



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN SOCIAL

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

En el proceso que por cobro de prestaciones sociales y otras acreencias laborales sigue el ciudadano **EDIGIO JOSÉ PADRÓN QUERALES**, titular de la cédula de identidad N° V-10.112.308, representado en juicio por los profesionales del Derecho Nelson Mejía Narváez, Nury García Sánchez y María Ysabel Rincón Chávez, inscritos en el INPREABOGADO bajo los N°s 63.636, 95.666 y 105.826, respectivamente, contra las sociedades mercantiles **EL CARRETÓN VENTA DE PARRILLA Y POLLOS EN BRASA, S.R.L.**, anotada en el “*Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda en fecha veintidós (22) de Enero de 1986 (...) bajo el N° 59, Tomo: 10-A-Pro*”, representada en juicio por los abogados José Gregorio Blanca Quintana y Lesbia Rosa Márquez Fuenmayor, inscritos en el INPREABOGADO bajo los N°s 32.013 y 49.827, correlativamente, e **INVERSIONES ARMAS Y PADRÓN, C.A.**, anotada en el “*Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda en fecha veintidós (22) de Enero de 1986 (...) bajo el N° 59, Tomo: 10-A-Pro*”, además, en forma personal, a los ciudadanos **JUAN PADRÓN CASTAÑEDA** y **ANDRÉS ARMAS ACOSTA**, titulares de las cédulas de identidad N°s 6.149.512 y 6.824.141, en su orden, ninguno con representación judicial acreditada en autos; el Juzgado Superior Quinto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia de fecha 25 de octubre de 2017, declaró parcialmente con lugar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, y parcialmente con lugar la demanda, modificando el fallo proferido el 16 de diciembre de 2016, por el Juzgado Octavo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial, que había declarado parcialmente con lugar la acción incoada.

Contra la decisión de alzada, tanto la parte demandante como la sociedad de comercio coaccionada El Carretón Venta de Parrilla y Pollos en Brasa, S.R.L., anunciaron recurso de casación, los cuales fueron admitidos el día 2 de noviembre de 2017, constando en auto escritos de formalización presentados tempestivamente. Hubo impugnación de la parte accionante.

En fecha 13 de diciembre de 2017, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

Mediante auto del 26 de enero de 2018, fue fijada la audiencia oral, pública y contradictoria prevista en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el día jueves 8 de marzo de 2018, a las once y treinta minutos de la mañana (11:30 a.m.). Posteriormente, la celebración de dicha audiencia fue diferida, pautándose nuevamente para el día martes 20 del mismo mes y año, a las nueve y treinta minutos de la mañana (9:30 a.m.).

Celebrada la aludida audiencia en la oportunidad indicada y pronunciada la decisión en forma oral e inmediata, conforme a lo establecido en el artículo 174 *eiusdem*, procede la Sala a reproducirla *in extenso*, quedando redactada en los términos siguientes:

DEL RECURSO DE CASACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Por razones metodológicas, la Sala modifica el orden en que fueron planteadas las denuncias, procediendo por tanto a resolver, primeramente, la tercera delación propuesta.

-III-

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se denuncia la falta de aplicación de los artículos 117, 121, 5 y 71 *eiusdem*, así como lo establecido “*por la doctrina de la Sala de Casación Social específicamente en la sentencia N° 1001 de fecha 08 de junio de 2006...*”.

En ese contexto, afirma la parte actora recurrente que el *ad quem* desestimó las “*facturas o comprobantes de pago*”, consignados a los autos en original marcados con la letra “E” (*Vid. f. 96 de la pieza N° 1 del expediente*), emanados de “*máquina registradora autorizada por el Seniat*”, a pesar de haber sido objetados en forma irregular, por la parte demandada, al utilizar como medio de ataque erróneo la impugnación alegando que se trataban de copias simples, cuestión que fue validada por el juez de alzada sin apreciar que “*aún no estando firmadas por la parte a quien se le opuso*” constituyen un indicio de que la entidad de trabajo cobraba a sus clientes el diez por ciento (10%) de recargo sobre el consumo.

Adicionalmente, asevera que las aludidas probanzas fueron solicitadas en exhibición, y siendo que la parte accionada aportó al expediente “*un rollo de facturas o comprobantes similares*”, correspondientes al año 2016 – período distinto al requerido-, a los efectos de demostrar que no cobraba el recargo sobre el consumo, debió el juez de alzada considerar que dichas documentales adminiculadas con las consignadas en autos en originales constituían indicio suficiente de que durante el vínculo de trabajo la entidad de trabajo cobraba a sus comensales el recargo del diez por ciento (10%) sobre el consumo. Además, asegura que el juez superior debió aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al no haber cumplido la

demandada con la carga de exhibir las documentales requeridas mediante el escrito de promoción de pruebas de la parte accionante.

En ese orden de argumentos, expone el formalizante en casación que los administradores de justicia están obligados a inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, por lo que en este caso en particular al encontrarse “*indicio importante en el proceso como eran los comprobantes o facturas originales promovidos y erróneamente atacadas, que aun sin firma fueron admitidas su existencia por la demandada al presentar otras similares*”, debió el sentenciador de segunda instancia ordenar incluso una prueba complementaria y extraer que los aludidos comprobantes fueron emitidos de una máquina fiscal consignada a la sociedad mercantil El Carretón Venta de Parrilla y Pollos en Brasa, S.R.L., lo que demostraba fehacientemente el cobro del diez por ciento (10%) sobre el consumo y, en consecuencia, determinar que correspondía al accionante el pago porcentual establecido en los artículos 134 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, y 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

A los fines de decidir, esta Sala formula las consideraciones siguientes:

Como cuestión prioritaria importa precisar que la falta de aplicación de una norma se verifica cuando el sentenciador niega la aplicación de una disposición legal que se encuentra vigente, a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance (sentencia N° 1993 de fecha 4 de diciembre de 2008, caso: *Clemente Pastarán contra Coca Cola Femsa de Venezuela, S.A.*).

Ahora bien, en aras de verificar si el sentenciador de alzada incurrió en el vicio denunciado se considera pertinente transcribir, de manera resumida, lo decidido por el *ad quem* quien sostuvo:

(...) DISTRIBUCION DE LA CARGA PROBATORIA

(...*Omissis*...)

En tal sentido, observa este Juzgador que, la presente causa queda delimitada a demostrar los hechos controvertidos, resultantes de aquellos expresamente negados, con fundamento en otros nuevos traídos a la litis por el accionado (...), **corresponde al demandante** demostrar la procedencia de la propina y del **10% por servicio sobre el consumo, por cuanto que constituyen hechos negativos absolutos de difícil comprobación**, según Sentencia N° 444 de fecha 10 de julio de 2003, emanada de la misma Sala.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS
PRUEBAS PROMOVIDAS POR LA PARTE DEMANDANTE

(...*Omissis*...)

b. **Facturas de Pago insertas al folio 96**, presuntamente emanadas en fechas distintas por EL CARRETON VENTA DE PARRILLA Y POLLOS EN BRASA, S.R.L., calificadas según lo

preceptuado en el artículo 1.363 del Código Civil, como documentos de carácter privado, no público administrativos, como erradamente lo pretende hacer ver el actor apelante, ya que según Sentencia N° 1001 del 08 de junio de 2006, emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, estos últimos son aquellos sobre los que se tiene como cierta su autoría fecha y firma, por el solo hecho de emanar de funcionarios o empleados públicos competentes, lo que no corresponde con el caso de marras. **Ahora bien, como quiera que fueron expresamente impugnados durante la audiencia de juicio por la representación de la co- demandada por ser copias simples, sin que se aprecie de autos persistencia alguna en su validez por parte de la promovente, quedan en consecuencia desechadas y por ende fuera del debate probatorio, conforme a lo estipulado en el artículo 87 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aunado al hecho que no contienen firma ni sello de su emisor ni de la parte a la que se le oponen, en señal de al menos haber estado en conocimiento de las mismas, por consiguiente no oponibles, por ser contrarios al Principio de Alteridad de la Prueba, contemplado en el artículo 1.368 del Código Civil.**

(...*Omissis*...)

3.- PRUEBA DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS: **La parte demandada consignó Libro de Horas Extraordinarias y Facturas a solicitud de la parte actora.-** En tal sentido, respecto del primero, el Tribunal observa que el mismo no cumple con lo dispuesto en los artículos 182 y 183 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y, **en relación a las segundas, se aprecia que corresponden al año 2016, tomando en cuenta que el trabajador demandante se retiró en 2015.** No fue exhibido el horario de trabajo requerido por el actor, por lo que según lo estipulado en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, aplica la consecuencia según la cual se tienen como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido de las mismas. **En cuanto a las facturas exhibidas, se desestiman por cuanto nada aportan para la resolución del hecho controvertido.**

(...*Omissis*...)

MOTIVACION PARA DECIDIR

(...*Omissis*...)

... como quiera que el demandante no aportó elementos de convicción que sirvieran para probar el hecho negativo absoluto constituido por las propinas y el 10% por servicio sobre el consumo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 10 y 121 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, queda entendido que, contrario a lo resuelto por la recurrida, según consta de los folios 244 y 245 de la primera pieza del expediente, no existen evidencias que permitan colegir que en algún momento, la entidad de trabajo se haya obligado expresamente a pagar estos conceptos al trabajador, ni tampoco por uso o costumbre del local, tal y como advirtió la defensa de la demandada, EL CARRETON VENTA DE PARRILLA Y POLLOS EN BRASA, S.R.L., tanto en la contestación como en la apelación, es decir, en virtud de la propia naturaleza de la actividad comercial ejecutada por la empresa, según lo preceptuado en el artículo 108 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.- En consecuencia no prosperan las diferencias acordadas sobre las vacaciones, el bono vacacional, las utilidades y los demás conceptos reclamados, como días de descanso, domingos laborados, horas extraordinarias ni sobre la prestación de antigüedad y menos sobre los días feriados, nunca demandados pero erradamente condenados por el A-Quo en su sentencia. (Sic) (Destacado de la Sala):

Del fallo reproducido parcialmente, se desprende que el juez *ad quem* al distribuir la carga de la prueba acertadamente, atribuyó a la parte demandante la demostración del cobro por parte de la entidad de trabajo del

recargo del diez por ciento (10%) sobre el consumo, pero aseguró equívocamente que tal imposición tenía su razón en que la sociedad mercantil accionada al contestar su demanda había alegado un “*hecho negativo absoluto de difícil comprobación*”, que lo relevaba de la carga de contrarrestar el alegato propuesto por su contraparte.

Del mismo modo, se evidencia del dictamen impugnado que en el capítulo destinado al análisis de la prueba marcada “*E*”, folio 96 de la pieza N° 1 del expediente, contentiva de facturas emanadas de la máquina fiscal, el juez superior determinó que no les concedía valor probatorio, bajo el argumento que las mismas habían sido impugnadas por tratarse de copias simples, y que no conforme, al no estar suscritas por su emisor, mediante firma o sello húmedo, las mismas transgredían el principio de alteridad de la prueba por lo que no resultaba oponible a la entidad de trabajo El Carretón Venta de Parrilla y Pollo en Brasas, S.R.L.

Aunado a lo anterior, en el acápite reservado a la emisión de pronunciamiento, respecto a la prueba de exhibición de documentos propuesta por la parte demandante, el *ad quem* se limitó a indicar que la empresa accionada había consignado las documentales pretendidas por su contraparte, pero que las mismas pertenecían al año 2016, por lo que debían ser desechadas del acervo probatorio al corresponderse a un período distinto al que el ciudadano Edigio José Padrón Querales había prestado servicios.

Es por ello, que en la motiva del fallo, concluyó el sentenciador de segunda instancia que la parte actora no había consignado a los autos elementos probatorios tendientes a acreditar el cobro del diez por ciento (10%) sobre el consumo, por lo que al no haber sido desvirtuado “*el hecho negativo absoluto*” devenía forzosamente la improcedencia de las acreencias salariales solicitadas con base al concepto en discusión.

Al respecto, resulta imperativo precisar que el sistema de valoración de las pruebas conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, otorga al juzgador la libertad para apreciarlas bajo las reglas de la sana crítica aplicando la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso de autos, igualmente a los fines de obtener la verdad podrá valerse de los indicios y presunciones.

Precisamente, respecto a los indicios esta Sala de Casación Social, en sentencia N° 552 del 30 de marzo de 2006 (caso *Luis Ángel Molero González* contra *Asociación Cooperativa de Carga Zuliana de Gandolas de Volteo “COOZUGAVOL*) estableció:

Hay que recordar que el indicio es todo hecho o circunstancia acreditado a través de los medios probatorios, que adquiere significación en su conjunto, cuando conlleva al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido, relacionado con la controversia (artículo 117 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo). Al igual que las presunciones, los indicios constituyen auxilios probatorios establecidos por ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios de prueba, “corroborando o complementado el valor o alcance de éstos” (artículo 116 *eiusdem*).

La valoración de los indicios la realiza libremente el juez, para saber si son necesarios o contingentes graves, precisos y concordantes, y en fin, cuál será el mérito que deberá reconocérseles para su convicción respecto a la existencia o no y características de los hechos alegados y controvertidos en el proceso, obviamente previo examen de todos los requisitos de admisibilidad necesarios para su existencia, validez y eficacia procesal. Una vez establecida la existencia y autenticidad de cada indicio, para considerar su importancia, es necesario examinar los argumentos probatorios adversos a la conclusión que de aquél puede inducirse y los contraindicios que puedan desvirtuarlo o desmeritar la inferencia lógica que suministran. De esta manera se podrá obtener una conclusión final respecto a cada indicio, a su gravedad o levedad.

En síntesis, para obtener una certeza moral del hecho es indispensable que el sentenciador al hacer el estudio de los indicios y contraindicios, de las diversas hipótesis que puedan devenir, de las demás pruebas favorables o no a la conclusión que de los primeros se obtiene, de los argumentos que la confirman o no, de las máximas de experiencia y de las reglas técnicas que le sirven de apoyo, se encuentre convencido, sin que le queden dudas razonables, sobre la verdad del hecho controvertido. (Teoría General de la Prueba Judicial. Hernando Devis Echandía) Ahora bien, se observa que dada la complejidad de la materia debatida, la Sala en ejercicio de la función jurisdiccional, y en cumplimiento del deber que le impone la ley de buscar la verdad por todos los medios que estén a su alcance, interviniendo en el proceso en forma activa, para impulsar y suministrar la dirección adecuada (artículo 5° de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), consideró relevante interrogar a las partes en la audiencia oral, con fundamento en la facultad atribuida por ley al juzgador -se insiste- como director del proceso y no como espectador, para aclarar ciertos hechos a los fines de determinar si hubo o no relación laboral entre el actor y la demandada, o si por el contrario, la relación fue entre el actor y el ciudadano Manuel Pérez, quien es socio de la Cooperativa demandada, cuya finalidad es obtener una sentencia ajustada a Derecho. (Destacado de la Sala)

Del criterio *supra* citado, se extrae que efectivamente una vez examinada la eficacia y validez de todos los requisitos de admisibilidad, compete únicamente a los jurisdicentes la apreciación de los indicios que resulten de autos, los cuales valoraran libremente –claro está, en conjunto con las pruebas– y obviamente reconociéndoles mérito o no, creando con ello, convicción de los hechos alegados o controvertidos en el debate procesal.

Determinado lo anterior, observa esta Sala que en el caso *sub-examine*, al momento de ser evacuada la referida documental en la audiencia de juicio, la parte demandada pretendió atacarla exponiendo que la documental “E” que riel a folio 96 “*se impugna de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*”.

Ahora bien, advierte esta Sala que la referida documental contiene cuatro (4) facturas emanadas de la máquina fiscal identificada con el alfanumérico T1S0800589, desprendiéndose de cada una de dichas facturas el número de registro de información fiscal (RIF), nombre y dirección fiscal de la entidad de trabajo demandada.

En tal sentido, es preciso destacar que la factura constituye el documento que el vendedor entrega al comprador como prueba de que éste ha adquirido una determinada mercancía o que ha recibido un servicio a un precio indicado, siendo que para su validez, la factura debe contener los requisitos exigidos en la Providencia Administrativa N°/SNAT/2008/0257 del 19 de agosto del 2008, que contiene las normas generales de emisión de

facturas y otros documentos (*Vid.* sentencia N° 01 del 19 de enero de 2016, caso: *Benjamín Maldonado Sarmiento* contra *Inversiones La Cita, S.R.L.*).

Aplicando lo expuesto al caso *sub-lite*, se evidencia que las facturas emitidas por la parte demandada cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 14 de la aludida Providencia Administrativa, siendo así, considera este órgano jurisdiccional que dichas documentales al ser válidas en el ámbito fiscal, por cumplir con los requisitos de emisión, deben considerarse para la resolución del presente caso, salvo que, por razones legales debidamente fundamentadas se cuestione su veracidad, lo cual no ocurrió en el caso *sub-examine*, en virtud que la parte demandada al momento de atacar las aludidas facturas, se limitó a afirmar que las impugnaba por tratarse de copias simples, sin exponer las razones de su señalamiento, en consecuencia, no es dable estimarlas correctamente atacadas.

Por otra parte, el juez de alzada consideró que el sustento argumentativo de la parte demandada en su escrito de contestación, referido a la afirmación de que en el establecimiento comercial no se cobraba a los clientes el recargo del diez por ciento (10%) sobre el consumo, constituía un hecho negativo absoluto de difícil comprobación, por lo que estaba relevado de prueba, recayendo sobre la parte accionante la carga de demostrar dicha aseveración.

Al respecto, es ineludible hacer notar que el hecho negativo absoluto se caracteriza por ser indefinido en tiempo y espacio por lo que resulta ser de imposible comprobación, mientras que la afirmación expuesta con el propósito de negar un alegato es susceptible de prueba, es decir, puede ser evidenciada su veracidad a través de los mecanismos probatorios conducentes para la convicción del juez sobre el hecho discutido.

Es por ello, que es indispensable indicar que el *ad quem* al verificar de las referidas facturas fiscales, la identificación fiscal de la entidad de trabajo demandada, el registro de información fiscal, así como la numeración asignada a la impresora fiscal, concatenada con el cúmulo de facturas exhibidas por la parte accionada –desechadas erradamente por el juez–, debió advertir a través de las citadas documentales la existencia de un indicio en lo referente al cobro del porcentaje sobre el consumo y, por ende, el cumplimiento de la carga asignada al demandante acerca de un hecho negativo relativo, susceptible de comprobación por cualquier medio de prueba legal.

En consecuencia, se evidencia de autos que el juez de alzada no concatenó la documental aportada por la parte demandante con las restantes pruebas presentadas por la demandada, obviando utilizar las máximas de experiencia o cualquier otro elemento que le permitiera obtener, a través de la aplicación de los principios de inmediación y prioridad de la realidad sobre las formas, una resolución cónsona con el *thema decidendum* y la verdad material que dimana de las actas.

En este contexto argumentativo, esta Sala considera que la recurrida, al haber desechado las documentales aportadas por la parte actora marcadas con la letra “*E*” sin que las mismas hayan sido debidamente atacadas, y

sin tomar en consideración lo establecido en el artículo 117 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, así como consecuentemente lo instaurado en el artículo 10 *ibídem*, quebrantó las referidas disposiciones legales incurriendo así en el vicio que se le imputa, lo que hace procedente la delación bajo análisis.

En mérito de las argumentaciones expuestas, resulta forzoso para esta Sala declarar **con lugar** el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, en consecuencia, **se anula** el fallo recurrido, por lo que no se procederá a conocer las restantes delaciones formuladas en los escritos recursivos de las partes, puesto que de conformidad con lo previsto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, corresponde a este órgano jurisdiccional decidir el fondo de la controversia de autos, lo que pasa a efectuar en los términos siguientes:

DECISIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

El ciudadano **Edigio José Padrón Querales** alegó, en su escrito libelar, que el 20 de enero de 2003, comenzó a prestar servicios de manera personal para la entidad de trabajo El Carretón Venta de Parrilla y Pollos en Brasa, S.R.L., desempeñándose como auxiliar de barra, hasta el 30 de marzo de 2015, cuando decidió renunciar voluntariamente al cargo ejercido, por lo que el tiempo de servicio fue de doce (12) años, dos (2) meses y diez (10) días.

Indica que durante la vigencia del vínculo laboral sostenido con la entidad de trabajo accionada, efectuó sus labores desde el período comprendido entre el 20 enero de 2003 hasta el 30 de abril de 2013, en una jornada diurna de miércoles a lunes con un día de descanso que correspondía al día martes; que iniciaba a las 9:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. con una hora de descanso –de 12:00 m. a 1:00 p.m.–; cuestión que cambió en el lapso comprendido entre el 1° de mayo de 2013 al 30 de marzo de 2015, cuando cumplió con una jornada diurna rotativa semanalmente de domingo a jueves con dos días de descanso -viernes y sábado-, la cual se materializó del modo siguiente:

Semana	Horario
1°	8:00 a.m. a 11:00 a.m. y de 12: 00 m. a 4:00 p.m
2°	10:00 a.m. a 2:00 p.m y de 3:00 p.m. a 6:00 p.m.
3°	4:00 p.m. a 7:00 p.m. y de 8:00 p.m. a 12:00 a.m

Expone que percibió un salario mixto compuesto por una parte fija igual al salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional, y otra variable conformada por las propinas –estimada en 30% del salario mínimo– y el porcentaje del diez por ciento (10%) de servicio prestado a los clientes del restaurante, estimando el último salario devengado en la cantidad de Bs. 15.860,82, equivalente a Bs. 528,69 diarios.

Manifiesta que la demandada siempre le canceló los salarios en dinero en efectivo, omitiendo informarle por escrito y discriminadamente al menos una vez al mes, las asignaciones salariales y las deducciones correspondientes como tampoco le entregó información por escrito por concepto de pago de vacaciones, utilidades y/o anticipos de prestaciones sociales, conforme lo establece la “*ley sustantiva laboral*”.

Declara que la demandada pagó los conceptos de vacaciones y utilidades correspondientes a los años 2003 al 2014 con base a salario básico sin incluir el derecho a percibir propina y el diez por ciento (10%) por recargo sobre el consumo.

Aduce que hasta la fecha de interposición de la demanda la entidad de trabajo El Carretón Venta de Parrilla y Pollos en Brasa, S.R.L., no le ha cancelado sus prestaciones sociales, motivo por el que procedió a demandar solidariamente a la sociedad mercantil Inversiones Armas Padrón, C.A., y de forma personal a los ciudadanos Juan Padrón Castañeda y Andrés Armas Acosta.

En virtud de las argumentaciones expuestas petitiona que los coaccionados sean condenados al pago de los conceptos y montos siguientes: *i)* derecho a percibir propina, calculada con base al treinta por ciento (30%) sobre el salario mínimo, *ii)* servicio del diez por ciento (10%) sobre el consumo y los intereses de mora que generó, *iii)* diferencia por la incidencia salarial proveniente de la falta de pago del derecho a percibir propina y el recargo del diez por ciento (10%) sobre el consumo, respecto de los conceptos de día de descanso, domingos trabajados e intereses, *iv)* horas extraordinarias e intereses, *v)* vacaciones y anticipo de vacaciones desde el 2003 al 2015, *vi)* vacaciones fraccionadas desde el 20 de enero al 30 de marzo de 2015, *vii)* utilidades fraccionadas y anticipo de utilidades desde el 2003 al 2015, *viii)* prestación de antigüedad e intereses sobre la prestación de antigüedad, *ix)* intereses de mora e indexación.

Por su parte, la sociedad mercantil **El Carretón Venta de Parrilla y Pollos en Brasa, S.R.L.**, en su escrito de contestación de demanda, admite la relación de trabajo, la fecha de ingreso y egreso, el motivo de la terminación de la relación de trabajo, el pago de todas las vacaciones y utilidades desde los años 2003 al 2015.

No obstante, refuta el cargo alegado por el actor como auxiliar de barra, especificando que el verdadero cargo desempeñado era el de ayudante de cocina, lo que lo excluía en todo caso de las supuestas percepciones salariales peticionadas –propina y porcentaje sobre el consumo-.

Asimismo, niega la jornada de trabajo de miércoles a lunes de mayo de 2012 a abril de 2013 y la jornada rotativa de 2013 a 2015, así como los días de descanso, las horas extras y el diez por ciento (10%) por servicio sobre el consumo, puesto que, a su decir, dicho concepto no es cobrado a los clientes.

Del mismo modo, rechaza que el ciudadano Edigio José Padrón Querales devengara la cantidad de Bs. 15.860,82, por cuanto durante toda la vigencia del vínculo laboral sostenido entre las partes fue remunerado con

base al salario mínimo decretado por el Ejecutivo Nacional.

Finalmente niega todos y cada uno de los conceptos reclamados por la parte actora en su escrito de demanda.

Ahora bien, en innumerables sentencias esta Sala de Casación Social ha precisado que la distribución de la carga de la prueba en materia procesal laboral, se fijará de acuerdo con la forma en la que el accionado conteste la demanda, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 135 *eiusdem*.

De este modo, planteados como han quedado los hechos alegados por el actor, así como las excepciones y defensas opuestas por la demandada, evidencia esta Sala que quedaron fuera de los hechos controvertidos la existencia de la relación laboral, el motivo de terminación del vínculo –renuncia–, la fecha de inicio y culminación de la misma, resultando circunscrita la controversia en determinar: **i)** el cargo desempeñado por el demandante; **ii)** la jornada laborada durante la prestación del servicio, **iii)** la procedencia del derecho a percibir propina y el recargo del diez por ciento (10%) por servicio sobre el consumo –única carga probatoria que recae sobre la parte actora–, **iv)** la procedencia o no de los reclamos por horas extras trabajadas y no pagadas, días domingos y/o feriados laborados y no cancelados, y su incidencia en el salario normal, y; **v)** la procedencia o no de cada uno de los conceptos reclamados con base a la supuesta diferencia salarial aducida.

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

Pruebas de la parte actora:

Documentales:

Marcadas con los alfanumericos “**BI**” al “**B9**”, “**CI**” al “**CI4**” y “**DI**” al “**DII**”, cursantes a los **folios 62 al 95 de la pieza N° 1 del expediente**, consignó copias simples de actas constitutivas de las sociedades mercantiles El Carretón, C.A., El Carretón Venta de Parrilla y Pollo en Brasa S.R.L., e Inversiones Armas y Padrón, C.A., las cuales fueron expresamente reconocidas por la parte demandada en la oportunidad de la audiencia de juicio, por lo que **se les otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, evidenciándose la administración de cada una de las sociedades de comercio, las atribuciones del presidente y sus disposiciones generales.

Marcadas con la letra “**E**”, cursantes al **folio 96 de la pieza N° 1 del expediente**, promovió **facturas fiscales** emanadas de impresora fiscal, las cuales al haber sido atacadas de manera vaga e imprecisa, se tiene como no efectuada tal impugnación, y visto que las referidas documentales reúnen los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Providencia Administrativa N°/SNAT/2008/0257 del 19 de agosto del 2008, contentiva de las

normas generales de emisión de facturas y otros documentos, **se les otorga valor probatorio**, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo documentales emanadas de la demandada, se evidencia el número del RIF de la entidad de trabajo accionada, su domicilio fiscal, teléfono, número de factura, los cargos realizados por el consumo, el cobro del porcentaje de servicio, y el cobro del Impuesto al Valor Agregado (IVA), coincidiendo estas documentales con los datos de identificación fiscal contenidos en las facturas consignadas por la parte demandada mediante la exhibición de documentos requeridas.

Marcada “**F**”, cursante al **folio 97 de la pieza N° 1 del expediente**, produjo impresión de la página web del **Instituto Venezolano de los Seguros Sociales denominada “cuenta individual”** a nombre del ciudadano Egidio José Padrón Querales, a la cual, no siendo impugnada en la audiencia oral de juicio, **se le otorga valor probatorio**, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas; en la que se reflejan los datos del accionante y de la entidad de trabajo El Carretón Venta de Parrilla y Pollo en Brasa, S.R.L., en su condición de asegurada y patrono, respectivamente, fecha de egreso el 6 de abril de 2015, fecha de primera afiliación el 11 de diciembre de 1986, último salario y períodos cotizados.

Marcada “**G**”, cursante al **folio 98 de la pieza N° 1 del expediente**, aportó copia simple de **constancia de trabajo** emitida por la entidad de trabajo Restaurant El Carretón, a nombre del ciudadano Egidio José Padrón Querales, de fecha 24 de mayo de 2012, a la cual, no habiendo sido atacada por la parte demandada, **se le otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. De la aludida probanza se desprende que el accionante prestó servicios a favor de la empresa demandada desde el 20 de enero de 2003, ocupando el cargo de auxiliar de barra, devengando una remuneración mensual de Bs. 2.680,00.

Marcados “**H**”, cursantes del **folio 99 al 102 de la pieza N° 1 del expediente**, consignó **recibos de pago de prestaciones sociales**, correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013, emitidos a favor del ciudadano Egidio José Padrón Querales, a los cuales, -no siendo atacados por la parte demandada-, **se les otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, desprendiéndose de éstos, que el referido ciudadano recibió por concepto de liquidación de prestaciones en los períodos 2011-2012, 2012-2013 y 2013-2014, las cantidades de Bs. 12.720,39, Bs. 20.637,63, y Bs. 22.484,89, respectivamente.

Prueba de Informes:

Promovió **prueba de informes** dirigida al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), con el fin de constatar que la entidad de trabajo El Carretón Venta de Parrilla y Pollo en Brasa S.R.L., emite facturas para sus clientes con una máquina fiscal identificada con la signatura MH TISO800589, cuyas **resultas no constan en el expediente**, razón por la que **esta Sala no tiene materia sobre la cual pronunciarse**.

Prueba de Exhibición:

Solicitó la exhibición del **libro de horas extras**, el cual si bien fue exhibido por la parte demandada, el mismo conforme lo indicó el juez *ad quem*, no cumple con lo dispuesto en los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Con respecto al **horario de trabajo** debidamente autorizado por la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción competente, para comprobar que el accionante laboró en un horario de trabajo de 9:00 a.m. a 12: m. y de 1:00 p.m. a 6:00 p.m., en una jornada de miércoles a lunes, no fue exhibido por la sociedad mercantil El Carretón Venta de Parrilla y Pollo en Brasa S.R.L., razón por la cual, se aplica la consecuencia jurídica establecida en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y se tiene como exacto el horario invocado por la parte demandante.

En lo referente a las **facturas** promovidas como prueba documental marcadas con la letra “**E**”, impresas mediante máquina fiscal identificada con el serial MH TISO080589, esta Sala comprueba que la parte demandada en la audiencia de juicio consignó un “*rollo*” de facturas, correspondientes al año 2016 –fecha posterior a la terminación del vínculo–, la cuales si bien no fueron las requeridas, de las mismas se desprende que el contenido fiscal –nombre de la entidad de trabajo, registro de información fiscal (RIF), dirección y serial de impresora fiscal–, corresponde al contenido a las documentales consignadas por la parte actora, constituyendo indicio de que la sociedad de comercio accionada para el momento de la prestación de servicio del ciudadano Egidio José Padrón Querales cobraba a su clientela el diez por ciento (10%) de recargo sobre el consumo.

Prueba Testimonial:

Promovió como **testigos** a los ciudadanos **Luis Alberto Márquez Vásquez, José Hilario Villareal Lobo, Ramón Chacón Vivas y Enel Alfonso Sierra Guerra**, los cuales no comparecieron a la audiencia de juicio a rendir declaración, motivo por el que esta Sala **no tiene materia sobre la cual pronunciarse**.

Pruebas de la parte demandada:

Documentales:

Marcadas con la letra “**B**”, cursantes de los **folios 107 al 147 de la pieza N° 1 del expediente**, consignó **originales de “recibo de sueldo mensual”**, emitidos a nombre de ciudadano Egidio José Padrón Querales, las cuales si bien fueron impugnadas por la representación judicial de la parte actora en la oportunidad de la audiencia de juicio, esta Sala considera que el medio de ataque propuesto no resultó el idóneo, por lo que **se les concede valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, desprendiéndose de las mismas, la remuneración percibida por el accionante en los períodos correspondiente de enero a julio del año 2013, enero, octubre, noviembre y diciembre de 2012, febrero marzo octubre y noviembre de 2011, enero a abril, julio a diciembre de 2010 y diciembre de 2009, especificándose como concepto pagado “*salario mínimo*”, menos las deducciones de ley atinentes a Ley de Vivienda y Hábitat (LPH), seguro social obligatorio y paro forzoso.

Marcadas con los números “1”, “2”, “3”, “4”, “5”, “6”, “7”, “8”, “9”, “10” y “11”, cursantes de los **folios 148 al 158 de la pieza N° 1 del expediente**, promovió **recibos de pago de prestaciones sociales**, correspondientes a los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, emitidos a favor del ciudadano Egidio José Padrón Querales, a los cuales, no siendo atacados por la parte demandante, **se les otorga valor probatorio**, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, desprendiéndose de éstos, los pagos efectuados al actor por los conceptos y montos siguientes:

Período	Conceptos comprendidos	Deducciones	Monto pagado
2003-2004	Antigüedad (60 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 2.181.142,58 (denominación anterior)
2004-2005	Antigüedad (62 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 2.967.750,00 (denominación anterior)
2005-2006	Antigüedad (64 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 3.969.963,40 (denominación anterior)
2006-2007	Antigüedad (66 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 5.447.572,34 (denominación anterior)
2007-2008	Antigüedad (53 días), vacaciones y utilidades (25 días).	I.N.C.E.	Bs. 3.969.963,40 (denominación anterior)
2008-2009	Antigüedad (62 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 8.394,13
2009-2010	Antigüedad (62 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 7.252,49

Período	Conceptos comprendidos	Deducciones	Monto pagado
2010-2011	Antigüedad (66 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 8.781,00
2011-2012	Antigüedad (68 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 12.720,39
2012-2013	Antigüedad (68 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 20.637,63
2013-2014	Antigüedad (70 días), vacaciones y utilidades (30 días).	I.N.C.E.	Bs. 22.484,89

Prueba Testimonial:

Promovió como **testigos** a los ciudadanos **Nelson Morillo** y **Carlos José Rojas Castillo**, los cuales no comparecieron a la audiencia de juicio a rendir declaración, motivo por el cual esta Sala **no tiene materia sobre la cual pronunciarse**.

Declaración de parte:

De conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el juez *a quo* procedió a interrogar al ciudadano Egidio José Padrón Querales, quien se limitó a reproducir el contenido de lo expuesto en su libelo de demanda, por lo que nada aporta la declaración rendida.

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

i) Del cargo desempeñado

Tomando en consideración los términos en que quedó planteada la *litis*, se observa que el demandante alegó ejercer el cargo de auxiliar de barra, mientras que la sociedad mercantil accionada, en su contestación, negó tal hecho, afirmando dos hechos: *i)* que no cobraba el diez por ciento (10%) sobre el consumo cobrado a los comensales, y; *ii)* que el trabajador realizaba su labor como ayudante de cocina, lo que en todo caso lo excluía del personal acreedor del precitado concepto.

En este sentido, se tiene que de conformidad con lo previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo corresponde al demandado la carga de probar todos los hechos nuevos que emplee como fundamento para rechazar la pretensión del actor.

Desde esta perspectiva, importa destacar que de la documental intitulada constancia de trabajo marcada con la letra “G” (*Vid.* folio 98 de la pieza N° 1 del expediente), la cual tiene plena eficacia probatoria, se extrae que el cargo del ciudadano Edigio José Padrón Querales era el de auxiliar de barra y siendo que la parte demandada no consignó ningún elemento probatorio que permitiera crear convicción acerca de la supuesta exclusión alegada, con motivo del cargo aducido en el escrito de contestación, se considera que de comprobarse que el accionante es acreedor al recargo sobre el consumo, éste deberá ser cancelado a su favor por cuanto el verdadero puesto de trabajo era el de auxiliar de barra. Así se establece.

ii) De la jornada ordinaria y el horario de trabajo:

Con el propósito de dilucidar este *item* de la controversia, es de observar que, en el caso bajo análisis la parte actora aseveró que cumplió con una jornada de trabajo desde el período comprendido entre el 20 enero de 2003 hasta el 30 de abril de 2013, de miércoles a lunes con un día de descanso que correspondía al día martes; que iniciaba a las 9:00 a.m. hasta las 6:00 p.m., con una hora de descanso –de 12:00 m. a 1:00 p.m.–; y que desde el lapso comprendido desde el 1° de mayo de 2013 al 30 de marzo de 2015, cumplió con una jornada diurna rotativa semanalmente de domingo a jueves con dos días de descanso -viernes y sábado-, la cual se materializó de la manera siguiente:

Semana	Horario
1°	8:00 a.m. a 11:00 a.m. y de 12: 00 m. a 4:00 p.m
2°	10:00 a.m. a 2:00 p.m y de 3:00 p.m. a 6:00 p.m.
3°	4:00 p.m. a 7:00 p.m. y de 8:00 p.m. a 12:00 a.m

La empresa en su escrito de contestación se circunscribió a negar el horario de trabajo alegado por su contraparte, sin indicar el que consideraba el verdadero horario del accionante.

En virtud de ello, la parte actora solicitó la exhibición del horario de trabajo debidamente autorizado por la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción competente, para comprobar la jornada y el horario aducido, el cual no fue exhibido por la entidad de trabajo, por lo que se aplicó la consecuencia jurídica prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En ese sentido, visto que la parte demandada no cumplió con la carga de probar su negativa –artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo– y producto de la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el

artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se tiene como cierto el horario indicado por la parte actora en su libelo de demanda. Así se determina.

iii) De los conceptos que integran al salario:

A los fines de determinar el salario efectivamente percibido por el accionante, se observa de cada uno de los recibos de pago cursantes a los autos, que la parte actora durante toda la vigencia de la relación laboral, percibió el pago del salario mínimo mensual decretado por el Ejecutivo Nacional, lo cual fue reconocido tácitamente por la parte actora al procurar todos los cálculos aritméticos planteados con base al salario mínimo, por lo que concluye esta Sala que el actor percibió mensualmente el pago del salario mínimo nacional.

Reclamados como parte del salario normal, pasa a analizar esta Sala lo referido, al porcentaje sobre consumo –denominado también comisión por la parte actora en su escrito libelar– y la propina, al respecto se observa que la parte demandada al momento de contestar en lo que se refiere al salario expuso lo siguiente “... *Niego, rechazo y contradigo que el accionante durante el tiempo que duró la relación laboral devengara propina [y] 10 % sobre el consumo...*” (Corchetes de la Sala).

Los referidos conceptos de porcentaje sobre el consumo y derecho a percibir propinas se encuentran previstos en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en el cual se prevé:

Artículo 108. En los locales en que se acostumbre cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario, en la proporción que corresponda a cada trabajador o trabajadora de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso.

Si el trabajador o trabajadora, recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considerará formando parte del salario un valor que para él o ella representa el derecho a percibir las, el cual se estimará por convención colectiva o por acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre el patrono o patrona y el trabajador o trabajadora la estimación se hará por decisión judicial.

El valor que para el trabajador o trabajadora representa el derecho a percibir la propina, se determinará considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador o la trabajadora, la categoría del local y demás elementos derivados la costumbre o el uso.

Observa esta Sala, de la referida norma, que la ley establece unos supuestos de procedencia para los conceptos allí enunciados, que son la demostración de la costumbre de la entidad de trabajo de cobrar el porcentaje sobre consumo y el derecho a percibir propina.

En el caso *sub examine*, teniendo en consideración que de conformidad con el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos; se debe concluir que, en el caso de autos, al haber negado la parte demandada que el actor devengara porcentaje sobre consumo y propina, le corresponde probar el hecho por él esgrimido, por cuanto la negativa efectuada no contiene afirmación implícita alguna.

En lo referente al derecho a percibir propina, correspondiéndole la carga probatoria a la parte actora, no se evidencia de autos pruebas que demuestren la percepción del referido concepto, por lo que resulta improcedente dicho reclamo.

Por otra parte, en lo que respecta al porcentaje sobre el consumo, se observa de las facturas fiscales cursantes a los autos (*Vid.* folio 96 de la pieza N° 1 de expediente), que la entidad de trabajo demandada cobraba a sus clientes el diez por ciento (10%) sobre el consumo, por lo que efectivamente dicho concepto debe computarse como parte del salario.

A los fines de determinar el monto devengado por el accionante por concepto de porcentaje sobre el consumo –ello en aras de estipular el salario normal y su incidencia en el resto de los conceptos reclamados– se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo a ser practicada por un único experto que será designado por el Juzgado de Sustanciación, Mediación y Ejecución competente, cuyos honorarios serán sufragados por la parte accionada a efecto de que efectúe los cálculos de los conceptos condenados en el presente fallo. Para la determinación del diez por ciento (10%) por el servicio prestado al cliente, el experto deberá requerir a la entidad de trabajo demandada el reporte de ventas anuales, y cualesquiera otros documentos, libros de contabilidad, facturas, de los cuales se pueda servir para establecer, de manera precisa, los ingresos obtenidos por la demandada mes a mes por cobro de porcentaje sobre consumo en las ventas, en el período comprendido entre el 20 de enero del año 2003 al 30 de marzo del 2015. Del mismo modo, deberá suministrar la nómina de empleados mensual, así una vez obtenga el monto percibido por porcentaje sobre el consumo, deberá dividirlo entre la cantidad de empleados habidos en nómina en el mes a calcular, el resultado de dicho cálculo deberá ser adicionado al salario mínimo percibido por el accionante.

En el supuesto que la demandada no suministre al experto contable, los datos para realizar el correspondiente cálculo del porcentaje sobre el consumo, deberá tomar en cuenta, los montos establecidos en el escrito libelar (*Vid.* folios 4, 5 y sus vueltos) como comisión.

iv) De la procedencia o no de los conceptos laborales reclamados:

En cuanto a las **horas extras**, la parte actora afirma que laboró durante la vigencia del vínculo en distintas jornadas y horarios, a saber:

Período	Jornada	Días libres	Horario	Horas laboradas	Horas extras diurna por semana
20 de enero de 2003 al 30 de abril de 2012	Miércoles a lunes	Martes	9:00 a.m. a 12:00 m. y 1:00 p.m. a 6:00 p.m.	48	4

Período	Jornada	Días libres	Horario	Horas laboradas	Horas extras diurna por semana
1° de mayo de 2012 al 30 de abril de 2013	Miércoles a lunes	Miércoles	9:00 a.m. a 12:00 m. y 1:00 p.m. a 6:00 p.m.	48	4
HORARIO ROTATIVO POR SEMANA					
1° de mayo de 2013 al 30 de marzo de 2015 (1° semana)	Domingo a jueves	Viernes y sábado	8:00 a.m. a 11:00 a.m. y 12:00 m. a 4:00 p.m	35	0
1° de mayo de 2013 al 30 de marzo de 2016 (2° semana)	Domingo a jueves	Viernes y sábado	10:00 a.m. a 2:00 p.m y 3:00 p.m. a 6:00 p.m.	35	0
1° de mayo de 2013 al 30 de marzo de 2017 (3° semana)	Domingo a jueves	Viernes y sábado	4:00 p.m. a 7:00 p.m. y 8:00 p.m. a 12:00 a.m	35	0

Por su parte, la demandada niega las horas extras, fundamentando su defensa de manera genérica, al negar el horario de trabajo propuesto por la parte accionante en el libelo de demanda. En consecuencia, observa esta Sala que la parte accionante cumplió con su carga de demostrar la jornada de trabajo, por tanto debe tenerse como cierto el horario de trabajo indicado en su escrito libelar.

Por lo tanto, establecido que el horario de trabajo del ciudadano Edigio José Padrón Querales fue el indicado en su escrito de demanda, esta Sala procede a efectuar las consideraciones siguientes:

En el período comprendido entre el 20 de enero de 2003 y el 30 de abril de 2012, en las cuales el accionante laboró 48 horas semanales, es de recalcar que en atención al límite de jornada establecido en el artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo 1997 -aplicable *ratione temporis*- de 44 horas semanales, el actor generó 4 horas extras diurnas semanales durante dicho período de la relación laboral, a las que deberán adicionársele el 50% de recargo conforme lo previsto en el artículo 155 *eiusdem*.

En el lapso contemplado desde el 1° de mayo de 2012 al 30 de abril de 2013, en el cual el accionante laboró 48 horas semanales, es de recalcar que en atención a la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, la reducción de la jornada de trabajo a 40 horas semanales, entró en vigencia a partir del año siguiente al de promulgación del prenombrado texto normativo, razón por la que se entiende que si bien el actor laboró 48 horas semanales en dicho período, sólo generó 4 horas extras

diurnas, por lo que a las mismas deberán adicionársele el 50% de recargo conforme lo previsto en el artículo 118 *eiusdem*.

Para el cálculo de las horas extras el experto contable, deberá tomar los lapsos enunciados *supra* y el salario normal devengado mes a mes.

En cuanto a los **días de descanso no pagados** con el salario normal devengado por el trabajador, se evidencia de los recibos de pago cursantes a los autos, que la parte demandada no canceló dicho concepto en razón de la parte variable, por lo que resulta procedente la diferencia reclamada, tomando en consideración lo generado en la semana a calcular por concepto de diez por ciento por recargo (10%) sobre el consumo. Dicho cómputo será efectuado mediante experticia tomando en consideración los días de descanso especificados en tabla anexa, que riela de los folios 5 al 7 y sus vueltos –casilla identificada con el N° 8– del libelo de demanda.

Adicionalmente resulta procedente el recargo por concepto de días **domingos trabajados**, en virtud que el mismo no fue cancelado, por lo que siendo un día feriado debió ser cancelado con un recargo del cincuenta por ciento (50%), conforme a lo previsto en los artículos 154 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *ratione temporis*, y 120 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, la realización de dicho cómputo se deberá efectuar mediante experticia, para lo cual se tomará en consideración el salario normal devengado por el accionante en la semana a computar, conformado por el salario mínimo nacional, más la parte variable devengada por el mismo –recargo sobre el consumo–, para lo que el experto considerará los días especificados en el cuadro anexo –casilla titulada 1- planteado en el escrito de demanda (*Vid.* folios 7, 8 y sus vueltos).

En lo que atañe a las **prestaciones sociales** resulta procedente el pago de la diferencia del concepto enunciado en virtud de que no fue pagado con el salario realmente devengado, para lo cual el experto deberá determinar el monto que por dicho concepto le corresponde al accionante; en el caso de autos, siendo que la relación laboral inició el 20 de enero de 2003 bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo del año 1997, y culminó el 30 de marzo de 2015 bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el experto deberá realizar los cálculos en atención a ambos textos legislativos en los términos siguientes:

Se deberá calcular lo correspondiente al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, conforme al cual después del tercer mes de servicio se computa lo equivalente a cinco (5) días de salario integral por cada mes; dicho cálculo deberá ser realizado en tales términos hasta el 30 de abril de 2012, y luego a partir de mayo de ese año, con fundamento en lo establecido en el artículo 142 literal a) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que prevé que el cómputo de la garantía de las prestaciones sociales se hará por un pago trimestral de quince (15) días de salario integral a calcular con base al salario del último mes del respectivo trimestre. El monto que resulte de ambos cálculos a su vez deberán ser sumados entendiéndose que la totalidad constituye la garantía de prestaciones sociales generadas por el accionante durante la relación laboral

de conformidad con lo establecido en el numeral 1 de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Asimismo, deberá calcularse los dos (2) días adicionales consagrados en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 hasta el 30 de abril de 2012 y a partir de mayo del 2012 en el literal b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, para lo cual deberá tomarse en cuenta el salario integral promedio generado en el año a computar –de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo– el cálculo de los dos (2) días adicionales proceden después del primer año de servicio según lo estatuido en el artículo 108 anteriormente señalado.

Adicionalmente se debe efectuar el cálculo a que alude el literal c) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por todo el tiempo de servicio, debiendo computarse el lapso total de la prestación de servicios, por lo que teniendo el accionante un tiempo de servicio de doce (12) años, dos (2) meses y diez (10) días, debe considerarse la cantidad de doce (12) años –por tener menos de seis meses de servicio el año de culminación de la relación laboral- a razón de treinta (30) días por año multiplicado por el último salario integral.

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

Para la realización de los referidos cálculos el experto contable considerará el salario integral devengado mes a mes, debiendo calcular, en primer término, el salario normal (compuesto por salario mínimo nacional, porcentaje sobre consumo, la incidencia de la parte variable en los días feriados y domingos y las horas extras devengadas por el accionante); al salario normal se le adicionará la alícuota de utilidades (con base en 30 días por año) y bono vacacional (con base a 7 días para el primer año y un día adicional por cada año, salvo los períodos correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015 que deberá adquirirse el *quantum* con base a 24, 25 y 26 días, respectivamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras) a los fines de obtener el salario integral mensual. Al monto que resulte a pagar se le descontarán las cantidades canceladas por este concepto según se evidencia de los recibos de pago de prestaciones sociales marcados con los números “1”, “2”, “3”, “4”, “5”, “6”, “7”, “8”, “9”, “10” y “11”, cursantes de los **folios 148 al 158 de la pieza N° 1 del expediente**, correspondientes a los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014. Sobre la suma total que le corresponde al accionante -sin las deducciones- deberán calcularse los intereses estatuidos en el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras con base en la tasa pasiva determinada por el Banco Central de Venezuela.

En lo referente a las **vacaciones y bono vacacional** correspondiente a los períodos 2003-2004, 2004-2005, 2005-2006, 2006-2007, 2007-2008, 2008-2009, 2009-2010, 2010-2011, 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015; siendo que la demandada no consideró para el cálculo de dichos conceptos el salario normal devengado por el actor, existe una diferencia en los pagos, el cual deberá ser calculado tomando en cuenta el salario normal promedio (compuesto por salario mínimo nacional, porcentaje sobre consumo, la incidencia de la parte variable en los días feriados y domingos y las horas extras) devengado por el accionante en el año inmediatamente anterior en el que se generó el derecho a percibirlo para los períodos vacacionales completos, es decir, desde el período 2003-2004 al período 2011-2012, y respecto a las vacaciones desde el período 2012-2013 hasta el 2014-2015 se deberá tomar en cuenta el salario normal promedio de los últimos tres (3) meses laborados antes de la culminación de la relación laboral, de conformidad con lo previsto en el artículo 121 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Para el cálculo de las vacaciones se deberá tomar en cuenta la cantidad de treinta y dos (32) días por cada año reclamado por el accionante (lo cual no fue negado por la demandada), y respecto del bono vacacional con base en siete (7) días para el primer año de servicio y un día adicional por año hasta la fecha de culminación de la relación laboral, salvo los períodos correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015 que deberá adquirirse el *quantum* con base a 25, 26 y 27 días, respectivamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. A los montos que resulte a pagar por dicho concepto deberá descontarse las cantidades ya canceladas por tal concepto según se evidencia de los recibos de pago de prestaciones sociales marcados con los números “1”, “2”, “3”, “4”, “5”, “6”, “7”, “8”, “9”, “10” y “11”, cursantes de los **folios 148 al 158 de la pieza N° 1 del expediente**, correspondientes a los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, en el ítem titulado “vacaciones”.

En lo concerniente a las **vacaciones y bono vacacional fraccionadas**, correspondiente al lapso transcurrido entre el 20 de enero de 2015 y el 20 de marzo del mismo año, por dos (2) meses completos de servicio, le corresponde al accionante la cantidad de 5,33 días por concepto de vacaciones fraccionadas y 4,66 días por bono vacacional fraccionado, lo que arroja un monto total de 9,99 días, que deberán ser calculados por el experto contable a razón del último salario normal devengado por el accionante.

En cuanto a las **utilidades** correspondiente a los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012; 2013 y 2014, siendo que la demandada no consideró para el cálculo de este concepto el salario normal devengado, deberá recalcularse tomando en consideración el salario normal promedio devengado por el actor durante cada ejercicio económico anual, con base a treinta (30) días por año, conforme fue reclamado por el accionante. Sin embargo, a la cantidad que resulte a pagar deberán deducírsele los montos cancelados por este concepto según se evidencia de los recibos de pago de prestaciones sociales marcados con los números “1”, “2”, “3”, “4”, “5”, “6”, “7”, “8”, “9”, “10” y “11”, cursantes de los **folios 148 al 158 de la pieza N° 1 del expediente**, correspondientes a los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, en el ítem titulado “utilidades”.

En lo que respecta a las **utilidades fraccionadas del año 2015**, se ordena su pago con base a tres (3) meses efectivos de servicio por lo que corresponden al actor la cantidad de 7,5 días, los cuales deberán ser calculados por el experto contable a razón del último salario normal devengado por el accionante.

Ahora bien, establecido lo anterior, esta Sala en lo que concierne a los **intereses de mora e indexación**, indica que de conformidad con el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio sentado por esta Sala en sentencia N° 1841 de fecha 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita contra Maldifassi & Cia C.A.*), se ordena el pago de los intereses de mora de la cantidad condenada a pagar por concepto de prestaciones sociales e intereses sobre prestaciones sociales –establecidos en el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras–, que arroje la experticia complementaria del fallo luego de efectuar los descuentos ordenados, al tratarse de una deuda de valor, y su cómputo debe hacerse desde la fecha en que la misma es exigible, vale decir, desde la finalización de la relación de trabajo, a saber, desde el 30 de marzo de 2015 y hasta la oportunidad de su cancelación; y con respecto a los intereses de mora del resto de los conceptos condenados, se ordena su cálculo a partir de la fecha en que nació el derecho al trabajador de percibirlo, ello, conforme a lo establecido en sentencia proferida por esta Sala publicada bajo el N° 1097 el 13 de octubre de 2010, ratificada en sentencia N° 965 del 29 de julio de 2014. Cuyo cálculo se efectuará de acuerdo con lo previsto en los artículos 128 y 142 literal f) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicándose la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela. Dichos intereses no serán objeto de capitalización, ni indexación. Así se declara.

En aplicación del referido criterio jurisprudencial, se ordena el pago de la indexación judicial sobre la cantidad condenada a pagar por concepto de prestaciones sociales, a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral –30 de marzo de 2015–, hasta la oportunidad del pago efectivo. Asimismo, se ordena el pago de la corrección monetaria sobre el resto de los conceptos condenados a pagar a partir de la fecha de notificación de la demandada –7 de octubre de 2015– hasta la oportunidad del pago efectivo, excluyendo el lapso de inactividad procesal por acuerdo entre las partes, y aquellos en los cuales la causa estuviere paralizada por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, tales como vacaciones judiciales y recesos judiciales. Así se decide.

En caso de no cumplimiento voluntario de la sentencia, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo competente, aplicará lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.

No obstante, esta Sala establece que si para el momento de la ejecución de la presente decisión está en práctica en el aludido tribunal, lo establecido en el Reglamento del Procedimiento Electrónico para la Solicitud de Datos del Banco Central de Venezuela, el cual fue dictado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sesión de fecha 30 de julio de 2014 y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.616 de fecha 9 de marzo de 2015, el juez executor procederá a aplicar éste con preferencia a la experticia complementaria del fallo, para el cálculo de los intereses moratorios e indexación de los conceptos condenados. Así se declara.

En mérito de las consideraciones expuestas, se declara parcialmente con lugar la demanda interpuesta por el ciudadano Edigio José Padrón Querales, contra la entidad de trabajo El Carretón Venta de Parrilla y Pollo en Brasa, S.R.L., y solidariamente a la sociedad mercantil Inversiones Armas Padrón, C.A., además de en forma personal a los ciudadanos Juan Padrón Castañeda y Andrés Armas Acosta. Así se declara.

DECISIÓN

Por las razones precedentemente expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la ley, declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Quinto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, publicada el 25 de octubre de 2017; **SEGUNDO: SE ANULA** la decisión recurrida. **TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda incoada.

No hay condenatoria en costas, dada la naturaleza de la decisión.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial supra señalada. Particípese de la presente remisión al Juzgado Superior de origen, 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 veintitrés (23) días del mes de marzo de dos mil dieciocho (2018). Años: 207° de la Independencia y 159° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente,

Magistrado,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrada Ponente,

Magistrado,

MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO

La Secretaria,

ANGELA MARÍA MORANA GONZÁLEZ

R. C. N° AA60-S-2017-000967

Nota: Publicada en su fecha a

La Secretaria,