



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

SALA DE CASACIÓN SOCIAL.

Ponencia del Magistrado doctor **JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO.**

En el juicio de cobro de diferencia de Prestaciones Sociales que sigue el ciudadano **LUIS EMIRO GARCÍA MÁRQUEZ**, representado judicialmente por los abogados Virginia C. Pereira Zamora y Wilmer A. Castellanos Suárez, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 87.637 y 211.465 respectivamente, contra la sociedad mercantil **RESTAURANT BAR EL DRAGON CITY C.A.**, representado judicialmente por el abogado José Luis Ramírez, inscrito en el Inpreabogado bajo el número 3.533; el Juzgado Cuarto Superior Laboral del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, publicó sentencia en fecha 11 de junio de 2019, mediante el cual declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión de fecha 20 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado Décimo Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaro con lugar la demanda.

Contra la decisión dictada por el tribunal de alzada, la representación judicial de la parte demandada anunció recurso de casación, el cual fue admitido mediante auto de fecha 19 de junio de 2019, en consecuencia, se ordenó la remisión del expediente a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

En fecha 2 de agosto de 2019 se dio cuenta en Sala y se asignó la ponencia al Magistrado Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

Siendo la oportunidad procesal para decidir, lo hace la Sala en los términos siguientes:

RECURSO DE CASACIÓN

-I-

Con fundamento en el numeral 2, del artículo 168, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia el vicio de errónea interpretación de los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Delata el impugnante en su escrito de formalización lo siguiente:

En la sentencia recurrida se lee textualmente lo siguiente: "...En abono a lo anterior, importa destacar la demandada no logró desvirtuar con pruebas idóneas la jornada de trabajo señalada por el actor en su escrito libelar..."

En el libelo de la demanda reformado se estableció lo siguiente: “...El ciudadano **LUIS EMIRO GARCIA** (...) pacto con su ex Patrono una jornada de Trabajo (...) los días, **miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo (...)** en horario de 11:00 am a 10 de la noche, con Dos (2) días libres a la semana (...)”

En el escrito de contestación a la demanda se expresó textualmente lo siguiente: “ (...) No es cierto que el demandante laborara un horario comprendido desde las 11:00 a.m. hasta las 10:00 p.m....Tal como se desprende de la norma transcrita, el pago del bono nocturno procede únicamente cuando se labora una jornada nocturna, pero no cuando se labora una jornada mixta, como es el caso del horario señalado por el demandante (...) en el supuesto negado de que el demandante hubiere laborado el horario de 11:00 a.m. hasta las 10:00 p.m. (...) esta sería una jornada mixta por comprender periodos de trabajo diurnos y nocturnos y sólo sería considerada como jornada nocturna cuando esa jornada mixta tenga un periodo nocturno mayor de cuatro (4) horas, así lo dispone el ordinal 3º del artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y los Trabajadores (...) como puede evidenciarse del señalado horario el periodo nocturno solo abarca tres (3) horas nocturnas de 7:00 a 10:00 de la noche y en consecuencia, dicha jornada es mixta, siendo así improcedente el reclamo (...) por concepto de bono nocturno (...) siendo igualmente incierto que laborará (sic) once (11) horas diarias miércoles, jueves, viernes, sábados y domingos de cada semana. Niego y rechazo que trabajará tres (3) horas extraordinarias nocturnas diarias...”

Como puede apreciarse, la parte demandada negó de manera pura y simple el horario señalado por el actor en su libelo, así como la procedencia de las horas extras, alegando que en el supuesto negado de que el demandante hubiese laborado dicho horario, lo cual fue negado y rechazado, tampoco sería procedente el pago del bono nocturno por tratarse de una jornada mixta.

Del análisis del escrito de contestación a la demanda y ante la negativa pura y simple del horario de trabajo, de las horas extras y del bono nocturno, le correspondía a la parte que los alegó al trabajador, la carga de aportar las pruebas pertinentes con el objeto de demostrar la ocurrencia de tales hechos. (...) el Juez de la recurrida al considerar que mi representada no había desvirtuado con pruebas idóneas la jornada de trabajo alegada por el actor en su libelo infringió por errónea interpretación los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo referente a la carga de la prueba y a la contestación de la demanda.”

De la lectura del escrito de formalización presentado por la parte demandada, se observan dos denuncias: **La primera** referida al vicio de errónea interpretación de los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al considerar el recurrente que el juez de alzada interpretó erróneamente la forma como efectuó la distribución de la carga de la prueba en el proceso, la cual recae en cabeza de la parte actora, y no en el demandado como lo estableció el sentenciador de la recurrida, y **la segunda** referida a la errónea interpretación del artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, relativo a la improcedencia del concepto del bono nocturno, tras no superar la jornada mixta un periodo nocturno mayor de cuatro (4) horas.

Ahora bien, a los fines de verificar la comisión del vicio imputado en relación a la jornada de trabajo y las horas extras, resulta necesario examinar lo expuesto por las partes en su escrito libelar y de contestación, con el propósito de determinar los fundamentos de la pretensión y las defensas opuestas.

De la revisión de las actas procesales se observa que el demandante invocó en el escrito libelar, la existencia de la relación laboral con la entidad de trabajo Restaurant Bar El Dragón City, C.A., en el horario de 11:00 a.m. a 10:00 p.m. los días miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo, con dos (2) días libres a la semana (lunes y martes), en razón de ello, reclama el pago de las tres (03) horas extraordinarias nocturnas, los cinco (5) días de la semana, desde las 7:00 p.m. hasta las 10:00 p.m.

Por su parte la accionada en la oportunidad de la contestación a la demanda, negó categóricamente que el demandante “(...) laborara un horario comprendido desde la 11:00 a.m. hasta las 10:00 p.m.”. De igual manera niega que “laborará once (11) horas diarias los días miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo de cada semana”. Niega que el trabajador “laborara tres (3) horas extraordinarias de 7:00 p.m. a 10:00 p.m.”. Finalmente rechaza que el

cálculo de las presuntas horas extras sea el salario normal diario, pues, considera que debe tomarse en cuenta el salario normal devengado durante la jornada laboral.

Ahora bien, del análisis contradictorio, el sentenciador de la recurrida estableció lo que de seguida se reproduce:

En abono a lo anterior, importa destacar la demandada no logró desvirtuar con pruebas idóneas la jornada de trabajo señalada por el actor en su escrito libelar, ni probó el pago del recargo 30% por jornada nocturna laborada, asimismo no desvirtuó los pagos condenados por porcentaje al consumo y por el derecho a percibir propina(...).

Como se aprecia del pasaje de la recurrida *supra* transcrito, el sentenciador de alzada determinó que le correspondía a la parte demandada, demostrar la jornada de trabajo, dando por comprobado el hecho que la accionada no logró desvirtuar con pruebas fehacientes la jornada de trabajo, específicamente el recargo del 30% por jornada nocturna, el porcentaje por consumo ni el concepto de propina.

