mercantil **Festejos Mar, C.A.**

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

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

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veintidós (22) días del mes de enero de dos mil dieciocho (2018). 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

Magistrada,

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrado,

MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO

Secretario Temporal,

El-

JESÚS RAFAEL MILLÁN SALINAS

R.C. AA60-S-2017-000041

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario,