



|  |
| --- |
| http://www.tsj.gov.ve/graficos/encabezadotsj.jpg |

**SALA DE CASACIÓN SOCIAL**

Ponencia de la Magistrada Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa.

En el procedimiento que por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales sigue el ciudadano **JOSÉ SEGUNDO GUERRERO GARCÍA**, representado judicialmente por los abogados Aura Mariela Peña Gómez y Carmen Florelba Peña Gómez, contra la Sociedad Mercantil **CIMIENTOS BYA, S.A.,** representada judicialmente por los abogados Gustavo Alfredo Moncada Mauco y Antonio Ametrano Vidal; el Juzgado Octavo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia publicada el 22 de julio de 2011, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, parcialmente con lugar la demanda y modificó la sentencia proferida por el Tribunal Séptimo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial, de fecha 15 de abril de 2011, que declaró con lugar la demanda.

Contra la sentencia del *ad quem*, la representación judicial de la parte demandada, interpuso recurso de control de legalidad, en fecha 28 de julio de 2011, por lo que el expediente fue remitido a esta Sala de Casación Social.

En fecha 11 de octubre de 2011, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada doctora CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA.

En fecha 13 de diciembre de 2011, esta Sala de Casación Social, mediante sentencia Nº 1555, admitió el recurso de Control de Legalidad.

Concluida la sustanciación del recurso, tuvo lugar la audiencia oral, pública y contradictoria, con sujeción a lo regulado por  el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Celebrada la audiencia, y dictada la sentencia de manera inmediata, pasa esta Sala a reproducir la misma bajo la ponencia de la Magistrada doctora CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA, en los siguientes términos:

**RECURSO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD**

Señala la demandada que el *ad quem* incurrió en el vicio de falta de aplicación del artículo 75 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ya que si bien, declaró que el contrato que existió entre las partes fue para una obra determinada, es decir, desde el 4 de junio de 2007 hasta la fecha de culminación de la obra, la condenó al pago de los salarios caídos, tomando en consideración una fecha posterior a la fecha de terminación de dicha relación, es decir, desde el 29 de agosto de 2008 hasta el 22 de julio de 2011, sin considerar que “*la indemnización del pago de salarios caídos*” es aquella que debe pagar el patrono a su trabajador en los contratos a tiempo indeterminado y que haya terminado el mismo por despido injustificado.

Aduce que la recurrida al haber ordenado el pago de salarios caídos, no obstante existir entre las partes un contrato para una obra determinada, contrarió la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social, específicamente la contenida en la sentencia Nº 435 de fecha 12 de abril de 2011 (caso: *LLoyd Gatsby Ramcel Pérez* contra *PDVSA Petróleo, S.A.,* que estableceque al existir *“un contrato por tiempo determinado, el contratado no goza de las prerrogativas de la estabilidad laboral, y por tanto no procede el reenganche y pago de los salarios caídos”.*

La Sala para decidir observa:

La recurrida declaró respecto a los argumentos expuestos por la demandada, lo siguiente:

En el caso que nos ocupa, la relación laboral que existió entre las partes estaba regida por un **contrato de trabajo para una obra determinada que cumple con las exigencias que establece el artículo 75 de la Ley Orgánica del Trabajo**, derivado del contrato que mantenía la demandada con la empresa CIMENTOS BYA S.A., según consta de contrato de obra que corre inserto a los autos, el cual señala que tendrá una vigencia desde el 04/06/2007 hasta se termine la obra total o parcialmente y, por cuanto los trabajos de dicha obra concluyeron, **mal puede inferirse que la causa de terminación de la relación laboral haya sido por despido y mucho menos injustificado**, en consecuencia quien decide determina que la relación que vinculó a las partes es de naturaleza contractual a tiempo determinado y finalizó por la culminación de la obra para la cual se vincularon. Así se decide.

(*Omissis*)

Visto lo anterior, y en base al principio cuantum (*sic*) apelatium (*sic*) cuantum (*sic*) devolutio (*sic*), quien decide pasa de seguidas a establecer la procedencia de los conceptos reclamados, estableciendo como hecho cierto que la relación laboral contractual a tiempo determinado entre el ciudadano JOSE SEGUNDO GUERRERO GARCIA y la empresa CIMIENTOS BYA S.A, **se inició desde el 04/06/2007 hasta el 07/12/2008**. Así se establece.

(*Omissis*)

De los Conceptos Condenados:

De los Salarios Caídos: Se ordena el pago de los salarios dejados de percibir por el actor desde el 29/08/2008 hasta el 22-07-2011. En consecuencia se ordena la experticia complementaria del fallo por el juzgado de SME correspondiente, quien deberá designar un único experto contable cuyos honorarios serán sufragados por la parte demandada, a los fines que cuantifique los salarios caídos atendiendo a los siguientes parámetros: desde la fecha de la 229/08/2008 hasta el 22-07-2011.