Ahora bien, en el caso *sub iudice* se observa, que la accionada dio contestación a la demanda en la cual negó el horario de trabajo en forma pura y simple, sin establecer los motivos de su rechazo y sin haberlo desvirtuado con elementos probatorios, por lo que se entiende, por vía de consecuencia, que deben tenerse por admitidos los hechos indicados en el libelo de demanda.

Al respecto el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo señala lo siguiente:

Artículo 72: Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal.

La norma antes descrita dispone, lo que en derecho laboral se conoce como la teoría de la carga de la prueba cuyo fin principal es, proteger al trabajador de la desigualdad económica, en que se encuentra frente al patrono, ya que de no ser así, se generaría en el accionante una situación de indefensión, la misma consiste en que, aquel que alega una situación o hecho en un proceso judicial, tiene la carga de probarlo, señalando que el empleador independientemente de cuál sea su rol en el proceso, tendrá siempre la carga de acreditar las causas que motivaron el despido y el pago que lo libere de las obligaciones con los trabajadores. Igualmente establece la referida disposición, que cuando sea el actor el encargado de demostrar la relación laboral, tendrá en su favor la presunción de la existencia de la relación de trabajo.

Aunado a ello, con la forma de dar contestación a la demanda en materia laboral, debe tenerse en cuenta lo consagrado en el artículo 135 *eiusdem* que dispone lo siguiente:

Artículo 135.- Concluida la audiencia preliminar (...), el demandado deberá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda, determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuales niega o rechaza, y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. Se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso (...).

La norma antes descrita establece la carga de la parte demandada en el proceso laboral de determinar con claridad en la contestación de la demanda, los hechos alegados en el libelo que admite y los que niega, así como el deber de expresar los fundamentos de su defensa, sancionando la falta de cumplimiento de esta obligación con la admisión de los hechos aducidos en la demanda, respecto de los cuales no se hubiera hecho la requerida determinación o expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieran desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso.

Así las cosas, contestada la demanda conforme al precepto legal *supra* aludido, se activan los supuestos contenidos en el artículo 72 *eiusdem*, por lo que corresponderá la carga probatoria a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga alegando nuevos hechos. En este sentido, atañe al demandado la carga de probar todos los hechos nuevos que emplee como fundamento para rechazar la pretensión del actor, **asumiéndose como admitidos aquellos que no niegue o rechace expresamente en la contestación, o bien, no haya aportado a los autos en la oportunidad legal prueba alguna capaz de desvirtuarlos**, vale decir que en este último supuesto, la parte accionada tendrá la carga de desvirtuar –en fase probatoria– aquellas circunstancias sobre las cuales no hubiere realizado en la contestación el respectivo rechazo sentencias (*vid.* N^{os} 1861 del 9 de diciembre de 2014, caso: *Enrique Borsegui* contra *Blindados Centro Occidente, S.A.*, 545 del 13 de junio de 2016, caso: *Johnny Javier Zapata Castillo* contra *R.V. Rodovías de Venezuela, C.A.* y 301 del 24 de abril de 2007, caso: *José Eduardo Guzmán Golindano* contra *Inversiones Gran Brasa, C.A.* y otros).

Por consiguiente, teniendo en consideración la forma en que fue contestada la demanda, en la cual se negó en forma pura y simple el horario de trabajo señalado por la parte actora, sin hacer determinación alguna de un nuevo o distinto horario, ni expresar los motivos de rechazo en relación a la misma –conforme a lo establecido en el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo–, y al no existir elementos probatorios cursante en autos que desvirtúen el horario señalado por el trabajador, tendría lugar la consecuente admisión de los hechos invocada por la parte actora en el escrito libelar, por ende, esta Sala extremando su función juzgadora evidencia que los argumentos expuestos por el sentenciador en relación a la jornada de trabajo, resultan acordes al régimen de distribución de la carga de la prueba en materia procesal laboral, teniendo por cierto el horario del accionante, quedando demostrada, que la labor realizada por la parte actora se desarrolló dentro de una jornada de once (11) horas diarias, en el horario de once de la mañana (11:00 a.m.) a diez de la noche (10:00) p.m., los días miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo. Así se decide.-

En relación a las tres (3) horas extras pretendidas por la parte actora, en el horario de trabajo de 7:00 p.m. a 10:00 p.m., si bien es cierto que se trata de condiciones o acreencias distintas o en excesos de las legales, cuya carga probatoria recae en cabeza de la parte actora, en la cual no es necesario analizar ni exponer las razones de hecho y de derecho señaladas por la demandada en su escrito de contestación, conforme a la cual son o no procedentes los conceptos y montos correspondientes, debe entenderse que las horas extras pretendidas por el trabajador, devienen y se encuentran dentro de la jornada de trabajo admitida en el acápite anterior, pues se encuentra dentro del horario de 11:00 a.m. hasta las 10:00 p.m. los días miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo, razón por la cual, por vía de consecuencia, se tiene por cierto que el actor laboró en las horas extras antes descritas. Así se decide.

En otro contexto, de la revisión del escrito de formalización observa la Sala que el recurrente al denunciar la infracción de errónea interpretación de los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, realmente lo que pretende denunciar ante este Tribunal es la errónea interpretación del artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras cometida por el juez de alzada, al declarar procedente el pago del bono nocturno cuando se trata de una jornada mixta con un periodo menor de cuatro horas, a pesar que la demandada, negó y rechazó el pago de tal concepto en forma pura y simple.

Ha sido doctrina de este alto tribunal el de señalar que, la errónea interpretación de una norma se produce cuando el juez aún reconociendo la existencia y la validez de una norma apropiada al caso, eligiéndola acertadamente, equivoca la interpretación en su alcance general y abstracto, es decir, cuando no le da el verdadero sentido, haciendo derivar de ella consecuencias que no concuerdan con su contenido.

En razón de ello, resulta necesario transcribir parte de la sentencia de alzada, la cual hace mención de la siguiente manera: “*En abono a lo anterior, importa destacar la demandada no logró desvirtuar con pruebas (...) el pago del*

recargo 30% por jornada nocturna laborada. “

De lo antes descrito, se observa que el juez superior en la oportunidad de distribuir la carga de la prueba, determinó que correspondía a la parte demandada demostrar que el trabajador era acreedor del bono nocturno. Al respecto ha sido sumamente reseñado por esta Sala de Casación Social, el criterio referido a la distribución de la carga de la prueba en materia de conceptos exorbitantes, en sentencia Nro.º 1.604 del 21 de octubre de 2008 (caso: *Mariselys Josefina Ortiz Parejo contra Procesadora y Exportadora Trus-Tuna, C.A.*), ratificado, en sentencia Nroº 1.407 del 6 de octubre de 2014 (caso: *Hipólito Antonio Rodríguez Auyoa contra Agropecuaria Las Guaruras, C.A. y otros*), al disponer lo siguiente:

(...) la Sala debe reiterar que las condiciones exorbitantes (...) 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. En este sentido, en sentencia N° 445 del 9 de noviembre de 2000 (caso: *Manuel de Jesús Herrera Suárez contra Banco Italo Venezolano C.A.*), se sostuvo que:

(...) no todos los alegatos y rechazos que se expongan en la contestación, deberán recibir idéntico tratamiento, porque la adecuada o suficiente precisión en el rechazo o en la exposición de las razones y fundamentos de las defensas, en relación con la carga de la prueba o el riesgo de no aportarla, dependerá de la naturaleza y circunstancias de cada asunto y resultará del examen de las mismas que debe practicar el juzgador, tarea en la cual hará uso de las presunciones establecidas a favor del trabajador pero de la que no puede eximirse con el solo fundamento de indicar que por efecto de declararse la existencia de la relación de trabajo alegada, se tendrán por admitidos todos los hechos y pedimentos planteados con fundamento y por derivación de ella, aún cuando se los hubiere rechazado expresa y precisamente y se trate de rechazos o negativas que se agotan en sí mismas, como son las opuestas a condiciones distintas o exorbitantes de las legales.

Así, por ejemplo, si se ha establecido que unas relaciones de carácter laboral, con una remuneración y tiempo determinado y bajo condiciones legales, es claro que el riesgo de no quedar demostrados los pagos que derivan de esos supuestos no recae sobre el trabajador demandante, sino sobre el patrono demandado, aunque éste haya rechazado punto por punto lo reclamado. **Pero no puede ser igual cuando se han alegado condiciones y acreencias distintas o en exceso de las legales, como un preaviso en monto equivalente a cuatro o seis meses de salario, o especiales, circunstancias de hecho como horas extras o días feriados trabajados**, pues a la negación de su procedencia y/u ocurrencia en el mundo de lo convenido o llevado a cabo no hay, salvo algún caso especial, otra fundamentación que dar; **siendo necesario analizar y exponer las demostraciones y razones de hecho y de derecho conforme a las cuales sean o no procedentes los conceptos y montos correspondientes** (Destacado de esta Sala).

Tomando en cuenta el criterio jurisprudencial *supra* transcrito, verifica esta Sala, que en el caso concreto, la recurrida no sólo confirmó en forma errónea la sentencia del *a quo*, en relación a la distribución de la carga de la prueba al considerar que era el demandado quien debía demostrar que el trabajador laboraba en una jornada nocturna, sino además, declaró la procedencia en derecho del concepto de bono nocturno, a pesar que se trataba de una jornada mixta cuyo periodo nocturno es menor de cuatro (4) horas.

Por su parte, el artículo 117 de la Ley sustantiva laboral, establece: *“La jornada nocturna será pagada con un treinta por ciento de recargo, por lo menos, sobre el salario convenido para la jornada diurna”*.

A los fines de definir los límites de la jornada, el ordinal tercero del artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores dispone que cuando la jornada comprenda periodos de trabajo diurnos y nocturnos se considera mixta y no podrá exceder de las siete horas y media diarias ni de treinta y siete horas y media semanales. Asimismo, prevé la norma en referencia que cuando la jornada mixta tenga un periodo nocturno mayor de cuatro horas, se considerara jornada nocturna en su totalidad.

En el caso sub examine, al haberse admitido el horario de trabajo (dado los términos en que contestó la demandada), que el actor prestó sus servicios en una jornada de trabajo los días miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo en el horario comprendido de 11:00 a.m. a 10:00 p.m., se desprende claramente, que el trabajador laboró en

una jornada mixta con periodos de trabajo diurnos y nocturnos, determinándose que el número de horas cumplidas en el horario nocturno, no es mayor de cuatro (4) horas, tal como lo prevé el precitado artículo, por lo tanto no puede ser reputado como una jornada de trabajo nocturna, en consecuencia, mal puede pretender el accionante ser acreedor del bono por este concepto, razón por la cual prospera la denuncia de errónea interpretación del artículo 173 de la ley sustantiva laboral. Así se decide.

Dado los motivos antes descritos, resulta inoficioso para esta Sala entrar a resolver la siguiente delación formulada en el escrito de formalización. Por lo tanto, el recurso de casación anunciado por la parte demandada debe ser declarado con lugar; en consecuencia, se **anula el fallo recurrido** y se procede a dictar sentencia del mérito de la controversia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en los siguientes términos:

DEL MERITO DE LA CONTROVERSIDA

Se inicia el presente juicio por cobro de diferencia de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, mediante demanda incoada por el ciudadano LUIS EMIRO GARCÍA MÁRQUEZ contra la sociedad mercantil RESTAURANT BAR EL DRAGÓN CITY C.A., en la que afirma que comenzó a prestar servicio personales a tiempo indeterminado a partir del día 17 de julio de 2015, como mesonero para la empresa demandada en una jornada mixta de once (11) horas diarias, con dos (2) días de descanso semanal, lunes y martes libres, laborando los cinco (5) días a la semana, miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo, en el horario de once de la mañana (11:00 a.m.) a diez de la noche (10:00 p.m.), entre sus funciones se encontraban atender a los clientes, ofrecer y sugerir las bebidas y gastronomía del día, retirar las mesas, llevar la cuenta de los consumos de los clientes, ordenar, dejar todo limpio y arreglar el establecimiento para el día siguiente.

En este orden de ideas, el ciudadano LUIS EMIRO GARCÍA MARQUEZ, continúa aduciendo que su salario era variable compuesto por el salario mínimo establecido por el Ejecutivo Nacional, más lo devengado por la propina dejada en efectivo, que nunca se tasó entre las partes, y fue estipulada aproximadamente por la cantidad de Veinte Mil Bolívares (Bs. 20.000,00) mensuales, además de una comisión del diez por ciento (10%) de servicio o porcentaje cobrado a los clientes, el cual fue percibido por la actora desde el inicio de la relación laboral hasta el 31 de agosto de 2016, cuyo monto fue retenido por la empresa demandada y no repartido entre los trabajadores de la sala, siendo sustituido por un bono de alimentación (cesta tickets). Adicionalmente, percibió un bono semanal de Bs. 2000 y 8.000 al mes, un bono de transporte de Bs. 500,00 y Bs. 2000 mensual, más Bs. 1.000,00 y Bs. 4.000 al mes por concepto de comida cuya fracción le fue otorgada semanalmente.

Por otro lado, el trabajador aduce que fue despedido injustificadamente en fecha 31 de enero de 2017 por la empresa demandada tras haber incoado una demanda por el reclamo del 10% de servicio de porcentaje retenido, signada con el número AP21-L-2016-2401, aduce que mientras se desarrollaba la etapa de sustanciación, la empleadora le solicitó al actor que desistiera de la demanda, presentando un escrito sin poder de representación en la cual daba por terminado el litigio, procediendo a desistir de la misma y recibiendo un cheque por el referido acuerdo transaccional, el cual nunca fue homologado por el tribunal que llevaba la causa.

Aduce la parte actora que su salario debió ser incrementado por el pago de los días domingos laborales, horas extraordinarias laboradas no pagadas, días de descanso laborados no pagado, el bono nocturno y el porcentaje de diez por ciento (10%) quedando pendiente una diferencia.

En virtud de lo anteriormente expuesto, dicho ciudadano reclama el pago de los siguientes conceptos:

CONCEPTOS RECLAMADOS	MONTOS
----------------------	--------

DIFERENCIA DE ANTIGÜEDAD	Bs. 55.250,57
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO	Bs. 171.721,57
RECLAMO POR COMIDA NO OTORGADA	Bs. 318.600,00
DIFERENCIA POR INTERESES SOBRE PRESTACIONES SOCIALES	Bs. 11.186,12
RECLAMO POR JORNADA NOCTURNA LABORADA	Bs. 473.503,68
RECLAMO POR HORAS EXTRAORDINARIAS NOCTURNAS LABORADAS	Bs. 564.562,10
TOTAL	Bs. 1.594.824,04

Por su parte la demandada dio oportuna contestación a la demanda según se evidencia de escrito que riel a los folios (66 al 68) de la pieza principal del expediente, en la cual reconoció que la parte actora laboró para su representada desde el día 17 de julio de 2015 hasta el 31 de enero de 2017, fecha en la cual fue despedido.

Asimismo, la empresa demandada negó que la parte actora recibiera durante la prestación de su servicios los siguientes conceptos: Un bono semanal de Bs. 2.000 o sea, Bs. 8.000 mensual, un bono por concepto de transporte de Bs. 500 semanal y Bs. 2.000 mensual y un bono de Bs. 1.000 semanal, es decir, Bs. 4.000 al mes por concepto de comida. De igual aduce que el artículo 4 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, establece que el beneficio de comida balanceada puede hacerse a través de comedores, y la empresa demandada otorgó al trabajador una comida balanceada dentro de su local comercial hasta el 31 de julio de 2016, la cual fue sustituida a través de la entrega del beneficio del cesta tickets, en consecuencia, no es posible considerar dicha comida como un derecho adquirido, pues la misma, no fue eliminada sino sustituida por el cesta tickets, por lo que, no forma parte del salario, en consecuencia, niega que adeude los montos señalados por la parte actora por las presuntas comidas no otorgadas.

En este mismo orden de ideas, negó el horario comprendido entre las 11:00 a.m. hasta las 10:00 p.m., negó que la actor laborara las once (11) horas diarias los días miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo, rechaza el concepto de bono nocturno, por cuanto el horario señalado por la parte actora se trata de una jornada mixta que comprende periodos de trabajo diurnos y nocturnos, y sólo serían considerados como jornada nocturna cuando supere un periodo nocturno mayor de cuatro (4) horas. Aduce que en el caso concreto, el horario señalado por el trabajador abarca tres (3) horas nocturnas de 7:00 a 10:00 de la noche, en consecuencia, dicha jornada es mixta resultando improcedente el reclamo del bono nocturno y el concepto de horas extras nocturnas.

Niega rechaza y contradice que el salario integral del trabajador fuere por la cantidad de Bs. 2.728,71, tras no haber recibido suma alguna por los conceptos de bono de transporte, bono semanal y bono por comida. Rechaza que se adeude por concepto de prestaciones sociales e intereses sobre prestaciones sociales las cantidades de Bs. 55.250,57 y Bs. 11.186,12, en virtud que el trabajador recibió la suma de Bs. 116.472,00 por dichos conceptos, con ocasión a la demanda que cursa en el expediente AP21-L-2016-002401 calculadas en base al salario integral de Bs. 1.721,26 declarado por el actor en el escrito de demanda.

Niega que para el momento de la terminación de la relación de trabajo el trabajador haya recibió las cantidades de Bs. 2000 y Bs. 8000 por concepto de bono de transporte. Rechaza que el valor de la propina sea por la suma de Bs. 20.000,00, pues dicha estimación debió realizarse por decisión judicial tomando en cuenta la calidad de servicio, el nivel profesional, la productividad del trabajador y la categoría del local.

Sobre la base de tales alegatos surgen como **hechos admitidos** y por tanto relevados de prueba: La existencia de la relación de trabajo, la fecha de ingreso del trabajador, la fecha de egreso, el cargo desempeñado por la parte actora, la forma de terminación de la relación laboral y finalmente que el trabajador recibió finiquito por concepto de prestaciones sociales. Como **hechos controvertidos** se encuentran: La procedencia o no de los complementos salariales correspondiente a: 10% sobre el consumo, la propina, el bono semanal, el bono de transporte y bono por concepto de

comida, el horario de trabajo señalado por la parte actora y la procedencia o no de los conceptos correspondiente a diferencia de antigüedad, indemnización por despido injustificado, reclamo por comida no otorgada, diferencia de intereses sobre prestaciones sociales, bono nocturno laborado y horas extras nocturnas laboradas.

En atención al contenido de los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el régimen de distribución de la carga de la prueba se fijará conforme a la manera en que el demandado conteste la pretensión. Al respecto, esta Sala de Casación Social, en fecha 11 de mayo de 2004, en sentencia N° 419 (caso: *Juan Rafael Cabral Da Silva contra la Sociedad Mercantil Distribuidora de Pescado La Perla Escondida, C.A.*), determinó lo siguiente:

Pues bien, de la sentencia precedentemente expuesta se puede extraer las siguientes consideraciones con respecto a la distribución de la carga de la prueba en los procesos en materia laboral:

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

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

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

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

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

Sobre este último punto, la Sala ha insistido que es importante que los jueces analicen el motivo de la omisión de fundamentos en la contestación, puesto que pueden tratarse de hechos negativos absolutos, es decir, aquellos que no implican a su vez ninguna afirmación opuesta, ya que son indeterminados en tiempo y espacio, siendo por lo tanto de difícil comprobación por quien niega, por lo que le corresponde a la parte que los alegó –al trabajador- la carga de aportar las pruebas pertinentes a fin de demostrar la ocurrencia de tales hechos.

Asimismo ha insistido la Sala, que aún y cuando el demandado en la litiscontestación, no haya rechazado los alegatos expuestos por el actor en su libelo o que una vez realizado el rechazo no haya fundamentado el mismo, los jueces estarán en la obligación de analizar si los conceptos que integran la pretensión deducida son opuestos a condiciones distintas o exorbitantes a las legales, puesto que de ocurrir tal circunstancia, es evidente que debe declararse la improcedencia de lo reclamado. (Subrayado de la Sala)

Establecidos como han quedado los términos del presente contradictorio y la carga de la prueba, esta Sala pasa a analizar las pruebas promovidas y evacuadas por las partes, conforme a las reglas de sana crítica y el principio de la comunidad de la prueba:

En la oportunidad procesal para ello –inicio de la audiencia preliminar- las partes hicieron uso de su derecho, promoviendo la parte actora documentales, exhibición de documentos, prueba de informes y testimonial, y la parte demandada documentales. El Tribunal de Juicio por autos de fecha 16 de noviembre de 2017-folios (75 y 76) de la pieza principal-se pronunció admitiendo las pruebas promovidas por las partes, a su vez, hizo saber a las partes que deberían de comparecer a la audiencia de juicio, a los efectos de la declaración de parte establecida en el artículo 103 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. El testigo promovido por la parte actora no asistió a rendir declaración.

Pruebas de la parte demandante

Documentales:

A los folios 44 al 46 de la pieza principal, cursan facturas de consumo emitidos por la empresa Restaurant Bar El Dragón City C.A., de fechas 08, 12 y 26 de enero de 2016, 01 de marzo de 2016, 25 y 29 de mayo de 2016, 21 de julio de 2016, 30 de agosto de 2016 y 10 de septiembre del mismo año, las cuales no fueron desconocidas en la audiencia de juicio, por lo que se les otorga valor probatorio de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de los mismos se desprende el cobro del 10% de servicio por consumo en la empresa demandada.

Cursa a los folios 47 al 49 de la pieza principal del expediente especialidades de la casa (Restaurant Bar el Dragón City, C.A.), dichas instrumentales no fueron impugnadas ni desconocidas por la parte demandada, en consecuencia, se le otorga mérito probatorio.

Se desprende al folio 50 de la pieza principal del expediente copia simple de constancia de trabajo de fecha 03 de marzo de 2016, emitida por la empresa demandada y dirigida a la entidad financiera Banco de Venezuela, en la cual se evidencia que el ciudadano Luis Emiro García Márquez, prestó sus servicios en el Restaurant Bar el Dragón City C.A., desde el 17 de julio de 2015 en el cargo de mesonero, devengando como remuneración total promedio semanal la suma de Bs. Once Mil Quinientos Setenta y Siete con Ochenta y un céntimos (Bs. 11.577,81), dicha instrumental no aporta nada al caso debatido en consecuencia se desestima su valoración.

Cursa a los folios 51 al 52 de la pieza principal del expediente sobres de pago a beneficio del trabajador emanados de la entidad de trabajo Restaurant Bar el Dragón City C.A., correspondiente a los años 2015 y 2016, de las mismas se desprenden los salarios cancelados al actor y sus complementos salariales: Transporte, alimentación, sábados y domingos, así como las deducciones de ley como el Seguro Social Obligatorio y la Política Habitacional. Dichas instrumentales no fueron desconocidas en la audiencia de juicio, por lo que se les otorga valor probatorio de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo,

Prueba de exhibición:

Solicitó la exhibición de las siguientes instrumentales: Original de los recibos (sobres) de pago de nómina, original de las facturas de consumo y original de las cartas del menú o especialidades de la casa, cartel o cobro de porcentaje a los comensales a partir del 17 de julio de 2015 hasta el 31 de enero de 2017.

Respecto al original de los recibos de pago de nomina esta Sala observa que se trata de documentos que por mandato legal debe llevar el empleador, las cuales fueron consignadas por la representación judicial de la parte demandada en la audiencia de juicio, y corren insertas a los folios (83 al 97) de la pieza principal, siendo que las instrumentales que reposan en el expediente, no fueron objeto de impugnación por parte de la demandada, se les confiere valor probatorio conforme a lo previsto en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En relación a la exhibición de los citados documentos (originales de las facturas de consumo y cartas del menú o especialidades de la casa, cartel o cobro de porcentaje a los comensales) se observa, que tales instrumentales fueron reconocidas por la parte demandada, no obstante, no los presentó para su referida exhibición en la audiencia de juicio; razón por la cual se le aplica la consecuencia establecida en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo Así se declara.

Testimonial:

En lo atinente a la testimonial del ciudadano Luis Ezequiel Díaz, en la oportunidad de la celebración de la audiencia de juicio, se dejó constancia de su incomparecencia, razón por la cual esta Sala no tiene nada que valorar al respecto. Así se establece.

Informes:

Dirigido al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), cuya resulta consta al folio (100) del expediente, mediante el cual informa que no se anexaron al oficio remitido a la institución, las facturas de consumo promovidas en la prueba de informes, necesarias a los fines de verificar la autenticidad de los documentos, en consecuencia, esta Sala desestima su valoración, por cuanto nada aporta a la resolución de los hechos controvertidos.

Pruebas parte demandada:

Documentales:

A los folios 54 al 55 de la pieza principal cursa original constancia de trabajo de fecha 02 de noviembre de 2014, emitida por la empresa Restaurant Bar el Dragón City C.A., en la cual se desprende que la ciudadana Amy Yu Chen presta servicios en la entidad de trabajo antes descrita desde el 01 de mayo de 2014, en el cargo de Encargada y Administradora de recursos humanos, también consta copias de las cédulas de identidad de los ciudadanos Amy Yu Chen y Chang Simon. Al respecto esta Sala observa que tales instrumentales resultan ser impertinente al caso debatido, en consecuencia, se desestima su valoración conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

A los folios 56 al 60 de la pieza principal del expediente, cursa copia simple de finiquito celebrada entre el ciudadano Luis Emiro García Márquez y la sociedad mercantil Restaurant Bar El Dragón City, C.A., por la cantidad de Trescientos Cincuenta Mil Bolívares (Bs. 350.000,00), por concepto de beneficios laborales y contractuales, bonificaciones, cuentas, viáticos, gastos de transporte, horas extraordinarias o de sobretiempo, diurnas o nocturnas, alojamiento, comidas, reembolso de gastos, salarios correspondientes a días domingo, feriados y no laborables, bono nocturno, vacaciones vencidas, utilidades legales o convencionales de ejercicios anteriores, daños y perjuicios, accidentes de trabajo, daños materiales, daños morales, diferencias en pago de salarios, diferencia en pago de derecho, beneficios, prestaciones sociales o cualquier otro pago relacionado con el Seguro Social Obligatorio. Dicha instrumental no se encuentra homologada por el tribunal laboral, razón por la cual se desestima el valor probatorio conforme lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

A los folios 61 al 62 de la pieza principal del expediente cursa copias simples de liquidación de fecha 2 de febrero de 2017 a beneficio del trabajador, donde se desprende el pago por conceptos de prestaciones sociales, días adicionales, indemnización por despido, vacaciones fraccionadas (Enero 2017), bono vacacional fraccionado (Enero 2017), utilidades fraccionadas, porcentaje de consumo no pagado o retenido, diferencia por días de descanso, diferencia por días domingo trabajados, diferencia por preservación de comida-vacaciones años 2015-2016, diferencia por días domingo por la incidencia de la propina, diferencia por días de descanso por la incidencia de la propina, intereses sobre prestaciones, dichas instrumentales se encuentran debidamente firmadas por el trabajador, y no fue objeto de impugnación en la audiencia de juicio por la parte contraria, razón por la cual le confiere mérito probatorio conforme lo establece los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

A los folios 63 al 64 de la pieza principal del expediente cursa copia simple de cheques emitidos por la empresa Restaurant Bar el Dragón City C.A., a beneficio del ciudadano Luis Emiro García Márquez por las sumas de Doscientos Cincuenta Mil Bolívares (Bs. 250.000,00) y Cien Mil Bolívares (Bs. 100.000,00), se le otorga valor a probatorio conforme lo establecido en los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Terminado el análisis de las pruebas aportadas por las partes a los autos, esta Sala pasa a decidir la presente controversia en los siguientes términos:

Con el propósito de resolver el fondo del presente asunto se aprecia que el Juzgado Décimo Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, declaró con lugar la demanda, procediendo la parte demandada a interponer el recurso de apelación ante el perjuicio sufrido, el Juzgado Cuarto Superior Laboral del Circuito Judicial del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación en razón de la aplicación del principio "*non reformatio in peius*", que devino del error en que incurrió el juez de primera instancia en su sentencia, al declarar en su dispositivo con lugar la demanda, cuando en la lectura de la decisión se aprecia, que no todos los conceptos reclamados por la parte actora, fueron declarados procedentes, ratificando el resto de los conceptos y montos acordados por el juez de la causa.

En relación al salario y los complementos salariales percibidos por el trabajador durante la prestación de su servicio, la parte actora señala en su escrito libelar que devengaba un salario variable compuesto por: El salario mínimo más lo devengado por la distribución de la propina con una suma de aproximadamente de Veinte Mil Bolívares (Bs. 20.000,00) mensuales, más el diez por ciento (10%) de servicio o porcentaje cobrado a los clientes, percibido desde el inicio de la relación laboral hasta el 31 de agosto de 2016, un bono semanal de Bs. 2.000 o sea, Bs. 8.000 mensual, un bono por concepto de transporte de Bs. 500 semanal y Bs. 2.000 mensual y un bono de Bs. 1.000 semanal, es decir, Bs. 4.000 al mes por concepto de comida, caso contrario, la representación judicial de la parte demandada, admitió que el trabajador percibió el salario mínimo, el 10% por el servicio prestado y la propina como parte del salario, sin embargo, rechazó que el valor de la propina sea por la suma de Bs. 20.000,00, aduciendo que el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras establece que la estimación de la misma debe ser realizada mediante decisión judicial.

Ahora bien, a los fines de determinar la remuneración efectivamente percibida por el accionante, se observa en los sobres de nómina cursante a los autos, (Fol. 51, 52, 83 al 97) de la pieza principal del expediente), que la parte actora durante toda la vigencia de la relación laboral, devengó el salario mínimo mensual decretado por el Ejecutivo Nacional, lo cual fue debidamente reconocido por la parte demandada en su escrito de contestación, por lo que concluye esta Sala, que el actor tenía como porción fija, el pago del salario mínimo.

En cuanto al recargo de un porcentaje sobre el consumo en los locales en que se acostumbra cobrar al cliente por el servicio, le corresponde al trabajador una proporción como parte del salario, así como el valor que representa para el actor el derecho a percibir la propina como parte del salario de acuerdo con la costumbre o el uso local.

Sobre el particular, el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras establece lo siguiente:

Artículo 108.- En los locales en que se acostumbra 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.

De acuerdo con la norma citada, en los locales en que se acostumbre a cobrar al cliente por el servicio prestado, formará parte del salario normal del trabajador el recargo del porcentaje sobre el consumo, en la proporción pactada o que derive de la costumbre o el uso del local. Asimismo, en los locales en que por costumbre o uso, el trabajador recibiera propinas, por la cantidad y calidad del servicio, formará parte del salario normal del trabajador el valor que representa el derecho a percibir las propinas, y no las cantidades pagadas voluntariamente por los clientes, dicho valor será estimado por convención colectiva o por acuerdo entre el empleador y el trabajador y, sólo en caso de desacuerdo entre las partes, es que la estimación se hará por decisión judicial, tomando en cuenta los criterios señalados para su cuantificación entre los cuales se destacan: la calidad del servicio; el nivel profesional, la productividad del trabajador, la categoría del local y demás elementos derivados de la costumbre o el uso.

En el caso de autos se observa que la entidad de trabajo reconoce que al trabajador se le cancelaba el concepto de 10% sobre el consumo, además de la propina, toda vez que la demandada no rechazó en su escrito de contestación, el alegato esgrimido por el actor en la demanda referente a que *“En dichos consumos se cobraba el **DIEZ por CIENTO, (10%) de servicio (...) además de recibir propinas de clientes y depositarlas en un pote (...) El porcentaje se cobró hasta el 31 de agosto de 2016.***”, sólo objetó el monto de la tasa por concepto de propina, aceptando así, el derecho que tienen el accionante a devengar en su salario componentes variables como la propina y el 10% sobre el consumo, debidamente demostrado en autos con las facturas fiscales promovidas por la parte actora, cursante a los folios (44 al 46) de la pieza principal del expediente y con la instrumental correspondiente a *“especialidades de la casa”* cursante al folio (49) de la pieza principal del expediente, donde se evidencia claramente el cobro del 10% por los servicios prestados en el establecimiento, razón por la cual se tiene por cierto que el trabajador percibía el 10% de servicio por los consumos realizados, el cual fue cobrado por la actora hasta el 31 de agosto de 2016, además de las propinas obtenidas por los clientes que acudían al restaurant la cual era depositada en un pote, por lo que efectivamente dichos conceptos deben computarse como parte del salario normal del accionante. Así se decide.

Ahora bien, en lo concerniente a la propina, el juez superior reprodujo lo señalado por el juzgador de instancia en relación a:

(...) esta Juzgadora en aras de buscar la justicia y equidad considera objetivamente que el monto mensual que se va a establecer por el derecho a percibir propina del ciudadano Luís Emito García, va a ser el equivalente a un del 50% del valor de los salarios mínimos que fueron decretados por el ejecutivo nacional durante toda la relación de trabajo, para lo cual se ordena una experticia complementaria del fallo.

Del extracto de la sentencia recurrida, se evidencia que el juez de alzada consideró el valor del derecho a percibir la propina con base al 50% del valor de los salarios mínimos percibidos por el trabajador durante la prestación de servicio en la empresa., siendo así, esta Sala considera conforme a derecho el referido concepto, en consecuencia, mantiene el criterio señalado por el juez de alzada, para ello el experto deberá tomar en consideración el cincuenta (50%) del valor de los salarios mínimos generados por el accionante durante la relación de trabajo desde el 17 de junio de 2015 hasta el 31 de enero de 2017. Así se decide.

Por otra parte, en aras de determinar el monto devengado por el accionante por concepto de porcentaje sobre el consumo, tras haber reconocido la parte demandada en su escrito de contestación, el pago al trabajador del porcentaje de consumo realizado por los clientes en el establecimiento. Para la determinación del diez por ciento (10%) por el servicio prestado al cliente, se ordena realizar una experticia complementaria del fallo con el propósito que efectúe el recálculo de los conceptos condenados en el presente fallo (porcentaje de 10%), desde el 17 de julio de 2015 hasta el 31 de agosto de 2016, el cual será 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, y en la cual el experto deberá requerir a la entidad de trabajo demandada el reporte de ventas anuales, y cualquiera 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 el consumo en las ventas, durante la relación laboral. Del mismo modo, deberá suministrar la nómina de empleados mensuales, 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 durante la prestación de su servicio.

Respecto al bono semanal, la parte actora aduce que durante la relación laboral percibía las sumas de Bs. 2.000, es decir, Bs 8.000 mensual (asistencia), el cual fue negado por la empresa demandada en su escrito de contestación, recayendo la carga probatoria en cabeza del accionante, quien no logró demostrar su asignación, razón por la cual resulta improcedente en derecho. Así se decide.

En este mismo orden de ideas, en cuanto al bono de transporte semanal, la parte actora señala que percibía durante la relación laboral con la empresa, las cantidades Bs. 500, Bs. 2.000 mensual por concepto de bono de transporte, caso contrario la representación judicial de la parte demandada negó que el trabajador recibiera tal complemento salarial. Ahora bien, de las pruebas cursante a los autos se evidencia a los folios (51,52, 87 al 94) de la pieza principal del expediente, el pago por parte de la empresa por concepto de transporte en forma reiterada y permanente, lo cual, se considera como parte del salario. Así se decide.

En cuanto al bono por concepto de comida, la parte actora señala que percibía durante la relación laboral con la empresa, las cantidades las sumas de Bs. 1.000 semanal, es decir, Bs. 4.000 mensual, representado a través de comidas consumidas en el restaurant. Al respecto se trata de un beneficio social de carácter no remunerativo que no tiene naturaleza salarial, resultando de esta manera improcedente el referido concepto. Así se decide-

Por otra parte, con relación al horario de trabajo alegado por el trabajador en la jornada mixta a partir de las 11:00 a.m. a 10:00 p.m. con los días lunes y martes libres, la parte demandada en el escrito de contestación niega en forma pura y simple que el accionante laborará en el referido horario y jornada señalada en el escrito libelar, sin hacer mención a un nuevo o distinto horario y sin desvirtuarlo con elementos probatorios fehacientes, en consecuencia, se tiene por cierto el horario indicado por el accionante.

En cuanto a las horas extraordinarias nocturnas no canceladas, lo cual deviene de las 11 horas diarias en el horario de trabajo de 11:00 a.m. a 10:00 p.m. los días miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo de cada semana, con días libres lunes y martes, donde el actor reclama el pago de 3 horas extras diarias entre las horas 7:00 p.m. a 10:00 p.m., quedó establecido como cierto el horario de trabajo, tras haber sido negado en forma pura y simple y no ser efectivamente desvirtuado por la demandada.

En el caso concreto vemos que se trata de una jornada mixta que no excede de un periodo nocturno de cuatro (4) horas, y en la cual la parte actora señala que tenía dos (2) días de descanso en la semana, las cuales multiplicado por los cinco (5) días de la semana laborados por el accionante, da un resultado de quince (15) horas extraordinarias en esa semana, en el transcurso de un (1) mes arroja la suma de sesenta (60) horas mensuales extraordinarias, y al haber durado la relación laboral 18 meses que multiplicado por 60 horas nocturnas mensuales, arroja un resultado de mil ochenta (1.080) horas extraordinarias. En consecuencia, se ordena su pago desde el 17 de julio de 2015 hasta el 31 de enero de 2017, el cual deberá ser calculado mediante experticia complementaria del fallo, a razón del salario normal devengado en el momento en que debió haberlas percibido.

De igual manera de conformidad con lo establecido en el artículo 118 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, las horas extraordinarias nocturnas serán pagadas con un 50% de recargo sobre el salario convenido para la jornada ordinaria, correspondiente al periodo en el cual se hubieren causado. Los resultados

que arroje la experticia complementaria respecto de lo adeudado por horas extras, se deberán integral al salario normal percibido por el demandante, para el cálculo de las prestaciones sociales y demás beneficios laborales acordados en el presente fallo.

En lo concerniente al concepto de bono nocturno, se desprende en los acápites anteriores que quedó admitido que el actor prestó sus servicios los días miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo en el horario comprendido de 11:00 a.m. a 10:00 p.m., por lo que se evidencia que laboró en una jornada mixta con periodos de trabajo diurnos y nocturnos, determinándose que el número de horas cumplidas en el horario nocturno, no es mayor de cuatro (4) horas, razón por la cual no resulta procedente el referido concepto, Así se decide.

Respecto al concepto de reclamo por comida no otorgada, pretendido por la parte actora en su escrito libelar, dicho concepto no fue objeto de apelación en la oportunidad en que la accionada recurrió de la sentencia de primera instancia, por lo cual se entiende que quedo firme, y en tal sentido se ordena su pago desde el 1 de agosto de 2016 hasta el 31 de enero de 2017, con base en el valor de la unidad tributaria vigente para el momento en que se verifique su cumplimiento.

En relación a la antigüedad trimestral la parte actora pretende el pago de su diferencia pendiente por la suma de Bs. 47.240,50, al considerar que su antigüedad se calculó en base al artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras por la cantidad de Bs. 147.229,48 y la antigüedad prevista en el artículo establecida en el literal "C" del artículo 142 de la ley sustantiva laboral dio como resultado la suma de Bs. 163.722,60, cancelando la demandada por tal concepto la cantidad de Bs. 116.471,00.

Por su parte la demandada señaló en su escrito de contestación que niega que le adeude al trabajador la suma de Bs. 55.250,57 por concepto de prestaciones sociales, por cuanto el mismo, recibió la cantidad de Bs. 116.472,00, así se evidencia en la demanda signada con el número AP21-L-2016-00240, (fol. 61) del expediente, las cuales fueron calculadas en base al salario integral de Bs. 1721,26 señalado por la parte actora en la demanda.

Respecto al concepto de prestaciones sociales a que se refiere el artículo 142 de la Ley Orgánica, los Trabajadores y las Trabajadoras, resulta procedente el pago de la diferencia, en virtud que no fue cancelado con el salario que le corresponde al actor, y no haberse incluido debidamente los complementos salariales correspondientes a horas extras, propina, 10 % de consumo, sábado y domingos trabajados y bono de transporte.

Ahora bien, de las pruebas valoradas *up supra*, se colige que el trabajador recibió por concepto de adelanto de prestaciones sociales, la suma de trescientos cincuenta mil bolívares (Bs. 350.000,00), folio 61 de la pieza principal del expediente, lo cual fue debidamente reconocido por la parte actora, dicho pago no enerva la obligación del patrono prevista en el artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012), por lo tanto, esta Sala ordena el cálculo de las prestaciones sociales, mediante experticia complementaria del fallo y señala que el adelanto recibido por el trabajador por este concepto, será descontado de la suma que por prestaciones sociales determine el experto, el cual se regirá por los siguientes parámetros:

Primero: El experto deberá calcular la garantías generadas por el trabajador a que se refiere el literal a) del referido artículo 142 *eiusdem*, a razón de quince (15) días de salario integral por trimestre. Asimismo, el experto deberá computar el derecho al depósito por trimestre desde el inicio del mismo, y en caso de que el momento de finalizar la relación de trabajo, si el actor hubiere cumplido a cabalidad el trimestre respectivo, deberá el experto computar cinco (5) días de salario por mes trabajador o fracción del día del mes, calculados igualmente con base al último salario integral de fracción del trimestre conformado por (salario base, propina, diez por ciento, horas extras, sábados y domingo trabajados, bono de transporte, alícuota de utilidades y alícuota de bono vacacional).

En el caso concreto, el actor ingresó el 17 de julio de 2015 hasta el 31 de enero de 2017, teniendo un tiempo de servicio de un (1) año, seis (6) meses y catorce (14) días, por lo que le corresponde por garantía de prestaciones sociales lo siguiente:

Período	Días de Antigüedad
jul-15	0
ago-15	0
sep-15	15
oct-15	0
nov-15	0
dic-15	15
ene-16	0
feb-16	0
mar-16	15
abr-16	0
may-16	0
jun-16	15
jul-16	0
ago-16	0
sep-16	15
oct-16	0
nov-16	0
dic-16	15
En-17	0
Total Días	90

Segundo: A los fines de realizar el cálculo que alude el literal c) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el experto deberá efectuar el mismo a razón de treinta (30) días por cada año de servicio o fracción superior a seis (6) meses calculados al último salario, correspondiendo, en este caso al trabajador la cantidad de sesenta (60) días, los cuales el experto debe multiplicar por el último salario integral compuesto por (salario base, propina, diez por ciento, horas extras, sábados y domingo trabajados, bono de transporte, alícuota de utilidades y alícuota de bono vacacional).

Tercero: Una vez que el experto haya efectuado el cálculo de la garantía de las prestaciones sociales, en los términos previstos en el literal a) y b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, como se indicó *supra* deberá compararlo con el resultado del cálculo ordenado efectuar en atención al literal c) del artículo 142 *eiusdem* y el monto que resulte superior entre ambos cálculos será el que corresponda al accionante por concepto de prestaciones sociales, cantidad sobre el cual el experto deberá deducir el monto pagado por la empresa demandada al trabajador por concepto de adelanto de prestaciones sociales, es decir, la suma de trescientos cincuenta mil (350.000,00) cancelados por la empresa y reconocidos por el trabajador.

En cuanto al concepto de diferencia de intereses sobre prestaciones sociales de conformidad con el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, le corresponde su pago, para cuyo recálculo el experto deberá aplicar la tasa de intereses pasiva establecida por el Banco Central de Venezuela para el cálculo de las prestaciones sociales, tomando en cuenta la fecha de ingreso el 17 de julio de 2015 hasta el 31 de enero de 2017, fecha de egreso, así como el salario normal mensual cuantificado por experticia complementaria del fallo, a los fines de establecer el monto correcto de las prestaciones sociales y sus intereses. Así se decide.-

En lo concerniente a la indemnización por terminación de la relación de trabajo en virtud que la parte demandada reconoció en su escrito de contestación que la causa de finalización fue por despido injustificado de conformidad con el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, procede la condenatoria por dicho concepto, correspondiendo al actor un monto igual al total generado por concepto de prestaciones sociales, es decir, por la cantidad total sin la deducción ordenada por adelantado de prestaciones sociales. Así se decide.

Se ordena el pago de los **intereses de mora** de conformidad con lo previsto en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio sostenido por esta Sala en sentencia N° 1.841 del 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita* contra *Maldifassi & Cía. C.A.*), se ordena: 1) el pago de los intereses de mora de las cantidades condenadas a pagar que arroje la experticia complementaria del fallo, al tratarse de una deuda de valor su cómputo debe hacerse desde la fecha en que la misma se hace exigible vale decir, desde la finalización de la relación de trabajo -31 de enero de 2017- hasta la oportunidad de su cancelación, 2) El pago de los intereses moratorios sobre las diferencias salariales ordenadas a pagar por concepto de horas extraordinarias, por tratarse igualmente de deudas de valor, exigible de inmediato, calculadas desde el momento en que debieron ser pagadas, es decir, al final de cada mes, con fundamento en la sentencia N° 2.191 de fecha 6 de diciembre del año 2006, de la Sala Constitucional. Para el cálculo de los intereses moratorios, se deberán aplicar la tasa de interés fijada por el Banco Central de Venezuela, conforme a lo previsto en el literal c), del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo y dichos intereses no serán objeto de capitalización, ni indexación. Así se declara.

Igualmente, se ordena la corrección monetaria en aplicación al referido criterio sentado por esta Sala en sentencia Nro. 1.841 de fecha 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita* contra la sociedad mercantil *Maldifassi & Cia C.A.*), de la cantidad condenada por concepto de prestaciones sociales, desde la fecha de terminación de la relación laboral -31 de enero de 2017- y, para el resto de los conceptos laborales acordados, por terminación de la relación laboral, desde la notificación de la entidad de trabajo demandada -26 de junio de 2017, hasta la oportunidad del pago efectivo, excluyendo únicamente el lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo de las partes, o haya estado paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, tales como vacaciones judiciales y recesos judiciales. Dicho cálculo se efectuará mediante experticia complementaria del fallo realizada por el experto designado, quien deberá tomar en cuenta el Índice Nacional de Precios al Consumidor, publicado en los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela. Así se declara.

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 y calculará los intereses moratorios y la corrección monetaria de la cantidad condenada a pagar, a partir de la fecha del decreto de ejecución hasta la oportunidad del pago efectivo. Así se declara.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones anteriores, esta Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la sociedad mercantil **RESTAURANT BAR EL DRAGÓN CITY, C.A.**, contra el fallo proferido en fecha 11 de junio de 2019, por el Juzgado Cuarto Superior Laboral del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; **SEGUNDO: SE ANULA** el fallo recurrido. **TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda incoada.

Dada la naturaleza de la decisión no hay condenatoria en costas.

No firman la presente decisión los Magistrados **EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ** y **DANILO MOJICA MONSALVO**, quienes no asistieron a la audiencia oral y pública por motivos justificados.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a fin de que sea enviado al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución competente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, participése de esta decisión al Tribunal Superior de origen de la referida Circunscripción Judicial.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los primero (1°) días del mes de noviembre del año 2019. Años: 209° de la Independencia y 160° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente Ponente,

Magistrado,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

Magistrada,

EDGAR GAVIDIA RODRIGUEZ

Magistrado,

CA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA

Secretaria,

DANILO MOJICA MONSALVO

La

A LUISAURYS VÁSQUEZ QUINTERO

R.C.AA60-S-2019-000194

Nota: Publicada en su fecha a las

La Secretaria,