



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Ponencia del Magistrado **DR. DANILO A. MOJICA MONSALVO**

En el juicio que por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales sigue el ciudadano **JAIRO GÓMEZ ALVARADO**, representado judicialmente por los abogados Tomas Mejías Martínez, Tomas Liova Mejías Alvarado y Rodolfo Mejías Guilarte, contra la sociedad mercantil **INVERSIONES NOS, C.A. (RESTAURANT CASA FARRUCO)**, y solidariamente contra la sociedad mercantil **INVERSIONES JVDS, C.A. (RESTAURANT CASA FARRUCO)**, representadas judicialmente por los abogados Juan Enrique Márquez Frontado, Ana Sabrina Salcedo, Arévalo Franco Cedeño y Rafael Jesús Bethermyt Hernández; el Juzgado Superior Octavo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, conociendo en alzada, dictó sentencia en fecha 14 de junio del año 2019, mediante la cual declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, sin lugar el recurso de apelación intentado por la parte demandada y con lugar la demanda, revocando así, el fallo apelado el cual fue dictado en fecha 18 de marzo del mismo año, por el Juzgado Décimo Tercero de Primera Instancia de Juicio de la referida Circunscripción Judicial, que declaró parcialmente con lugar la demanda.

Contra esa decisión de alzada, la representación judicial de la parte demandada recurrente, anunció recurso de casación, siendo admitido en fecha 1° de agosto del año 2019.

En fecha 19 de septiembre de 2019, la representación judicial de la parte recurrente formalizó el recurso de casación. No hubo impugnación.

Recibido el expediente en esta Sala de Casación Social, se dio cuenta en fecha 7 de noviembre del año 2019, correspondiendo la ponencia al Magistrado Dr. DANILO A. MOJICA MONSALVO.

En fecha 15 de noviembre del año 2019, se fijó la audiencia pública y contradictoria prevista en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el día 4 de febrero del año 2020, a las 9:00 a.m.

Celebrada la audiencia oral, pública y contradictoria y habiendo esta Sala de Casación Social, pronunciado su decisión de manera inmediata, pasa a reproducir la misma en la oportunidad que ordena el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en los siguientes términos:

RECURSO DE CASACIÓN

Por razones metodológicas, esta Sala alterará el orden en que fueron expuestas las denuncias presentadas en el escrito de formalización, procediendo a revisar en primer término la fundamentada bajo el capítulo IX, de la siguiente manera:

-IX-

La parte formalizante señaló lo siguiente:

(...) Con fundamento en el ordinal 1º artículo 313 del Código de Procedimiento Civil y en el ordinal 2º del artículo 317 eiusdem, se denuncia la infracción por parte de la recurrida por violentar las normas de orden público establecida en los artículos 243, ordinal 5, 506, 507, 509 del Código de Procedimiento Civil:"Art. 506: Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho..." "Art. 507: A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba..." "Art. 509: Los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido". Tal como lo señala el artículo 506 las partes tienen la carga de probar sus afirmaciones: El accionante señaló que trabajaba 3.690 horas nocturnas, es decir, 5 horas nocturnas por día, todos los días del año, lo cual no probó; sin embargo, a pesar que esta representación judicial negó el trabajo de esas 5 horas nocturnas por día, y el Juez a quo determina que el actor no logró probar que su jornada nocturna se excediera del ut supra establecido, razón por la cual negó en derecho el concepto, ya que en atención al criterio jurisprudencial el actor por reclamar en exceso legal, le corresponde probar que prestó servicios esas horas nocturnas antes señaladas, el Juez A Quem (sic) condenó en la recurrida a mi representada a realizar un pago de las horas nocturnas con base a lo alegado pero no probado en autos por la parte actora, sin tomar en cuenta los límites de las horas extraordinarias establecidas en el artículo 176 literal c) (sic) de la LOTTT. En la oportunidad de proferir su fallo la recurrida declaró sin lugar la apelación, es decir, con base a la documental marcada "E" promovida por la parte actora que fue impugnada por mi representada. Luego, condena la recurrida a la demandada a realizar un pago de las horas extras con base a lo alegado y no probado en autos por la parte actora (...).

Para decidir se realizan las siguientes consideraciones:

Respecto a la denuncia formulada, lo primero que debe señalar la Sala, es la manifiesta falta de técnica con la cual ella es propuesta, siendo de suma importancia

destacar, que partiendo de la base que el recurso de casación es un medio impugnativo, la formalización del mismo, está limitada a motivos determinados y concretos, que están tipificados en el artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En tal sentido, es reiterado el criterio de esta Sala de Casación Social, en cuanto al deber de la parte formalizante en cumplir con la correcta técnica casacional al plantear sus denuncias, así, cualquier delación que pudiera configurarse como genérica, vaga, imprecisa o confusa daría lugar a que fuera desechada por su indeterminación, al extremo que incluso pudiera acarrear conforme al referido artículo, el perecimiento del propio recurso. Pero no sólo es una carga para quien recurre precisar con claridad la especificidad de sus denuncias, sino que también está obligado a que su escrito de formalización, considerado éste como un cuerpo sistemático de argumentaciones jurídicas, esté constituido en cuanto a su construcción lógico-jurídica, de un esquema lo suficientemente coherente para delimitar los motivos o causales de casación.

Lo antes señalado tiene lugar en el asunto sometido a consideración, pues observa la Sala, que en la presente denuncia no existe esa delimitación requerida por la técnica casacional.

Ahora bien, en relación con el conocimiento de los recursos de casación cuyos escritos de formalización no cumplen con la técnica casacional esta Sala, en sentencia N° 194 de fecha 21 de marzo de 2017 (caso: *Néstor Clemente Amaricua contra Distribuidora Comazucar, C.A. y otro*), indicó lo siguiente:

(...) Evidencia esta Sala que, la formalizante no cumplió con la técnica casacional requerida, por cuanto no encuadró la denuncia en uno de los vicios a que se refiere el artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Asimismo incurre la parte recurrente en serias deficiencias técnicas en la formulación de la denuncia, pues efectúa una mezcla indebida de delaciones, al acusar la suposición falsa por violación de los artículos 509 y 12 del Código de Procedimiento Civil, debido a que el juzgador estableció un salario variable, hecho que señala como falso ya que, el trabajador devengó un salario fijo regular y permanente, y por posteriormente alega el vicio de silencio de pruebas, por cuanto el juzgador no valoró las pruebas aportadas por las partes ni mencionó de donde nace el salario objeto de condena, silenciando asimismo, los recibos de pagos que constan a los autos, incurriendo, a su decir, en la violación de las normas antes mencionadas, al no atenerse a lo alegado y probado en autos por las partes.

Sin embargo esta Sala debe puntualizar, que en la concepción del Estado Social de Derecho y Justicia, el recurso extraordinario de casación en los asuntos del Derecho Social del Trabajo y Seguridad Social, se ha implementado una política de flexibilización abandonando la preeminencia de la forma sobre el fondo; de manera tal que nos conduzca al escenario de la protección y la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías constitucionales, dejando de lado la técnica, cuando se vean involucrados derechos fundamentales como al trabajo (...).

Dentro de este orden de ideas, en atención al criterio *supra* transcrito, esta Sala, extremando sus funciones de seguidas pasa a resolver la presente denuncia.

La parte formalizante incurre en imprecisiones técnicas, toda vez que en primer lugar denuncia que la recurrida incurrió en incongruencia, así como en la infracción de los artículos 506, 507 y 509 del Código de Procedimiento Civil, normas estas referidas a la apreciación y valoración de las pruebas y al silencio de pruebas; no obstante, del contenido de la denuncia se observa que lo querido delatar, es la falta de aplicación del literal “c” del artículo 178 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, y no del artículo 176 *eiusdem*, en virtud de que a su decir, la juez *ad quem* condenó el pago de 3.690 horas extras, sin que el actor haya probado haber trabajado las mismas; y sin tomar en cuenta que la citada norma dispone, que “no se podrá laborar más de cien horas extraordinarias por año”, y así se pasará a conocer.

Pues bien, con respecto al alegado vicio esta Sala ha señalado en reiterada doctrina, que la falta de aplicación de una norma se presenta, cuando el sentenciador para la resolución del caso concreto deja de aplicar una norma que esté vigente o aplique una norma que no lo esté.

En tal sentido, el artículo 178 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece:

Artículo 178. Son horas extraordinarias, las que se laboran fuera de la jornada ordinaria de trabajo. Las horas extraordinarias son de carácter eventual o accidental para atender imprevistos o trabajos de emergencia.

La duración del trabajo en horas extraordinarias, salvo las excepciones establecidas en la Ley, estarán sometidas a las siguientes limitaciones:

- a) La duración efectiva del trabajo, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de diez horas diarias.
- b) No se podrá laborar más de diez horas extraordinarias semanales.
- c) No se podrá laborar más de cien horas extraordinarias por año.

(...)

Cabe destacar, que el precepto normativo en referencia establece que las horas extraordinarias son aquellas que sobrepasan la jornada diaria permitida por esta ley, estas son de carácter eventual; cada trabajador no podrá trabajar más de diez (10) horas extras a la semana ni mas de cien (100) al año.

Ahora bien, para corroborar lo delatado por la parte formalizante, de seguidas se transcribe lo indicado por la recurrida en este sentido:

(...) Con relación a la prestación de servicio en jornada extraordinaria, la parte actora aduce en su escrito libelar que su jornada de trabajo estaba compuesta de la siguiente forma: Horario comprendido de 10:00 a.m. hasta la 9:00 p.m., de martes a domingo, siendo su día de descanso semanal el día lunes, sin embargo, los días viernes y sábados salía de laborar hasta la 1:00 a.m., por lo que existen horas extras en ese periodo, teniendo como día libre el día lunes, generando dos horas extras en dicho periodo, las cuales no fueron canceladas por la empresa demandada, caso contrario la representación judicial de la parte demandada negó rechazó y contradijo que la parte actora haya laborado en jornada extraordinaria. De la revisión de las actas procesales se desprende que la parte demandada en su debida oportunidad no trajo a la audiencia Registro de Horas Extras, y reconoció que el actor prestó servicios en una jornada laboral de 10:00 a.m. a 9:00 p.m., y que nunca superó las 04 horas para considerarla una jornada nocturna, **igualmente se observa que tampoco exhibió el horario de trabajo el cual fue solicitado por la parte actora en su escrito de pruebas, aplicándose con ello, la consecuencia jurídica establecida en el artículo 82 de la LOPT, por lo que se tiene como cierto el horario de trabajo señalado por la parte actora en su demanda**, así como las horas extras demandadas. Así se establece (...). (*Resaltado por la Sala*).

Pues bien, respecto a la denuncia formulada observa la Sala, que en la transcripción parcial de la recurrida se pudo constatar, que en el caso *sub examine* la juez de alzada aplicó la consecuencia jurídica del artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y en consecuencia, condenó el pago de 3.690 horas nocturnas, es decir, 5 horas nocturnas por día, todos los días del año; sin tomar en cuenta que en el presente caso se invirtió la carga de la prueba en lo relativo al pago o no de las horas extras, toda vez que la empresa demandada en su contestación a la demanda, negó y rechazó la existencia de las referidas horas extras, por lo que correspondía al actor demostrar la procedencia del concepto exorbitante, lo cual no hizo de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; aunado al hecho que, tal y como lo delata la parte recurrente, en el caso bajo estudio la juez de alzada no tomó en cuenta el límite máximo de las horas extraordinarias establecido en el literal “c” del artículo 178 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, según el cual no pueden exceder las 100 horas extras por año; limitándose la recurrida a condenar las horas extras alegadas por el actor, en virtud de la falta de exhibición por parte de la demandada del libro de horas extras, y al darle pleno valor probatorio a la copia simple -consignada por el actor- del Acta de Visita de Inspección, de fecha 28 de junio de 2016, emitida por la Dirección General de Supervisión del

Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo; en la que se expuso que la accionada no exhibió el referido libro; siendo que dicho documento no es de los que la empresa tenga la obligación de tener en su poder, sino el ente emisor, a quien en todo caso, el accionante debió solicitar su prueba de informes, para constatar su veracidad, y no solicitar su exhibición como erradamente se hizo.

Siendo así, concluye la Sala, que en el caso bajo análisis tal y como lo denuncia la parte demandada recurrente, la juez de alzada incurrió en falta de aplicación del literal “c” del artículo 178 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por lo que se declara con lugar la denuncia. Así se declara.

Dada la declaratoria con lugar de la presente denuncia, resulta inoficioso para esta Sala seguir analizando el resto de las denuncias contenidas en el escrito de formalización presentado por ésta. En consecuencia, se declara con lugar el recurso de casación anunciado por la referida codemandada y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, procede esta Sala a decidir el fondo de la controversia, en los siguientes términos:

SENTENCIA DE MERITO

Del Libelo de la Demanda

En su escrito libelar el ciudadano Jairo Gómez Alvarado adujo lo siguiente:

Que, comenzó a prestar sus servicios para la empresa demandada, desde el 8 de agosto de 2.010, hasta el 30 de agosto de 2.016, fecha en la cual renunció debido a que en dicho mes la empresa dejó de pagar el 10% del consumo.

Que, la hoy demandada se ha negado rotundamente a cancelar las prestaciones sociales y otras diferencias salariales desde el 8 de agosto de 2.010, hasta el 30 de agosto de 2.016.

Que, trabajó en el horario comprendido desde la 10:00 a.m., hasta las 9:00 p.m., de martes a domingo, siendo el día lunes su día de descanso semanal; sin embargo, los días viernes y sábados solía trabajar hasta la 1:00 a.m., debido a la gran cantidad de comensales en la entidad de trabajo, por lo que existen horas extras en la relación de trabajo las cuales nunca han sido canceladas, así como el día libre trabajado y no cancelado, tal y como se evidencia del acta de inspección realizada por la Inspectoría del Trabajo en fecha 28 de junio de 2.016.

Que, devengó como último salario la cantidad de Bs. 93.250,00 mensuales, lo que representa la cantidad de Bs. 3.108,33 de salario diario. Que, laboró 6 años y veinticinco 25 días.

Que, según la empresa accionada el último salario devengado por el actor se basaba en un salario variable comprendido de la siguiente forma: salario mínimo Bs. 15.051,00; más el recargo del 10%, Bs. 68.500,00; más las propinas Bs. 9.700,00, pero nunca se le otorgó recibo alguno que refleja el monto de Bs. 93.250,00, y menos que dicho monto abarca los conceptos anteriores.

Que, es importante destacar, que durante la relación laboral no se le pagó el bono especial de vacacional y vacaciones correspondientes desde el año 2.011, hasta el 2.016, por los cuales le corresponden 58 días por año trabajado, de acuerdo al cálculo establecido en la cláusula 30 del Convenio Colectivo del ramo, que agrupa entre otras empresas a la demandada, por lo cual se le adeudan Bs. 3.108,33.

Que, igualmente demanda las vacaciones no disfrutadas desde el año 2.011, hasta el 2.016, por las cuales le corresponden 16 días hábiles por cada año de servicio, lo que quiere decir, que le corresponden 20 días continuos de conformidad con la cláusula 30 de la Convención Colectiva del ramo, a razón de Bs. 3.108,33 diarios.

Que, también demanda las utilidades correspondientes al período 2.011-2.015, por las cuales le corresponden 38 días por cada año de servicio, de conformidad con la cláusula 32 del Convenio Colectivo del ramo, a razón de Bs. 3.108,33 diarios.

Que, la demandada no le canceló el bono post-vacacional contemplado en la cláusula 30 de la Convención Colectiva del ramo, cuya cantidad para el momento de la entrada en vigencia de la misma en el año 2.003, era de Bs. 12.000,00, antes de la reconversión monetaria del año 2.007, por tanto aplicando el método de indexación elaborado por el Banco Central de Venezuela, hasta el año 2.015, equivale dicha cantidad a Bs. 14.040,00, por lo que demanda el bono post-vacacional correspondiente al período 2.011-2.016, con base en la suma antes indicada.

Que, demanda lo correspondiente al bono nocturno en virtud de haber trabajado horario nocturno y nunca se le pagó.

También demanda, lo correspondiente a las utilidades y vacaciones fraccionadas, al igual que las horas extras y horas nocturnas, trabajadas y no pagadas.

Que, los conceptos demandados inciden en los pagos de bono vacacional, vacaciones y utilidades, diferidas las cuales también demanda.

Que, la demandada nunca le entregó recibos de pago que evidenciaran el salario que realmente devengaba, ni siquiera cuando llegó un nuevo socio a la empresa, el ciudadano José Vasco, y que los pocos recibos que le entregaron reflejaban incorrectamente unos montos diferentes a los que realmente percibía.

Que, la principal empresa demandada es la sociedad mercantil Inversiones Jvds, C.A. (Restaurant Casa Farruco) por ser la última empresa que asumió la responsabilidad de patrono sustituto.

Que, en atención a los anteriores señalamientos demanda los siguientes conceptos y sus respectivos montos:

1. Prestaciones sociales (artículos 141 y 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras) por la cantidad de Bs. 720.511,50.

2. Utilidades desde el año 2.010, hasta el año 2.015 (Cláusula 32 del Convenio Colectivo del ramo), por la cantidad de Bs. 708.699,24.
3. Utilidades fraccionadas del 1° de enero de 2.016, hasta el 30 de agosto del mismo año, por la cantidad de Bs. 78.744,32.
4. Vacaciones fraccionadas del año 2.016 (artículo 196 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y Cláusulas 30 y 31 de la Convención Colectiva del ramo) por la cantidad de Bs. 15.023,60.
5. Vacaciones no disfrutadas desde el año 2.011, al 2.016, la cantidad de Bs. 310.833,00.
6. Bono vacacional especial y vacaciones no pagadas desde el año 2.011, hasta el 2.016 (Cláusula 30 de la Convención Colectiva del ramo) por la cantidad de Bs. 901.415,70.
7. Bono post vacacional desde el 2.011, al 2.016, por la cantidad de Bs. 70.200,00.
8. Bono nocturno laborado y no pagado, con el salario real calculado con el recargo de 30%, por la cantidad de Bs. 430.106,40.
9. Horas extraordinarias trabajadas y no pagadas, por la cantidad de Bs. 2.150.532,00.
10. Domingos trabajados y no pagados, los cuales se calculan con recargo de 1 y ½, por la cantidad de Bs. 1.398.750,00.
11. Días libres laborados y no pagados, los cuales se calculan con un recargo de 1 y ½ día de recargo, por la cantidad de Bs. 993.112,50

Que, en atención a los anteriores conceptos, estima la presente demanda en la cantidad de Bs. 7.777.928,20, más los intereses de mora.

De la Contestación de la Demanda

Por su parte, la empresa accionada en su escrito de contestación a la demanda admitió la prestación de servicios personales por parte del accionante; no obstante, negó, rechazó y contradijo todos los conceptos y cantidades demandadas en virtud de que a su decir, los

mismos nunca se llegaron a causar en derecho al demandante durante el tiempo de duración de la relación de trabajo, debido a que la entidad laboral accionada pagó los conceptos demandados al momento de la terminación de la relación de trabajo. Igualmente niega y rechaza, que se le hayan generado al actor, los beneficios establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo de la Cámara Nacional de Restaurantes (CANARES) durante el tiempo que prestó sus servicios para la demandada, en razón de que ésta nunca fue convocada en su condición de patrono sustituyente, a la referida normativa laboral la cual fue suscrita entre SINTRAHOSIVEN y el Sindicato Único de Trabajadores, Mesoneros de la Industria Hotelera, Bares y Similares del Distrito Federal y estado Miranda, y la Cámara Nacional de Restaurantes (CANARES).

De los Límites de la Controversia

Una vez analizados los alegatos y los medios probatorios en los cuales la parte actora fundamentó su pretensión (*petittum libelar*) y las defensas esgrimidas por la empresa demandada, de seguidas pasa la Sala a establecer los hechos controvertidos de conformidad con lo previsto en los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a los fines de establecer los límites de la controversia y la distribución de la carga probatoria.

En tal sentido, en el caso bajo análisis se observa que ambas partes están de acuerdo en la existencia de la relación laboral, la forma de terminación de dicha relación y el cargo de mesonero desempeñado por el actor; sin embargo, la controversia se basa en:

1. La remuneración y su composición salarial, durante la duración de la relación de trabajo.

2. La duración de la jornada de trabajo, durante la prestación de sus servicios a la accionada.
3. La extensión de la Convención Colectiva de CANARES, para los empleados de la co-demandada.
4. La sustitución de patrono.
5. La procedencia o no en derecho, de los conceptos reclamados por el actor.

De la Carga de la Prueba

Con respecto a la carga probatoria, de conformidad con los términos en que la empresa demandada dio contestación a la demanda y en atención a lo dispuesto en el artículo 72 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se establece que corresponde al actor demostrar, las horas extras trabajadas y no pagadas, así como, la jornada nocturna; por su parte a la entidad laboral accionada le corresponde demostrar lo concerniente al pago de los conceptos laborales demandados. Así se declara.

Establecido lo anterior, de seguidas pasa la Sala a realizar el análisis del material probatorio aportado por las partes al proceso, tal y como lo establece el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE

De las Documentales:

La representación judicial del ciudadano Juan Adolfo Martínez Soto, promovió los siguientes documentos:

1. Marcada “B” (folios 67 y 68 de la 1° pieza del expediente) copias de recibos de pago, de los cuales también se solicitó su exhibición, aunado al hecho que fueron admitidos por la demandada, de los cuales se desprende la identificación del demandante, días de salario pagados, días de descanso pagados, comisión, días de bono nocturno, domingos feriados / días feriados pagados, días de bono nocturno y pago de feriado nacional, y sus deducciones. Se le otorga valor probatorio de conformidad con los artículos 10 y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
2. Marcada “C” (folios 69 de la 1° pieza del expediente) copias del menú de la accionada. En relación a esta documental se observa, que la parte demandada la desconoció por tratarse de una copia simple que no emana de ésta, siendo igualmente impugnadas en la audiencia de juicio por carecer de firma y sello de la demandada, en consecuencia se desestima su valoración conforme a lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
3. Marcada “D” (folio 70 de la 1° pieza del expediente) copias simples de recibos de pago de los comensales usuarios de la accionada. En tal sentido se observa, que la parte demandada la desconoció por tratarse de una copia simple que carece de firma y sello de la demandada, en consecuencia se desestima su valoración conforme a lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
4. Marcada “E” (folios 71 al 74 de la 1° pieza del expediente) Acta de Visita de Inspección emanada de la Dirección General de Supervisión de Entidades y Modalidades Especiales de Trabajo (División de Supervisión Capital Norte) del 28 de junio de 2016. Respecto a esta documental observa la Sala, que la misma fue impugnada por la demandada en virtud de ser una copia simple; sin embargo, igualmente se observa, que la parte actora solicitó la exhibición de la documental en referencia, por lo que el merito de la misma se analizará en conjunto con la exhibición de documentos.

De la Exhibición De Documentos:

La representación judicial de la parte actora solicitó, la exhibición de todos los recibos de pago (artículo 106 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras) a los fines de demostrar que nunca se le pagó la indemnización por días libres trabajados, ni las horas extras trabajadas, ni horas nocturnas, ni los domingos y feriados; así como, que tampoco se evidencia el pago del 10%, ni la propina. También solicitó la exhibición de la relación o control de asistencia a los fines de evidenciar el horario de trabajo, así como, los días libres (lunes) trabajados y los domingos trabajados. Igualmente solicitó, se exhibiera el horario de trabajo desde el año 2.010, hasta el 2.016, para evidenciar la jornada de trabajo, así como, las horas extras trabajadas. Se solicitó la exhibición del registro de las horas extras (artículo 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras) a los fines de demostrar la cantidad de horas extras trabajadas; así como la exhibición de la autorización de horas extras (artículo 182 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras), expedida por la Inspectoría del Trabajo correspondiente, a los efectos de evidenciar las horas extras trabajadas. Por último solicitó la exhibición del Acta de Visita de Inspección emanada de la Dirección General de Supervisión de Entidades y Modalidades Especiales de Trabajo (División de Supervisión Capital Norte), de fecha 28 de junio de 2.016.

Pues bien, en relación con la exhibición de documentos la Sala realiza las siguientes consideraciones:

En cuanto a los recibos de pago, control de asistencia, cartel de horario de trabajo desde el año 2.010 al 2.016, y del registro de horas extraordinarias se observa, que en la oportunidad en que tuvo lugar la celebración de la audiencia de juicio, la representación judicial de la entidad laboral accionada reconoció la jornada laboral indicada por el actor en

su escrito libelar, a saber de martes a domingo de 10:00 a.m. a 9:00 p.m., y en tal sentido adujo, que nunca excedió las 4 horas para ser considerada como jornada nocturna; sin embargo, no exhibió el horario de trabajo, ni el libro de horas extras, los cuales son de obligatorio cumplimiento para los empleadores de conformidad con los artículos 59 y 183 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

En tal sentido, el último aparte del artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo dispone que, *“Si el instrumento no fuere exhibido en el lapso indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y, en defecto de éste, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento”*. Siendo así, resulta forzoso para esta Sala de Casación Social, aplicar la consecuencia jurídica establecida en la citada norma y en consecuencia, se valoran los dichos del actor, por cuanto como ya se estableció anteriormente, el cartel de horario de trabajo y libro de registro de horas extraordinarias, son de los establecidos por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, de obligatorio cumplimiento por el empleador; no obstante, respecto a la procedencia o no de todas las horas extraordinarias reclamadas por el actor, la Sala se pronunciará en el capítulo relativo a la Consideraciones para decidir. Así se declara.

Ahora bien, con relación a la exhibición del Acta de Visita de Inspección, de fecha 28 de junio de 2016, emitida por la Dirección General de Supervisión del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, observa la Sala, que si bien podría suponerse que la accionada debería tener la copia recibida del acta en referencia, dicho documento no es de los de obligatorio cumplimiento para los empleadores a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, y que por tratarse de un documento público que fue promovido en copia simple, lo ajustado a derecho es solicitar la Prueba de Informes dispuesta en el artículo 81 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al ente emisor del mismo, pero en ningún caso se puede aplicar la consecuencia jurídica

establecida en el artículo 82 *eiusdem*, en virtud de la no exhibición por parte de la empresa demandada del acta de inspección; en tal razón se valora como indicio el documento en referencia de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se declara.

De la Prueba De Informes:

Se solicitaron informes al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) y al Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT). En tal sentido, de la reproducción audiovisual de la audiencia de juicio se pudo constatar, que la parte actora solicitante desistió de ambas probanzas, razón por la cual no hay materia sobre la cual pronunciarse. Así se declara.

De la Prueba de Testigos:

La representación judicial de la parte actora solicitó que se le tomara declaración en condición de testigos, a los ciudadanos Carmen Ramona Pérez, Lidia Nuñez, Joel Sandoval Guerrero y Moraima Nascimento Pulido. Al respecto, de la reproducción audiovisual de la audiencia de juicio se logró evidenciar, la incomparecencia de los testigos, razón por la cual no hay materia sobre la cual pronunciarse. Así se declara.

PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA

De las Documentales:

La representación judicial de la entidad de trabajo accionada promovió los siguientes documentos:

1. Marcadas “B1” hasta la “B87” (folios 81 al 167 de la 1° pieza del expediente) originales de recibos de pagos de salarios, emitidos por la accionada a nombre del demandante, en los cuales se evidencian el pago por días de salario, días de descanso sábados y domingo, feriado nacional y domingo, no en todos, además comisión y bono nocturno. En relación con los recibos marcados desde el “B1” al “B13” (folios 81 al 93 de la 1° pieza del expediente) se observa, que todos están debidamente firmados por el trabajador. Se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, evidenciándose de los mismos los conceptos cancelados a la parte actora durante la prestación de su servicio. Así se declara.
2. Marcadas “C1” al “C3” (folios 169 al 171 de la 1° pieza del expediente) planilla original de liquidación, emitida por la accionada a nombre del demandante, con fecha 30 de noviembre de 2013, en donde se evidencia el pago de prestaciones sociales desde el 17 de agosto de 2010, al 17 de agosto de 2013, intereses sobre prestaciones sociales, vacaciones fraccionadas y Bono Vacacional fraccionado del 17 de agosto de 2013, al 30 de noviembre de 2013, Bono Vacacional fraccionado, utilidades fraccionadas del 1° de enero de 2013, al 30 de noviembre de 2013, por la cantidad de Bs. 39.367,16; igualmente se constata el pago de complemento de liquidación por el monto de Bs. 25.632,84, sin fecha, escrito del trabajador aceptando la liquidación sin fecha. A estos documentos se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, evidenciándose lo anteriormente señalado. Así se declara.
3. Marcada “C-4” (folio 172) copias de cheques de las entidades Bancarias BVA Provincial, Banplus y Banesco Banco Universal de fechas 25 de enero, 25 febrero y 25 marzo de 2014 respectivamente, todos debidamente firmados por el trabajador.

La parte actora reconoce los recibos de pago y realiza énfasis en que fueron mal calculados por no incluir algunos beneficios. Se les otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, evidenciándose de los mismos, los conceptos cancelados a la parte actora por la accionada al momento de la terminación de la relación de trabajo por este concepto. Así se declara.

4. Marcada “D1”, hasta la “D7” (folios 173 al 177 de la 1° pieza del expediente) recibo de liquidación final de contrato de trabajo, relación de intereses sobre prestaciones sociales desde 10 de agosto de 2010, hasta 30 de agosto de 2016. Contrato de Transacción Laboral. Cheque N° 24876465 de la entidad bancaria Banesco Banco Universal, por la cantidad de Bs. 480.000,00. En relación con estas documentales observa la Sala, que la misma fue atacada por la representación judicial de la parte actora desconociendo su contenido y firma; sin embargo no fueron atacadas de forma idónea por la parte actora ya que ha debido solicitar la tacha de falsedad del referidos documentos, razón por la cual se les otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, evidenciándose los conceptos cancelados por la entidad de trabajo demandada, a la parte actora por este concepto. Así se declara.
5. Marcadas “E1”, hasta la “E7”(folios 181 al 187 de la 1° pieza del expediente) recibos de pago de utilidades relativos a los años 2010, 2011, 2012 y 2014, correspondientes a 14 días, 42 días, 22 días respectivamente, todos debidamente firmados por el trabajador. La parte actora reconoce los recibos de pago y realiza énfasis en que fueron mal calculados por no incluir algunos beneficios. A estas documentales se les otorga valor probatorio a los fines de determinar los conceptos cancelados por la demandada, al actor por este concepto. Así se declara.
6. Marcadas “F1”, hasta la “F3” (folios 189 al 193 de la 1° pieza del expediente) original de recibo por liquidación de prestaciones sociales emitidos por la accionada, relativos a los años 2010 al 2011, y 2011 al 2012, todas debidamente firmados por el trabajador, la marcada “F3” corresponde a original de recibo de pago de Vacaciones de fecha 22 de enero de 2015. Se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por no

haber sido atacada en su debida oportunidad, evidenciándose de las mismas, los conceptos cancelados a la parte actora por parte de la demandada, por estos conceptos. Así se declara.

De la Prueba de Testigos:

La representación judicial de la entidad laboral demandada solicitó, que se le tomara declaración en condición de testigos, a los ciudadanos José de Abreu y Yariz Palomo. Al respecto, de la reproducción audiovisual de la audiencia de juicio se logró evidenciar, la incomparecencia de los testigos, razón por la cual no hay materia sobre la cual pronunciarse. Así se declara.

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Precisado lo anterior, una vez realizado el análisis del acervo probatorio, se pasa a decidir la presente controversia en los términos siguientes:

De los alegatos de las partes, así como de las pruebas aportadas por cada una de ellas, se observa que quedó establecido el cargo de mesonero del accionante, la fecha de ingreso y la forma de terminación de la relación laboral, quedando controvertidos la composición salarial, la jornada de trabajo, la procedencia o no de las de las reclamaciones de los conceptos laborales como horas extras, complemento salarial de las propinas, la aplicación de la Convención Colectiva de CANARES y la sustitución de patrono.

De las propinas:

Respecto al complemento salarial de la propina se observa, que la parte accionante indicó en su libelo, que por último devengó un salario variable conformado por un salario mínimo de Bs. 15.051,00, más el recargo del 10%, de Bs. 68.500, más las propinas por Bs. 9.700,00; lo cual arrojaba un total de Bs. 93.250,00, lo cual fue negado por la entidad laboral demandada.

Ahora bien, en relación a las propinas es importante tener en cuenta lo dispuesto por el último aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica del Trabajo, a saber *“Si el trabajador recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considerará formando parte del salario un valor que para él 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 y el trabajador la estimación se hará por decisión judicial”*.

Conteste con lo anterior, también es importante destacar que en relación con las propinas, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, señala lo siguiente:

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.

Pues bien, las normas citadas *supra* establecen el carácter salarial de las propinas, en aquellos locales en que se acostumbre cobrar al cliente un porcentaje sobre el consumo por el servicio, y que dichas propinas se pagarán conforme a la proporción que corresponda a cada trabajador o trabajadora de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso. Igualmente las citadas normas indican, que si el trabajador 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, y en caso que no haya acuerdo entre el patrono y el trabajador, la estimación se hará por decisión judicial; y por último señalan los parámetros que se deberán tomar en consideración a los fines de establecer el valor de las propinas, tales como, la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador, la categoría del local, y los demás elementos derivados la costumbre o el uso.

En tal sentido podemos inferir, que las propinas se traducen en un beneficio normalmente otorgado por terceros que acuden a un restaurant, específicamente de los clientes o comensales pagada directamente a los mesoneros, barmans, cocineros, chefs, etc, y por lo general son hechas en efectivo; sin embargo, puede variar de acuerdo a la atención, calidad del servicio y experiencia del mesonero, y forman parte del salario del trabajador.

Ello así concluye la Sala, que en el presente caso se pudo evidenciar, de todo el acervo probatorio traído a los autos por ambas partes, que durante la prestación del servicio por parte del actor en beneficio de la accionada, no hubo estimación entre las partes respecto a la propina devengada, por cuanto nunca fue tasada, razón por la cual de seguidas se procede a tasar la propina, tomando en cuenta el valor equivalente al salario mínimo mensual decretado por el Ejecutivo Nacional, así como la calificación del mesonero, el cual se observa que comenzó a prestar servicios el 8 de agosto de 2010, hasta el 30 de agosto 2016, lo cual constituye 6 años de servicios, por lo que no se niega su pericia y experiencia

en el ramo, en un horario comprendido desde las 10:00 am, hasta 9:00 pm, de martes a domingo, siendo su día de descanso el lunes, por lo que se aprecia hubo una dedicación importante en su labor, de manera reiterada que genera una cierta permanencia. Como segundo requisito aludimos a la categoría del lugar, y la ubicación del establecimiento, el cual se encuentra ubicado en una zona de movimiento comercial importante, como lo es la urbanización La Candelaria, en el casco central de la ciudad de Caracas, se puede determinar que cada mesonero puede atender a un promedio diario de 7 o 6 clientes como mínimo, encontrándose la demandada en una categoría estándar para un nivel social de cierto poder adquisitivo, con una calidad de servicio, adecuada al tipo de comensales que acuden al restaurante. De modo que se toma en cuenta el valor equivalente al salario mínimo nacional durante la vigencia de la relación de trabajo, es decir desde agosto de 2010, hasta enero de 2016:

1) A partir de Agosto 2010	Bs. 1.223,89
2) A partir de Mayo 2011	Bs. 1.407,47
3) A partir de Septiembre 2011	Bs. 1.548,21
4) A partir de Mayo 2012	Bs. 1.780,45
5) A partir del Septiembre 2012	Bs. 2.047,52
6) A partir de Mayo 2013	Bs. 2.457,02
7) A partir de Septiembre 2013	Bs. 2.702,73
8) A partir de Noviembre 2013	Bs. 2.973,00
9) A partir enero 2014	Bs. 3.270,00
10) A partir del 1° de febrero 2015	Bs. 5.622,48
11) A partir del 1° de enero 2016	Bs. 9.648,18

Pues bien, de conformidad con los razonamientos antes expuesto esta Sala de Casación Social establece, que último salario mensual devengado por el trabajador demandante estaba compuesto por un salario fijo de Bs. 36.428,40, más el 10%, más las propinas de Bs. 9.700,00. Así se declara.

Del porcentaje sobre el consumo:

En relación con el 10% sobre el consumo se observa, que le corresponde a la parte actora demostrar que la entidad de trabajo demandada cobra el 10% sobre el consumo, a los fines de que el mismo sea incluido en el componente salarial. En tal sentido, de acuerdo al acervo probatorio presentado por la parte actora se pudo evidenciar, que la empresa accionada si cobraba el referido 10% sobre el consumo. Aunado al hecho de que la Sala, por máximas de experiencia conoce, que estos establecimientos cobran por consumo de servicio en la facturación, razón por la cual se declara procedente el 10% sobre el consumo, y en tal sentido se ordena una experticia complementaria del fallo en la cual se determine el monto mensual devengado por el trabajador por dicho concepto, tomando en cuenta el monto facturado al mes por la empresa, que observe de los libros de contabilidad y de las facturas de ésta, estando la demandada en la obligación de suministrarle los documentos mencionados y cualquier otro que el experto considere idóneo para calcular lo correspondiente a este concepto; y en caso de que la accionada se negare, corresponderá al actor el salario indicado por éste en su escrito libelar. Así se declara.

De las horas extraordinarias:

Respecto a este concepto la Sala observa, que el actor en su libelo adujo, que su jornada de trabajo estaba compuesta de la siguiente forma: 10:00 am, hasta las 9:00 pm, de martes a domingos, teniendo como día de descanso semanal, el día lunes; sin embargo, los días viernes y sábados solía trabajar desde las 10:00 am, hasta la 1:00 am, por lo que a su decir, existen horas extras en ese período, las cuales no fueron pagadas por la demandada, las cuales suman un total de 3.690 horas extraordinarias trabajadas y no pagadas. En tal sentido, la entidad laboral accionada negó y rechazó adeudar nada por concepto de horas extraordinarias, por cuanto el demandante nunca trabajo en jornada extraordinaria.

Pues bien, en relación con las horas extras trabajadas y no pagadas, observa esta Sala que la parte actora solicitó la exhibición del registro de horas extras y del horario de trabajo; sin embargo, no cumplió con su carga de demostrar las horas extraordinarias alegadas, de conformidad con el artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, debido a que la entidad laboral accionada negó y rechazó las horas extras reclamadas. En este orden de ideas igualmente se observa, que la parte accionada en su debida oportunidad no exhibió los documentos solicitados por la representación judicial del actor, y además reconoció la jornada laboral alegada por éste en su libelo, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 *eiusdem*, se deberían tener como ciertos los dicho del actor en este sentido y en consecuencia, condenar el pago de las horas demandadas por el actor; no obstante, en relación con el pago las horas extras el artículo 178 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras dispone lo siguiente:

Artículo 178:

Son horas extraordinarias, las que se laboran fuera de la jornada ordinaria de trabajo. Las horas extraordinarias son de carácter eventual o accidental para atender imprevistos o trabajos de emergencia. La duración del trabajo en horas extraordinarias, salvo las excepciones establecidas en la Ley, estarán sometidas a las siguientes limitaciones:

- a).- La duración efectiva del trabajo, incluidas las horas extraordinarias, no podrá exceder de diez horas diarias.
- b) No se podrá laborar más de diez horas extraordinarias semanales.
- c) No se podrá laborar más de cien horas extraordinarias por año.

El Ejecutivo Nacional cuando sea necesario, previa consulta a las organizaciones sindicales interesadas, podrá modificar las limitaciones establecidas en este artículo respecto a determinadas actividades.

De la norma *supra* transcrita se evidencia, que por mandato legal la jornada de trabajo incluyendo las horas extras, no puede exceder las 10 horas diarias, ni las 10 horas extraordinarias semanales, ni podrá exceder las 100 horas anuales, razón por la cual en el caso bajo análisis, a pesar de que ninguna de las partes cumplió con su carga procesal de demostrar la procedencia o no de las horas extras, y en atención a la norma citada y la jurisprudencia reiterada de esta Sala de Casación Social, se condena el máximo legal de

horas extras establecido en dicha norma, es decir, la cantidad de 100 horas extras por año de servicio, para lo cual se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo en la cual se establezca el monto mensual que percibió el trabajador por este concepto. Así se declara.

De la aplicación de la Convención Colectiva (CANARES):

En relación con la aplicación al presente caso de la normativa laboral que fue suscrita en su oportunidad por Sindicato Único de Trabajadores Mesoneros, Industria Hotelera, Bares y Similares del Dto. Federal del Estado Miranda (SINTRAHOSIVEN) y la Cámara Nacional de Restaurantes (CANARES) observa la Sala, que la representación judicial de la parte actora solicitó en el libelo la aplicación del referido convenio, a los efectos de cuantificar los conceptos demandados por el actor en su escrito libelar, con motivo de la terminación de la relación de trabajo derivada de la renuncia del actor, y referidos a las prestaciones sociales adeudadas por la accionada.

En primer lugar es importante señalar, que la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo pertenece al conocimiento del derecho por el juez, en atención al principio *iuria novit curia*, por lo que la aplicación de la misma queda supeditada a su actividad jurisdiccional. En tal sentido, la aplicación de la convención colectiva por mandato de ley debe aplicarse a todos los patronos que hayan sido convocados para la Reunión Normativa Laboral, a fin de discutir el contenido de la misma ante el órgano administrativo respectivo; en el presente caso, se produjo la convención colectiva entre el Sindicato Único de Trabajadores Mesoneros, Industria Hotelera, Bares y Similares del Dto. Federal del Estado Miranda (SINTRAHOSIVEN) por una parte y por la otra, la Cámara Nacional de Restaurantes (CANARES) en representación de las empresas afiliadas, entre las cuales figura la empresa Inversiones Nos, C.A. (Casa Farruco) demandada en el presente caso, en el marco de una reunión normativa laboral, a la cual se solicitó la extensión obligatoria para todos los trabajadores de dicha rama. Dentro de este orden argumentativo, para que

dicha convención colectiva pueda ser aplicada al presente caso, es necesario que exista la convocatoria del patrono a la reunión normativa laboral para la discusión de la referida convención, o debe existir la declaratoria de extensión obligatoria, la cual debe cumplir una serie de requisitos establecidos en los artículos 555 y 556 de la Ley Orgánica del Trabajo, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 555:

Para que una convención colectiva o laudo arbitral pueda ser declarado por el Ejecutivo Nacional de extensión obligatoria para toda una determinada rama de actividad, en escala local, regional o nacional, será necesario que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que la convención colectiva o laudo arbitral comprenda al patrono o patronos, o sindicato de patronos que, a juicio del Ministerio del ramo, represente la mayoría de los patronos de la rama de actividad de que se trate y tengan a su servicio la mayoría de los trabajadores ocupados en ella;

b) **Que comprenda al sindicato, sindicatos, Federaciones o Confederaciones de sindicatos que agrupen, a juicio del Ministerio del ramo, la mayoría de los trabajadores sindicalizados en la rama de actividad de que se trate;**

c) Que la solicitud de la Reunión Normativa Laboral, de cualquiera de los sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, o patronos o sindicatos de patronos, que sean parte en la convención colectiva o laudo arbitral, sea publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela y en diarios de amplia circulación, emplazando a cualquier patrono o sindicato de patronos, sindicato o federación sindical de trabajadores, que se considere directamente afectado por tal extensión obligatoria, a formular oposición razonada dentro del término improrrogable de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de publicación del Aviso Oficial; y

d) Que de haber transcurrido dicho plazo, no se hubiere presentado oposición alguna o las que se hubieren formulado hubieren sido desechadas por el Ministerio del ramo, por improcedentes o inmotivadas.

A los efectos de este inciso, cuando oportunamente se presente la oposición, el Ministerio del ramo la notificará a los interesados y abrirá una articulación de diez (10) días hábiles para que aleguen y prueben lo que crean pertinente. Este término empezará a correr desde el día siguiente a aquel en que se practicó la última notificación. Vencido el término, el Despacho decidirá definitivamente sobre la oposición. Si ésta fuere desechada, el Ministerio propondrá al Ejecutivo Nacional que expida Decreto declarando la extensión de la convención o laudo. El Decreto podrá fijar condiciones de trabajo peculiares a la empresa, explotación o establecimiento afectado, atendiendo a su capacidad económica, a las características de la región y al interés general de la rama de actividad respectiva.

Parágrafo Único: Cuando la oposición formulada fuere declarada procedente, el Ministerio del ramo procurará avenir a las partes sometiéndoles las modificaciones necesarias de acuerdo con los fundamentos de la oposición y, si éstas fueren aprobadas por las partes interesadas, la convención colectiva o laudo será declarada obligatoria para quienes formularon oposición, haciéndose constar expresamente en el Decreto de extensión las modificaciones aprobadas, las que no surtirán efecto alguno sobre los que suscribieron la convención original o sean parte en el laudo.

Artículo 556:

El Decreto que declare la extensión de la convención colectiva o del laudo a toda la respectiva rama de actividad, debe ser aprobado en Consejo de Ministros, previo informe razonado del Ministro del ramo. (*Resaltado por la Sala*).

Las normas *supra* transcritas disponen, que para que opere la extensión obligatoria o fuerza expansiva de determinada convención colectiva a todos los patronos o todas las empresas no convocadas, debe existir la aprobación del Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros, y la misma debe estar publicada en la Gaceta Oficial.

En este orden de ideas observa la Sala, que la entidad laboral demandada fue convocada y participó en la discusión de la Convención Colectiva, según se pudo constatar de la revisión de la Convención Colectiva que arroja al gremio por medio electrónico (Internet) razón por la cual se concluye, que al ciudadano Jairo Gómez Alvarado, trabajador demandante si le corresponden los beneficios de la convención colectiva antes señalada. Así se declara.

De la sustitución de patrono:

En relación con la sustitución de patrono se observa, que el actor en su escrito libelar indicó, que comenzó a prestar servicios como mesonero para la empresa Inversiones Nos, C.A (Restaurant Casa Farruco) hoy Inversiones Jvds, C.A (Restaurant Casa Farruco) desde el 10 de agosto de 2010, hasta el 30 de agosto de 2016, fecha en la cual renunció, que la

principal empresa demandada es la sociedad mercantil Inversiones Jvds, C.A., (Restaurant Casa Farruco) última empresa que asumió la responsabilidad como patrono sustituto, la cual en el desarrollo de su objeto, se ha constituido para realizar todas las actividades conexas con el objeto principal de las anteriores.

Por su parte, la empresa co-demandada Inversiones Jvds, C.A., (Restaurant Casa Farruco) procedió a negar la sustitución de patrono, al igual que los conceptos demandados, por cuanto en su opinión, no se llegaron a causar en derecho durante el tiempo que prestó servicios para la co-demandada sustituyente Inversiones Jvds, C.A., (Restaurant Casa Farruco) desde el momento de la sustitución hasta la finalización de la relación laboral el 30 de agosto del año 2016.

En tal sentido, y en atención a la disyuntiva generada en este particular, se hace necesario destacar lo establecido en los artículos 66 y 69 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, los cuales son del tenor siguiente:

Artículo 66:

Existirá sustitución de patrono o patrona, cuando por cualquier causa se transfiera la propiedad, la titularidad de una entidad de trabajo o parte de ella, a través de cualquier título, de una persona natural o jurídica a otra, por cualquier causa y continúen realizándose las labores de la entidad de trabajo aún cuando se produzcan modificaciones.

Artículo 69:

La sustitución del patrono o de la patrona deberá ser previamente notificada a los trabajadores, trabajadoras y su organización sindical; al inspector o inspectora del trabajo. La sustitución de patrono o patrona no surtirá efecto en perjuicio del trabajador o trabajadora. Hecha la notificación, si el trabajador o trabajadora considerase inconveniente la sustitución para sus intereses, dentro de los tres meses siguientes, podrá exigir la terminación de la relación de trabajo y el pago de las prestaciones e indemnizaciones conforme a lo establecido en esta Ley.

Por su parte el artículo 30 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo 2006, dispone:

Artículo 30:

La sustitución del patrono o patrona supone la transmisión por cualquier título, de la explotación de una empresa o parte de ésta susceptible de organizarse autónomamente, siempre que el patrono sustituto o patrona sustituta preservare la actividad productiva sin solución de continuidad.

Dentro de este marco, se debe destacar el criterio emanado de esta Sala, en la sentencia N° 752 de fecha 10 de junio de 2014, (*caso: Reynaldo José Alba Aguirre contra CNPC Services Venezuela LTD, S.A.*) que estableció respecto a lo que debe entenderse por la figura de la sustitución de patronos lo siguiente:

(...) La sustitución de patronos consiste en que el propietario o poseedor de una empresa transmite total o parcialmente sus derechos a otra persona, quien continúa con la misma actividad económica; por lo cual, en dicha institución se da un cambio de patrono o empleador en virtud de la transmisión de la propiedad, titularidad o explotación de la empresa, de una persona natural o jurídica a otra; se continúa con la actividad económica desplegada por la empresa sustituida; y se evidencia la continuación de la prestación de servicio por parte del mismo personal independientemente de haber recibido el pago por concepto de prestaciones sociales por parte del patrono anterior. La sustitución de patronos tiene como finalidad garantizar a los trabajadores sus derechos y beneficios laborales (...).

Ahora bien, en el caso bajo estudio conforme al análisis realizado al acervo probatorio traído a los autos del expediente, quedó demostrada la existencia de una sustitución patronal entre las empresas co-demandadas Inversiones Nos, C.A (Restaurant Casa Farruco) y la sociedad mercantil Inversiones Jvds, C.A (Restaurant Casa Farruco) toda vez que, la segunda, continuó realizando la misma actividad que la primera, y el accionante continuó prestando servicio para esta última. Por lo que se concluye, que al existir sustitución de patrono entre las empresas antes citadas, ésta última debe responder por el pago de las prestaciones sociales y demás beneficios laborales reclamados por el ciudadano Jairo Gómez Alvarado, desde el inicio de la prestación de servicios con la empresa sustituida, a saber el 10 de agosto de 2010, hasta la culminación de la relación de trabajo con la empresa sustituta, es decir, el 30 de agosto de 2016, conforme a lo

preceptuado en la Convención Colectiva de Trabajo que agrupa a dicho gremio. Así se declara.

De la procedencia de los conceptos reclamados por el actor:

Respecto a los conceptos demandados por el actor, a saber: 1) Prestaciones sociales (artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras); 2) Utilidades no canceladas desde el año 2010, hasta el 2015, (cláusula 32 de la Convención Colectiva de Trabajo que agrupa a dicho gremio); 3) Utilidades fraccionadas del 1° de enero de 2016, al 30 de agosto de 2016; 4) Vacaciones fraccionadas 2016 (artículo 196 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, y cláusula 30 y 31 Convención Colectiva de Trabajo que agrupa a dicho gremio); 5) Vacaciones no disfrutadas desde el 2011 al 2016; 6) Bono Vacacional Especial y vacaciones no pagadas desde el año 2011, hasta el 2016 (cláusula 30 y 31 de la Convención Colectiva de Trabajo); 7) Bono Post Vacacional desde el año 2011, al 2016 (cláusula 30 de la Convención Colectiva del gremio); 8) Bono Nocturno laborado y no pagado, con el salario real calculado con el recargo de un 30%; 9) Horas extras trabajadas y no pagadas; 10) Domingos laborados y no pagados con recargo de un día y medio (1,50%); 11) Días libres laborados y no pagados con recargo de un día y medio (1,50%); más los intereses de mora, se declaran procedentes en derecho, únicamente los que no hayan sido pagados por la accionada al momento de la terminación de la relación de trabajo, para lo cual se debe recalculer el monto de los conceptos anteriormente declarados procedentes en derecho, mediante una experticia complementaria del fallo, a cargo de un único experto designado por el Tribunal de ejecución competente, para lo cual, a los fines de determinar las diferencias adeudadas al trabajador por los referidos conceptos, la entidad de trabajo demandada prestará toda la colaboración necesaria, y éste deberá verificar en la contabilidad de la empresa demandada, el histórico de los salarios devengados por la parte actora, mes a mes durante el periodo comprendido desde el 10 de agosto de 2010, hasta la culminación de la relación de trabajo con la empresa sustituta, a saber, el 30 de agosto de 2016, a los fines de determinar el

salario integral del trabajador, para así poder determinar las diferencias en dicho período de los conceptos demandados con la aplicación de las cláusulas de la Convención Colectiva señaladas en el libelo de la demanda. Igualmente, deberá tomar en cuenta el último salario mensual devengado por el actor, el cual quedó establecido en la cantidad de Bs. 36.428,57, más el recargo del 10%, más las propinas de Bs. 9.700,00, salario este sobre el cual se realizarán los recalculos para los pagos correspondiente de los días de descanso, días feriados y horas extras así como específicamente (la alícuota de utilidades y alícuota de bono vacacional) y todo lo generado por el actor durante la prestación de sus servicios a favor de la empresa accionada; las sumas generadas por el experto como salario normal e integral, tendrán incidencia en el cálculo de los conceptos reclamados por la parte demandante en su libelo de demanda y ordenado a pagar en la motiva de este fallo, así como ya se dijo anteriormente, la aplicación de las cláusulas de la Convención Colectiva que agrupa el gremio, las cuales fueron señaladas por el actor en su libelo de la demanda, en los referidos conceptos, y de cuyo monto total que resultare de dichos conceptos se deberán descontar todas aquellas cantidades de dinero, susceptibles de deducción que se desprenda de la contabilidad que lleve la empresa demandada y en el expediente, tales como Prestaciones Sociales, Vacaciones, Bonos Vacacionales, así como todo lo ya cancelado. Igualmente adelantos, préstamos y todo lo cancelado en beneficio del trabajador, tales como cuentas de fideicomiso, a las que haya tenido acceso la parte actora durante la prestación de sus servicios. Así se declara.

Con relación al Bono Nocturno demandado, se destaca lo dispuesto por el artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el cual señala lo siguiente:

Artículo 173:

La jornada de trabajo no excederá de cinco días a la semana y el trabajador o trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor.

La jornada de trabajo se realizará dentro de los siguientes límites:

1.- La jornada diurna, comprendida entre las 5:00 a.m. y las 7:00 p.m., no podrá exceder de ocho horas diarias ni de cuarenta horas semanales.

2. La jornada nocturna, comprendida entre las 7:00 p.m. y las 5:00 a.m. no podrá exceder de siete horas diarias ni de treinta y cinco horas semanales. Toda prolongación de la jornada nocturna en horario diurno se considerará como hora nocturna.

3. Cuando la jornada comprenda períodos de trabajos diurnos y nocturnos se considera jornada mixta y no podrá exceder de las siete horas y media diarias ni de treinta y siete horas y media semanales. **Cuando la jornada mixta tenga un período nocturno mayor de cuatro horas se considerará jornada nocturna en su totalidad.** (Resaltado por la Sala).

Pues bien, conforme a la norma sub judice citada *supra* se concluye, que en el presente caso el actor no cumplió con su carga procesal de demostrar, que su jornada nocturna se excediera del límite *ut supra* establecido, razón por la cual se declara improcedente en derecho el concepto en estudio. Y así se declara.

Con relación a las Vacaciones no disfrutadas y Bono Vacacional no pagado, desde el año 2011, hasta el 2016, la Sala pudo constatar, que a los folios 189 al 192 de la 1° pieza del expediente, se encuentran recibos de pago de vacaciones y disfrute de las mismas, así como el pago del bono vacacional desde el período comprendido desde el 2010, hasta el 2011, 2011 al 2012 y el 2015, razón por la cual la demandada cumplió con su carga de probar la liberación y cumplimiento de estos conceptos en cuanto a estas fechas, por lo que se declara parcialmente procedente en derecho los mismos, a los fines que sean pagados los montos que no fueron demostrados en autos como pagados. Y así se declara.

Respecto a los domingos laborados y no pagados, y días libres laborados y no pagados, se reitera el criterio establecido por esta Sala de Casación Social, según el cual, *“cuando el trabajador reclama el pago de acreencias distintas o en exceso de las legales o especiales, la parte demandada no está obligada a exponer los fundamentos de su negativa de ocurrencia o procedencia, y en tal sentido, para que pueda ser declarada procedente la reclamación, corresponde a la parte demandante probar que verdaderamente trabajó en condiciones de exceso o especiales”*.

En este orden de ideas, visto que correspondía al accionante demostrar la existencia de los domingos laborados y no pagados, así como, de los días libres laborados y no pagados; y siendo que del caudal probatorio traído a los autos del expediente por la parte actora nada se demostró en este sentido, resulta forzoso para la Sala, declarar sin lugar la pretensión incoada por el actor, relativa a los domingos laborados y no pagados y días libres laborados y no pagados. Así se declara.

Igualmente se acuerdan el pagos de los intereses de mora y la indexación, desde la fecha de la terminación de la relación de trabajo el 30 de agosto de 2016, hasta la fecha de la efectiva ejecución del fallo para los intereses; y para la indexación de la antigüedad, desde la terminación de la relación de trabajo, 30 de agosto de 2016, hasta la efectiva ejecución del fallo, y para los otros conceptos mandados a pagar, desde la notificación de la demandada el 18 de enero de 2017, hasta la efectiva ejecución del fallo. Para el cálculo de los intereses, tanto de las prestaciones, que también se acuerdan, como los de mora, el experto que al efecto designe el Juez de la Ejecución competente para la práctica de la experticia complementaria del fallo que se ordena en este acto, se valdrá de las tasas fijadas por el BCV, para los intereses de las prestaciones sociales de los trabajadores, conforme a lo previsto en el literal “c” del artículo 108 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo; y para la indexación, se valdrá de los Índices de Precios al Consumidor (IPC), fijados por el BCV para el Área Metropolitana de Caracas; entendiéndose que del cómputo de lapso de la indexación, quedan excluidos los lapsos en que el proceso estuvo suspendido por acuerdo de las partes, por caso fortuito o de fuerza mayor, por causas no imputables a las partes, por huelga de los trabajadores de los Tribunales, por receso o vacaciones judiciales. Así se declara.

En atención a los anteriores razonamientos, se declara parcialmente con lugar la demanda. Así se declara.

DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, 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, hace los siguientes pronunciamientos de conformidad con lo establecido en los artículos 174 y 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: **PRIMERO:** declara: **CON LUGAR** el recurso de casación propuesto por la representación judicial de la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Octavo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 14 de junio del año 2019. **SEGUNDO:** **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda.

No hay condenatoria en costas en razón de la naturaleza de la decisión.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Particípese de esta remisión al Tribunal Superior de origen.

La presente decisión no la firma el Magistrado EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ porque no estuvo presente en la audiencia pública y contradictoria correspondiente, por motivos justificados.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veinte (20) días del mes de julio de dos mil veinte. Años: 209° de la Independencia y 161° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERON GUERRERO

El Vicepresidente,

Magistrado

JESÚS MANUEL JIMENEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrada

Magistrado Ponente,

MÒNICA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO A. MOJICA MONSALVO

La Secretaria,

MARÍA VASQUEZ QUINTERO

R.C. AA60-S-2019- 000291

Nota: Publicada en su fecha a las 3:00 p.m. Habilitado como ha sido el Despacho, encontrándose la Sala dentro de las excepciones dispuestas en las Resoluciones 004-2020 y 005-2020, de la Sala Plena de este Máximo Tribunal.

La Secretaria