



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

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

En el juicio que por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales sigue la ciudadana **MARÍA JOSEFINA ARAY GARCÍA**, titular de la cédula de identidad Nro. V- 8.329.886, representada por los abogados Rafael Cabrera y Rafael Pérez Anzola, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado (INPREABOGADO) bajo los Nros. 10.397 y 17.703, respetivamente, contra la entidad de trabajo **MUNDO QUESO LECHERIA, C.A.**, inscrita en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, bajo el Nro. 39, Tomo 57-A, expediente Nro. 26211011, sin fecha de registro que conste en autos, y solidariamente contra las ciudadanas **JUDITH JOSEFINA ZAMBRANO** y **ROSANNA VELÁSQUEZ QUIJADA**, titulares de las cédulas de identidad Nros. V- 6.821.832 y V- 15.883.288, respetivamente, representadas por la abogada Laudy Laura Barrios, con INPREABOGADO Nro. 116.108, el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, con sede en Barcelona, mediante sentencia de fecha 4 de noviembre de 2020, declaró tempestivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; parcialmente con lugar el recurso de apelación ejercido por la parte actora; sin lugar la apelación incoada por la parte demandada, modificando la sentencia dictada en fecha 7 de febrero de 2020, por el Juzgado Octavo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado

Anzoátegui, con sede en Barcelona, en la cual declaró con lugar la presunción de admisión de los hechos y ordenó el pago de la antigüedad, indemnización por despido injustificado, intereses, vacaciones fraccionadas, bono vacacional fraccionado, utilidades fraccionadas y horas extraordinarias.

Contra la decisión emitida por la alzada, la representación judicial de la parte actora anunció recurso de casación y una vez admitido, fue remitido el expediente a esta Sala de Casación Social.

Recibido el expediente, en fecha 16 de diciembre de 2020, el representante judicial de la parte actora, consignó escrito de formalización por ante la Secretaría de esta Sala de Casación Social.

En fecha 9 de febrero de 2021, en virtud de la designación de la nueva directiva de este Alto Tribunal en sesión de Sala Plena del día 5 del mismo mes y año, se reconstituyó esta Sala de Casación Social, quedando conformada en el orden siguiente: Presidente Magistrado Dr. Edgar Gavidia Rodríguez; Vicepresidente Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella y Magistrado Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

El 22 de junio de 2021, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 20 de agosto de 2021, fue fijada la audiencia prevista en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para el martes 14 de septiembre del mismo año, a las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.).

Celebrada la audiencia pública y contradictoria en la fecha indicada, se decidió diferir el pronunciamiento del dispositivo oral para el martes 28 de septiembre de 2021, a las doce y treinta de la tarde (12:30 p.m.), conforme a lo establecido en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Pronunciada la decisión en forma oral en la oportunidad correspondiente, esta Sala de Casación Social procede a publicar el extenso de la misma en los términos siguientes:

-I-

DEL RECURSO DE CASACIÓN

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se denuncia la infracción en la sentencia recurrida, por una parte, de los artículos 12, 15, y 243.5 del Código de Procedimiento Civil, aplicables por remisión del artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y por la otra, del artículo 131, *eiusdem*. En desarrollo de su delación, la parte actora recurrente manifiesta:

“(…) la sentencia de segunda instancia de 4 de noviembre de 2020, objeto de impugnación por vía de recurso de casación, violentó los artículos 12, 15, y 243.5 CPC, en concordancia con los artículos 26 y 49 CRBV, al incurrir en el vicio procesal constitucional de *citra petita*, al haber sentenciado el Tribunal de segundo grado concediéndola a la demandante: MARIA ARAY menos de lo concedido por las demandadas: MUNDO QUESO LECHERIAS”C.A., y las ciudadanas JUDITH JOSEFINA ZAMBRANO y ROSANNA VELÁZQUEZ QUIJADA en este asunto, luego de la aceptación de los hechos y la confesión de los hechos demandados, que no son contrarios a derecho, y

aparecen previstos por normas sustanciales laborales y de seguridad social, ante su incomparecencia a la Audiencia Preliminar, toda vez que habiéndose anunciado e instalado primigeniamente la Audiencia Preliminar con fecha 3 de febrero de 2020, con la sola asistencia de la representación judicial de la demandante, pero con la inasistencia de las tres (3) demandadas, por medio de sus directivas y accionistas asistidas de abogado (a), o a través de representación judicial de ellas, se generan los efectos consagrados por el artículo 131 LOPT, vale decir, la admisión de los hechos demandados, y la confesión sobre los hechos constitutivos de la pretensión, cuales efectos procesales laborales revisten carácter absoluto, o sea, *iure et de iure*, no es el caso de la inasistencia de la parte demandada a una prolongación de la Audiencia Preliminar, sino en concreto lo fue a sus instalación, debiendo declarar la procedencia de los conceptos demandados los cuales todos están contemplados en la norma sustantiva laboral, vale decir, no son contrarios a derecho los pedimentos de la demandante, y al no acordar la declaratoria de procedencia cualitativa y cuantitativa de los mismos no se ajustó a lo alegado y probado en autos, violentó el debido proceso previsto en el artículo 131 LOPT, en concordancia con los artículos 26 y 49.1 CRBV, quebrantó el equilibrio procesal colocando en estado de desigualdad procesal a la demandante, generando indefensión en perjuicio de la misma, e incurrió en *citra petita*, infringiendo los artículos 12, 15 y 243.5 CPC, aplicables al procedimiento laboral por remisión del artículo 11 LOPT, y en definitiva tampoco aplicó tutela judicial efectiva y progresiva, y así solicito sea declarado por la SALA, con los efectos procesales laborales correspondientes del artículo 175 LOPT (...)" (Sic) (Destacados del original)

Conforme se desprende de los términos en que fue redactado el escrito de formalización, en el caso *sub iudice*, la parte recurrente denuncia que la recurrida incurre en el vicio de incongruencia negativa o *citra petita*, por cuanto la jueza en su decisión final no emitió pronunciamiento sobre la totalidad de las pretensiones propuestas por la parte demandante, en su escrito libelar.

En este contexto, esta Sala de Casación Social estima oportuno destacar que ciertamente el vicio de incongruencia comprende tres modalidades: la primera de ellas, cuando la sentencia contiene más de lo solicitado por las partes *-ne eat index ultra petitem partium-*, denominada por la doctrina incongruencia positiva; la segunda, **cuando el fallo**

contiene menos de lo peticionado -*ne eat iudex citra petita partium-*, cual es la incongruencia negativa, y por último, cuando la sentencia contiene algo distinto a lo pedido por las partes -*ne eat iudex extra petita partium-*, que es la conocida incongruencia mixta.

Ello así, el vicio de incongruencia negativa o *citra petita*, se configura cuando el juzgador en su fallo no emite pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones propuestas por las partes o sobre un punto controvertido, advirtiéndose una falta de identidad entre lo resuelto y lo peticionado por las partes. Destacándose que como lo ha precisado este Alto Tribunal, el enunciado vicio atenta contra el orden público procesal, pues el juzgador no resuelve sobre algún motivo de la impugnación.

A los fines de corroborar si el *ad quem* está incurso en el vicio que se delata, esta Sala procede a transcribir lo expresado por la sentenciadora de la recurrida, respecto a los conceptos demandados por la parte actora, lo que hace en los términos siguientes:

“(…) Ahora bien, la génesis del presente recurso se sustenta en decir del recurrente, que el Tribunal a quo no aplico la consecuencia jurídica prevista en el artículo 131 de la Ley Orgánica procesal del Trabajo, en virtud de la incomparecencia de la demandada a la instalación de la audiencia preliminar, por cuanto no declaro la confesión de esta en todos los hechos libelados y menos aun condenó la totalidad de su pretensión.

En este orden de ideas, constata esta Alzada de la revisión de las actas, que la sentencia recurrida dejo establecido lo siguiente:

‘De lo anterior se desprende que ante la incomparecencia del demandado a la apertura de la audiencia preliminar, la Ley tiene por admitidos los hechos alegados por el actor en su demanda y, por tanto, debe decidirse conforme a dicha presunción; el

demandado tendrá la posibilidad de extinguir tales efectos procesales, si por ejemplo certifica el pago de lo condenado; es decir, desvela la pretensión como contraria a derecho,

...En consecuencia, este Tribunal acogiendo a la normativa y jurisprudencia supra expresado, quien aquí sentencia se ve forzada en declarar la PRESUNCION DE ADMISION DE LOS HECHOS, la cual deja establecida en el dispositivo del fallo, y reconoce la relación laboral iniciada por la ciudadana MARIA ARAY...desde el quince (15) de abril del año 2019, hasta la fecha de su despido injustificado – el día veinte (20) de diciembre del año 2019, para un tiempo de servicio de un (08) meses y cinco (05) días...’ (Sic)

De lo antes transcrito, se evidencia que, le asiste parcialmente la razón al apelante, por cuanto de la simple lectura que se realice a la sentencia recurrida se evidencia que, el tribunal *a quo* si bien es cierto, acatando la jurisprudencia de la Sala de Casación Social y vista la incomparecencia de la demandada a la instalación de la audiencia preliminar, procedió a declarar la presunción de admisión de los hechos, vale decir, fecha de inicio y terminación de la relación laboral, salario devengado por la actora y forma de terminación de la relación laboral, sin embargo nada dijo en cuanto a la jornada de 07:00 A.m. a 08:00 p.m., el cargo y las labores desempeñadas, declarando parcialmente lo concerniente al reclamo de las horas extras diurnas, negando la procedencia de las horas nocturnas y, nada dijo en cuanto a los domingos trabajados, descansos trabajados, días feriados, las horas de descanso durante las comidas, y la no inscripción del IVSS, razón por la cual se estima dicho alegato de apelación de manera parcial. **Y así se decide.-**

Así las cosas y atendiendo a que la parte actora pretende la cancelación de **828 horas extras diurnas, 492 horas extras nocturnas, 492 bonos nocturnos, 36 domingos trabajados, 9 días feriados, tiempo de descanso por las comidas, y una indemnización por su no inscripción en el IVSS**, razón por la cual entra el tribunal a resolver tales pretensiones, de la siguiente manera:

En cuanto **a los 36 domingos trabajados** del vuelto del folio 4 del expediente se evidencia que la actora señala que laboraba de ‘...-lunes a sábado-...’ evidenciándose una total contradicción en su pretensión, pues si laboraba de lunes a sábado mal puede pretender se proceda a la cancelación de los días domingos trabajados, por lo que se niega dicha pretensión. **Y así se decide.-**

En cuanto a la cancelación de **828 horas extras diurnas, 492 horas extras nocturnas, 492 bonos nocturnos**: La actora en el libelo de la demanda se deja establecido lo siguiente:

‘...En fecha 15 de abril de 2019... ingreso a prestar sus servicios personales... desempeñando el cargo de Cajera y otras actividades ... tenía como obligación salir de su residencia a las 7 A.m. y buscar en su vehículo a los demás empleados en su domicilio, dirigirse al domicilio de su patrona para requerirles las llaves del negocio y así poderlo abrir para el comienzo de sus actividades... que el Bodegón cerraba para el público a las 7pm y tanto mi representada como los demás empleados nos quedábamos para coadyuvar en la limpieza terminado a las 8 pm... se dirigía a la residencia de la patrona a entregarle las llaves y el dinero... tardando aproximadamente 45 minutos en dejarlos en su domicilio...’

De lo antes transcrito se evidencia, que el hecho admitido es que la actora trabajaba en un horario comprendido desde las 7:00 am hasta las 8:45 PM, de lunes a sábado, razón por la cual nos encontramos frente al hecho de una jornada mixta y, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 173 primer aparte numeral 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras esto totaliza la cantidad de 5,95 horas extras diarias, y visto el tiempo de duración de la relación laboral la actora prestó servicios durante 1249 horas y media extras, lo cual exceden del límite legal previsto por el Legislador, quien decide acuerda la cancelación de dichas horas extras hasta por el límite legal establecido conforme lo dispone el artículo 178 de la norma sustantiva laboral, tomando en cuenta que la relación tuvo una duración de ocho meses y cinco días. **Y así se decide.**

En lo que se refiere a los **días feriados laborados** y siendo que la actora señala que laboro 9 días feriados sin discriminar cuates fueron, no es menos cierto que al producirse una admisión de hechos y atendiendo a la jornada de trabajo admitida, de lunes a sábado conforme a la norma sustantiva laboral, y el tiempo de duración de la relación laboral le corresponde los siguientes días 01 de mayo, 24 de junio, 05 y 24 de julio, 12 de octubre y 14 de noviembre (fiesta regional), es decir, seis días por lo que se ordena su procedencia. **Y así se decide.-**

En lo relativo a la pretensión por cancelación del **tiempo de descanso conforme lo dispone el artículo 169 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras** el tribunal niega dicha pretensión, por cuanto al momento del cálculo de las horas extras se contabilizo dicho lapso en la jornada, aunado al hecho que por máximas de experiencia de quien hoy hace el extenso de la sentencia, los trabajadores que permanecen en el sitio de trabajo en sus horas de almuerzo se toman el tiempo al menos para ingerir sus

alimentos y en muchos otros casos hasta se exceden de este, por lo que se declara improcedente dicho reclamo. **Y así se decide,-**

En cuanto a la **indemnización por no cancelar las cuotas del IVSS**, el tribunal señala al apelante que tal pretensión es contraria a derecho, por cuanto si bien es cierto que la naturaleza de dichas cotizaciones están vinculadas al hecho social trabajo las mismas deben ser consignadas directamente al IVSS, órgano que funge actualmente como ente recaudador y administrador del sistema de seguridad social y por ende se constituye en el legitimado activo para requerir las cotizaciones no enteradas por el patrono, en efecto es este el ente que tiene derecho a exigir el pago de las cotizaciones atrasadas o no pagadas (artículo 87) y el detentador de la condición de acreedor privilegiado por tales créditos (artículo 102). Siendo ello así se niega la procedencia de la misma. **Y así se decide.**

(...Omissis...)

A tales fines entra el tribunal a realizar los cálculos aritméticos correspondientes en base a lo antes establecido:

MARIA ARAY:

Inicio: 15-04-2019

Finalización: 20-12-2019

Tiempo de servicio: ocho (08) meses y cinco (05) días.

El salario aducido por la actora en razón de la incomparecencia de la demandada a la instalación de la audiencia preliminar es de 40\$ semanales; vale decir, 160,00\$ mensuales.

HORAS EXTRAS LABORADAS: siendo que lo procedente en derecho es la cancelación de cien horas anuales, atendiendo a que la relación laboral duro ocho meses y cinco días, corresponde a la actora 8,33 horas extras mensuales, en consecuencia se ordena la cancelación de lo que se discrimina:

$8,33 \text{ horas} \times 8 \text{ meses y } 5 \text{ días} = 66,64 + 1,38 = 68,02 \text{ horas extras}$

$160\$ / 7,5 \times 1,5 = \$1,06 \text{ el valor de la hora extra}$

Y siendo que se ordena la cancelación de 68,02 horas extras $\times \$ 1,06 = 72,10\$$. **Y así se decide.-**

DIAS FERIADOS LABORADOS:

01 de mayo, 24 de junio, 05 y 24 de julio, 12 de octubre y 14 de noviembre (fiesta regional) $= 5,61\$ \times 1,5 = 8,41\$ \times 6 \text{ días} = 50,49\$$. **Y así se decide.-**

ANTIGUEDAD:

Atendiendo al tiempo de la duración de la relación laboral corresponde conforme lo dispone el artículo 142 literal c lo siguiente:

$30 \text{ días} \times 6,50\$ = 195,00\$$

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTIFICADO: admitido como quedo el hecho del despido injustificado corresponde a la actora conforme at artículo 92 de la Ley sustantiva laboral:

30 días x 6,50\$ = **195,00\$**

VACACIONES Y BONO VACACIONAL FRACCIONADO: conforme at contenido del artículo 196 de la Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras

Vacaciones 10 días X 5,84 \$

Bono vacacional 10 días x 5,84 \$

20 días, 5,84\$ = 116,80\$. **Y así se decide.-**

UTILIDADES FRACCIONADAS: conforme al artículo 131 de la Ley del Trabajo corresponde

20 días x 5,84\$ = 116,80\$. **Y así se decide.-**

Lo cual totaliza la suma de **746,00\$**. **Y ASI SE DECIDE.** (...)” (Sic). (Destacado del fallo).

Del análisis del fallo recurrido se evidencia que la jueza incurrió en el vicio de incongruencia negativa o *citra petita* delatado, por cuanto no emitió pronunciamiento alguno sobre la pretensión propuesta por la parte actora con relación a la reclamación de quinientos dólares americanos sin céntimos (US\$500,00), por daños y perjuicios, al no ser inscrita por la parte demandada en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), derivando ello en una falta de identidad entre lo peticionado y lo resuelto, y en consecuencia, conforme a lo expresado *supra* se configura el vicio de *citra petita*. Observándose adicionalmente, que producto de la incomparecencia de la parte demandada a la audiencia preliminar operó en la causa de autos la figura jurídica de admisión de los hechos, de conformidad con lo previsto en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, conforme al cual la incomparecencia del demandado a la apertura de la audiencia preliminar, conlleva como consecuencia jurídica a que se deban tener por admitidos los hechos alegados por el actor en su demanda y, por tanto, debe decidirse conforme a dicha confesión, no obstante el demandado tendrá la posibilidad de extinguir tales efectos procesales si, por ejemplo, certifica el pago de lo condenado; es decir, desvela la pretensión como contraria a derecho. (Vid. Sentencias Nro. 115 de fecha 17 de febrero de 2004. -caso: *Arnaldo Salazar Otamendi* contra *Publicidad Vepaco, C.A.*-; y, Nro. 1300 del 15 de octubre de 2004. -caso: *Ricardo Alí Pinto Gil*, contra *Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.*-).

Conforme se desprende de la norma legal *in commento* y del criterio jurisprudencial aplicado en múltiples fallos por esta Sala de Casación Social, se deben tener por admitidos los hechos siempre y cuando “*no sea contraria a derecho la petición del demandante*”; con lo cual, aun cuando se pueda afirmar que la presunción de admisión de los hechos antes comentada reviste carácter absoluto, tal admisión opera esencialmente sobre los hechos ponderados por el demandante en su demanda y no con relación a la legalidad de la acción o del *petitum*, aspectos en los cuales la intervención del Juez opera como el ente controlador de los mismos.

En virtud de las consideraciones que anteceden, al haberse materializado uno de los vicios que se le endilgan al fallo recurrido, se concluye que la denuncia bajo análisis debe prosperar. Así se decide.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, esta Sala de Casación Social declara con lugar el recurso de casación interpuesto por la parte actora ciudadana María Josefina Aray García, contra la sentencia dictada en fecha 4 de noviembre de 2020, por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, con sede en Barcelona, anula la aludida sentencia, y procede seguidamente a dictar sentencia sobre el mérito de la causa, en los términos siguientes:

-II-

DECISIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

De la demanda

La ciudadana María Josefina Aray García, titular de la cédula de identidad Nro. V- 8.329.886, en su escrito de demanda manifestó que en fecha 15 de abril de 2019, comenzó a prestar servicios personales, por cuenta ajena, de forma exclusiva y bajo dependencia, para la sociedad mercantil Mundo Queso Lechería, C.A., con el cargo de cajera y una jornada de trabajo de lunes a sábado, desde las 7:00 a.m., hasta las 8:45 p.m. Del mismo modo, aseguró que tenía dentro de sus obligaciones, salir de su residencia con su vehículo, a las 7:00 a.m., y buscar, en sus domicilios a los demás empleados, dirigirse a la residencia de su patrona para retirar las llaves del negocio y así poderlo abrir para el comienzo de las actividades, y que en ocasiones su patrona la acompañaba.

Expresó que el bodegón cerraba al público a las 7:00 p.m., pero los empleados permanecían en el local coadyuvando con la limpieza del mismo y transmitiendo, vía telefónica, el reporte de las ventas diarias, terminando a las 8:00 p.m., hora en la que se dirigía nuevamente a la residencia de su patrona para efectuar la entrega de las llaves y del dinero recaudado durante la jornada -que generalmente era en divisas-, para luego proceder a trasladar a los demás empleados a sus respectivos domicilios, tardando aproximadamente cuarenta y cinco (45) minutos, esto es, hasta la 8:45 p.m. Además, afirmó que por su labor devengaba un salario de cuarenta dólares americanos (\$40,00) semanales, equivalente a ciento sesenta dólares americanos (\$160,00) mensuales.

Denunció que durante todo el tiempo que laboró para la parte demandada no le cancelaron horas extraordinarias, bono nocturno, domingos y demás feriados trabajados, ni descansos trabajados y, que en fecha 15 de diciembre de 2019, recibió un mensaje -vía telefónica- donde su empleadora le manifestó que desde ese momento sólo percibiría salario mínimo, quedando suspendidos los almuerzos, transporte y bonificaciones, y que

finalmente el día 20 del mismo mes y año, su empleadora le comunicó que le reduciría el salario, con lo cual se consideró despedida injustificadamente.

Por último, la parte actora en su escrito libelar demanda los conceptos siguientes: *i*) Prestación de antigüedad (reclamada dos veces), *ii*) Pago indemnizatorio, *iii*) Preaviso (reclamado dos veces), *iv*) Vacaciones fraccionadas, *v*) Bono vacacional fraccionado, *vi*) Utilidades fraccionadas, *vii*) Horas extras diurnas, *viii*) Horas extras nocturnas, *ix*) Bono nocturno, *x*) Días domingos y demás feriados trabajados, *xi*) Hora diaria de descanso trabajada, *xii*) La inscripción en el Seguro Social con los depósitos de los créditos, y *xiii*) Indemnización de quinientos dólares americanos (\$500,00) por no cancelar las cuotas correspondientes del seguro social, los cuales arrojan, a su juicio, la cantidad de trece mil quince dólares americanos con veintiún céntimos (\$13.015,21).

Por su parte, las codemandadas, sociedad mercantil Mundo Queso Lechería, C.A., Judith Josefina Zambrano y Rosanna Velásquez Quijada, anteriormente identificadas, **no dieron contestación** a la demanda.

Planteados como han quedado los hechos alegados por la parte actora, procede esta Sala de Casación Social, a verificar las pruebas promovidas, en los términos siguientes:

De las pruebas de la parte actora:

En la oportunidad fijada para la celebración de la audiencia preliminar, la parte actora promovió las siguientes pruebas:

i) Promovió marcada con la letra “**A**”, copia de **la agenda personal de la parte demandante**, ciudadana María Josefina Aray García, cuya última actuación es una nota de puño y letra de la parte demandante, dando cuenta del pago de cuarenta dólares (\$40) correspondiente a la semana del 9 al 15 de diciembre de 2019, la cual se encuentra **suscrita en señal de conformidad por la ciudadana Rosanna Velásquez, titular de la cédula de identidad Nro. V-15.883.288, en su carácter de socia de la entidad de trabajo demandada**. Por cuanto dicha documental no fue impugnada, se le otorga valor probatorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

ii) Promovió como testigos a los ciudadanos Jesús Bello, David Bello, Mercedes Pinto, Milagro Velásquez, Ángel González, Francisco Fernández y Zaida González, titulares de las cédulas de identidad Nros. V-24.800.034, V-21.080.324, V-8.332.495, V-9.861.491, V-8.472.867, V-2.749.528 y V-3.731.226, respectivamente, así como el medio de prueba de exhibición de documentos, **de los cuales no fueron ordenadas su evacuación, por no existir en el presente juicio contradictorio**, no teniendo, en consecuencia, esta Sala de Casación Social, **materia sobre la cual pronunciarse**.

iii) Solicitó **la citación de la ciudadana Judith Josefina Zambrano**, titular de la cédula de identidad Nro. V-6.821.832. en su carácter de representante legal de la entidad de trabajo demandada, para que compareciera a reproducir el original electrónico de las copias consignadas por la parte actora marcadas “**L**”, “**M**” y “**N**”, las cuales consisten en mensajes enviados a través de teléfonos móviles con relación a las ventas, reducción del salario y otros beneficios a la parte actora. Dicha prueba **no fue evacuada por no existir en el presente juicio contradictorio entre las partes**, razón por la que esta Sala de Casación Social, **no tiene materia sobre la cual pronunciarse**.

De las pruebas de la parte demandada

No promovió prueba alguna a su favor, producto de su incomparecencia a la audiencia preliminar.

Del examen del escrito libelar y el análisis valorativo de las probanzas aportadas por la parte actora, en atención a lo establecido en el párrafo único del artículo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, observa esta Sala de Casación Social, que en la causa de autos, la parte actora pretende la cancelación de la suma de trece mil quince dólares americanos con veintiún céntimos (US\$13.015,21), por los conceptos siguientes: antigüedad (dos veces reclamado), indemnización por despido, preaviso (dos veces reclamado), vacaciones fraccionadas, bono vacacional fraccionado, utilidades fraccionadas, 828 horas extras diurnas, 492 horas extras nocturnas, 492 bonos nocturnos, 36 domingos trabajados, 9 días feriados, 245 horas de tiempo de descanso por las comidas, así como la inscripción en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), con los respectivos depósitos de las cuotas correspondientes ante dicha institución, no obstante, adicionalmente demanda la suma de quinientos dólares americanos sin céntimos (US\$500,00) por concepto de daños y perjuicios al no haber sido inscrita en el aludido organismo; por una relación de trabajo que comenzó el día 15 de abril de 2019 y culminó el 20 de diciembre de 2019, esto es, con una duración de ocho (8) meses y cinco (5) días, y una jornada, que como la parte actora afirmó era de lunes a sábado, de 7 a.m. a 8:45 p.m.

De seguidas procede esta Sala de Casación Social a pronunciarse sobre los conceptos demandados por la parte actora en su escrito libelar, y al efecto observa:

Respecto a **las horas extraordinarias, diurnas y nocturnas**, esta Sala de Casación Social, destaca que el artículo 178 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece límites máximos a la prestación de servicios, lo cual constituye una protección del trabajador frente al patrono que pretenda hacerlo laborar por un tiempo superior a la jornada ordinaria de trabajo. En este sentido, esta Sala ha establecido que sólo es procedente la condena de horas extras hasta por el máximo permitido por el legislador, salvo que el demandante pruebe haber trabajado horas extras en exceso, según lo establecido en el invocado artículo. Así fue determinado, entre otras, en sentencia Nro. 1092, del 17 de octubre de 2011, (caso: *Lourdes Elena Prato Briceño contra Telcel, C.A.*), en la cual se sostuvo que: “(...) *salvo que la labor en horas extraordinarias superiores al máximo legal permitido, sea evidentemente demostrada en juicio, éstas no podrán ser condenadas a un número mayor al legalmente establecido, de conformidad con el artículo 207 de la Ley Sustantiva del Trabajo (...)*”. [actualmente artículo 178 *eiusdem*]

En atención a lo anterior, se observa que la parte actora alegó que la jornada de trabajo se realizó mediante horas adicionales a las permitidas y por tanto bajo el recurso de horas extraordinarias, en consecuencia, al no estar demostradas en juicio y en atención a la presunción que prevé el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, éstas no podrán ser condenadas a un número mayor al legalmente establecido, de conformidad con el artículo 178 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, correspondiendo el pago de cien (100) horas anuales, divididas entre el tiempo de servicio de ocho (8) meses y cinco (5) días, se adeuda a la ciudadana María Josefina Aray García, la suma de setenta y dos dólares americanos con diez céntimos (US\$ 72,10). Así se decide.

Con relación a los **días feriados**, excepto los domingos, se observa, en primer término, que del 15 de abril al 20 de diciembre de 2019, se verifican los siguientes: 18 y 19 de abril -jueves y viernes de semana santa-, 1° de mayo, 24 de junio, 5 y 24 de julio, 12 de octubre y 14 de noviembre -fiesta regional-, por lo que no resulta cierto que fueron seis (6) como lo indicó el *ad quem* en el fallo anulado, ni nueve (9) como erradamente lo alegó la

parte demandante, sino ocho (8); y, en segundo lugar, los cálculos efectuados por el *ad quem*, son erróneos, puesto que ciento sesenta dólares americanos sin céntimos (US\$160,00) de salario básico mensual, entre treinta (30) días, equivale a US\$5,33 diario, más el 150%, a tenor de lo establecido en el artículo 120, *ibidem*, suma la cantidad de US\$13,33 diarios, por ocho (8) días; se le deben a la ciudadana María Josefina Aray García, por tal concepto, la suma de ciento seis dólares americanos con sesenta céntimos (US\$106,60). Así se decide.

En cuanto al pago de las **prestaciones sociales**, corresponde a la ciudadana María Josefina Aray García, por el tiempo de servicio de ocho (8) meses y cinco (5) días, conforme lo dispone el artículo 142, literal c), de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, treinta (30) días por seis dólares americanos con cincuenta céntimos (\$6,50) diarios de salario integral, esto es, la suma de ciento noventa y cinco dólares americanos sin céntimos (US\$195,00); y, por **indemnización por despido sin razones que lo justifiquen**, de conformidad con el artículo 92, *eiusdem*, la suma equivalente de ciento noventa y cinco dólares americanos sin céntimos (US\$195,00). Así se decide.

Con respecto a las **vacaciones y bono vacacional fraccionado**, por el indicado tiempo de servicio de ocho (8) meses y cinco (5) días, conforme lo dispone el artículo 196 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, corresponde a la ciudadana María Josefina Aray García, la cantidad de diez (10) días por cada concepto, que multiplicados por el salario normal de cinco dólares americanos con ochenta y cuatro céntimos (\$5,84) diarios, arroja la suma de cincuenta y ocho dólares americanos con cuarenta céntimos (US\$58,40) para cada concepto. Así se decide.

En lo relativo al **beneficio anual o utilidades fraccionadas**, a tenor de lo establecido en el artículo 131 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, corresponde a la ciudadana María Josefina Aray García, por ocho (8) meses completos de servicio en el año 2019, el equivalente a veinte (20) días que por el salario normal de cinco dólares americanos con ochenta y cuatro céntimos (\$5,84) diarios, arroja la suma de ciento dieciséis dólares americanos con ochenta céntimos (US\$116,80). Así se decide.

En lo concerniente al **preaviso** demandado, es menester indicar que dicha figura, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en fecha 7 de mayo de 2012, quedó circunscrita a lo contemplado en el artículo 81, *eiusdem*, respecto a la voluntad del trabajador o trabajadora en caso de retiro justificado en las relaciones de trabajo por tiempo determinado, pudiendo ser omitido; y, en el artículo 82, *ibidem*, en los demás supuestos de existir causa injustificada, no obstante, no tiene aplicación al existir la protección de inamovilidad absoluta establecida por el Ejecutivo Nacional. Siendo que dicha figura, queda reemplazada por la indemnización por despido sin razones que lo justifiquen, establecida en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Así se determina.

En cuanto al **tiempo de descanso y alimentación** que se demanda de manera independiente, se desprende de autos que dicho tiempo quedó incluido en la jornada ordinaria de trabajo y por tanto cancelado con la misma; en consecuencia, no se adeuda suma alguna a la ciudadana María Josefina Aray García, por dicho concepto. Así se decide.

En lo atinente a **la reclamación de quinientos dólares americanos sin céntimos (US\$500,00), por daños y perjuicios, al no ser inscrita la demandante en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)**, esta Sala de Casación Social observa que lo decidido por el *ad quem*, no se encontraba ajustado a derecho, puesto que, se trataba de

solicitar tanto la inscripción en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), como una reclamación por daños y perjuicios de quinientos dólares americanos sin céntimos (US\$500,00), por no haberse efectuado la inscripción en el referido Instituto, cuestión sobre la cual no hubo por parte del *ad quem* pronunciamiento alguno.

Así, en primer término, en lo que atañe a la inscripción de la parte demandante en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), se condena a la demandada, entidad de trabajo **MUNDO QUESO LECHERIA, C.A.**, a inscribir a la ciudadana **MARÍA JOSEFINA ARAY GARCÍA**, con efecto desde el 15 de abril al 20 de diciembre de 2019, en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), así como a pagar las cotizaciones correspondientes, lo cual constituye el resarcimiento de su falta. Adicionalmente, por cuanto las competencias vinculadas con los procedimientos de recaudación y sancionador corresponden al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), por órgano de la Oficina Administrativa respectiva, se ordena al Tribunal de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución, libre oficio al jefe o jefa de dicha oficina a fin que proceda con el trámite pertinente.

En segundo término en lo que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios, por no haber sido inscrita la parte demandante en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), no se comprobó que la ciudadana María Josefina Aray García, hubiese sufrido algún daño que se viera impedida de cubrir; por cuanto, no es suficiente con la existencia de un incumplimiento puro y simple -la no inscripción en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, por parte del patrono- para que surja la obligación de indemnizar al trabajador o trabajadora, pues esa omisión o incumplimiento obligatoriamente debe causar efectivamente un daño al trabajador, que debió ser cubierto por el identificado Instituto, y que debe ser demandada en atención a los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil. En consecuencia, se declara improcedente esta pretensión. Así se establece.

En razón de lo expuesto, los conceptos y cantidades a pagar a la ciudadana **MARÍA JOSEFINA ARAY GARCÍA**, titular de la cédula de identidad Nro. V-8.329.886, se resumen en el cuadro siguiente:

DÍAS	CONCEPTOS	MONTOS \$
68	Horas Extraordinarias	72,10
8	Feridos	106,60
30	Prestaciones Sociales:	195,00
	Indemnización: LOTTT, art. 92	195,00
10	Vacaciones Fraccionadas 2019-20	58,40
10	Bono Vacacional Fraccionado 2019-20	58,40
20	Utilidades Fraccionadas 2019	116,80
Total Conceptos :		\$802,30

En consecuencia de lo expuesto, se declara parcialmente con lugar la demanda incoada por la ciudadana **MARÍA JOSEFINA ARAY GARCÍA**, contra la entidad de trabajo **MUNDO QUESO LECHERIA, C.A.**, y solidariamente contra las ciudadanas **JUDITH JOSEFINA ZAMBRANO** y **ROSANNA VELÁSQUEZ QUIJADA**, todos identificados en autos, en virtud de lo cual deberán cancelarle la cantidad de **ochocientos dos dólares americanos con treinta céntimos (US\$ 802,30)**. Así se establece.

Se ordena al Tribunal de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución, efectuar la conversión de la suma condenada al valor de la moneda de curso legal, para tal fecha, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Ley Orgánica del Banco Central de Venezuela.

Se condena a favor de la accionante, de conformidad con lo previsto en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio fijado por esta Sala, en sentencia Nro. 1841 de fecha 11 de noviembre de 2008 (caso: *José*

Surita contra Maldifassi & Cía. C.A.), i) el pago de los intereses de mora de la cantidad condenada a pagar por concepto de prestaciones sociales, al tratarse de una deuda de valor, y su cómputo debe efectuarse desde la fecha de finalización de la relación de trabajo, 20 de diciembre de 2019; hasta la ejecución del fallo, entendiéndose por este la realización del pago efectivo, y ii) el pago de los intereses de mora sobre los demás conceptos salariales ordenados a pagar calculados desde el 15 de enero de 2020, fecha de la notificación de la demanda. El aludido cálculo se efectuará de acuerdo con lo previsto en los artículos 128 y 142 literal f) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aplicándose la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela. Dichos intereses deberán ser calculados mediante experticia complementaria del fallo a cargo de las demandadas y no serán objeto de capitalización ni indexación. Así se declara.

Se condena al pago de la corrección monetaria, sobre la suma ordenada a pagar por concepto de prestaciones sociales, considerando el índice nacional de precios, conforme a los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela, desde el 20 de diciembre de 2019, fecha de terminación de la relación laboral, y desde la notificación de la demanda, a saber, 15 de enero de 2020, para el resto de los conceptos laborales acordados, hasta la oportunidad del pago efectivo, excluyendo únicamente el lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo entre las partes o haya estado paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor, así como vacaciones judiciales. Dicha corrección deberá ser calculada mediante experticia complementaria del fallo a cargo de las demandadas.

En caso de incumplimiento voluntario, se aplicará lo establecido en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se resuelve.

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

DECISIÓN

En mérito de las motivaciones precedentemente expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la ley, declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la parte actora, ciudadana **MARÍA JOSEFINA ARAY GARCÍA**, contra la sentencia dictada en fecha 4 de noviembre de 2020, por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, con sede en Barcelona. **SEGUNDO:** Se **ANULA** el mencionado fallo; y, **TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda incoada por la ciudadana **MARÍA JOSEFINA ARAY GARCÍA**, contra la entidad de trabajo **MUNDO QUESO LECHERIA, C.A.**, y solidariamente contra las ciudadanas **JUDITH JOSEFINA ZAMBRANO** y **ROSANNA VELÁSQUEZ QUIJADA**, todos identificados en autos.

Dada la naturaleza del presente fallo, no hay condenatoria en costas.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos del referido Circuito Judicial, y notifíquese de la presente

remisión al Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, con sede en Barcelona, de conformidad con el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los dieciséis (16) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Año: 211° de la Independencia y 162° de la Federación.

El Presidente de la Sala,

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

El Vicepresidente,

Magistrada,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

Magistrada Ponente,

Magistrado,

MÓNICA GIOCONDA MISTICCHIO TORTORELLA DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO

La Secretaria,

ANABEL DEL CARMEN HERNÁNDEZ ROBLES

R.C. N° AA60-S-2021-000036

Nota: Publicada en su fecha a

La Secretaria