De la sentencia recurrida se desprende que el *ad quem* declaró que la relación laboral que existió entre las partes estaba regida por un contrato de trabajo para una obra determinada, el cual tuvo una vigencia del 04/06/2007 hasta el 07/12/2008, y posteriormente, condenó a la empresa demandada al pago de los salarios caídos desde el 29/08/2008 hasta el 22-07-2011.

El demandante en el escrito libelar señaló que ingresó en fecha 4 de junio de 2007 a prestar servicios como cabillero en la empresa demandada, y culminó en fecha 12 de diciembre de 2008.

A los folios 123 al 127 del expediente se encuentra Contrato de Trabajo para Obra Determinada de fecha 4 de junio de 2007, del que se desprende que entre la sociedad mercantil Cimientos Bya S.A., y el ciudadano Guerrero García José Segundo, suscribieron Contrato Individual de Trabajo, del que se establece la ejecución de una obra determinada denominada Estabilización de Taludes para la Construcción de las Obras de Canalización del Río Guaire, Tramo Dos, Barrio La Línea, Petare, desde el 4 de junio de 2007, hasta la fecha de terminación parcial de la obra.

Al folio 132 del expediente se encuentra Acta de Terminación de fecha 30 de enero de 2009, de la que se desprende que el Proyecto Canalización del Río Guaire, Tramo Dos, ubicado en el Barrio La Línea, Petare y la Urbanización Pablo VI, El Llanito, Municipio Sucre del Estado Sucre del Estado Miranda, fue concluido.

El artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo, señala:

**Artículo 75**: El contrato para una obra determinada deberá expresar con toda precisión la obra a ejecutarse por el trabajador.

El contrato durará por todo el tiempo requerido para la ejecución de la obra y terminará con la conclusión de la misma.

Se considerará que la obra ha concluido cuando ha finalizado la parte que corresponde al trabajador dentro de la totalidad proyectada por el patrono.

Ahora bien, esta Sala de Casación Social ha establecido que la naturaleza jurídica del procedimiento especial de estabilidad laboral, persigue que al trabajador se le califiquen los despidos para determinar si éstos se ejecutaron con o sin justa causa y, en consecuencia, si se trata de este último caso, acordar el reenganche con el pago de los salarios caídos.

Así pues, que para que un Juez ordene el pago de los salarios caídos, debe haberse despedido al trabajador de forma injustificada.

No obstante, en el caso bajo estudio, tal y como se evidencia de las actas procesales, la suscripción del contrato de trabajo entre las partes fue para la ejecución de una obra, y que la finalización de la misma, sería cuando estuviese ejecutada el ochenta (80%) por ciento; asimismo, se evidenció de las actas procesales el Acta de Terminación de fecha 30 de enero de 2009, de la cual se desprende la constancia de terminación de la obra.

En consecuencia, esta Sala colige que al haber culminado la obra para la cual se suscribió el contrato en fecha 30 de enero de 2009, no procedía el pago de los salarios caídos desde el 29 de agosto de 2008 hasta el 22 de julio de 2011, es decir que ordenó el pago de los salarios caídos hasta una fecha posterior a la fecha de culminación de la obra, por tal razón incurrió en violación de normas de orden público, por lo que esta Sala ANULA el fallo recurrido y pasa de seguidas a pronunciarse sobre el fondo del asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en los siguientes términos:

**SENTENCIA DE MÉRITO**

Alega el trabajador que prestó servicios subordinados e ininterrumpidos para la sociedad mercantil Cimientos Bya, S.A., desde el 4 de junio de 2007 hasta el 12 de diciembre de 2008, que la relación laboral terminó por despido injustificado, que ostentó el oficio de cabillero y que devengó un salario diario normal para el año 2008, de cincuenta y cinco bolívares con cincuenta y cinco céntimos (Bs. 55,55), no obstante no recibió el pago de sus salarios desde el mes de septiembre de 2008.

Reclama el pago de los salarios caídos desde el 29 de agosto de 2008, hasta el 4 de junio de 2010, desglosados de la manera siguiente: desde el 29 de agosto de 2008 hasta el 30 de abril de 2009, la demandada le adeuda la cantidad de trece mil seiscientos nueve bolívares con setenta y cinco céntimos (Bs. 13.609,75); que desde el 1° de mayo de 2009 hasta el 3 de septiembre de 2009, la demandada le adeuda la cantidad de ocho mil trescientos noventa y siete bolívares con noventa céntimos (Bs. 8.397, 90); que desde el 4 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009, la demandada le adeuda la cantidad de ocho mil setecientos veintitrés bolívares con ochenta y nueve céntimos (Bs. 8.723,89); y, desde el 1° de enero de 2010 hasta el 3 de junio de 2010, la demandada le adeuda la cantidad de doce mil cuatrocientos dieciocho bolívares con cincuenta y seis céntimos (Bs. 12.418,56), lo que arroja una deuda total por concepto de salarios caídos de cuarenta y tres mil ciento cincuenta bolívares con diez céntimos (Bs. 43.150,10).

Que por concepto de prestación de antigüedad conforme a la cláusula 46 de la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción, alega que la demandada le adeuda la cantidad de veinte mil novecientos setenta y cuatro bolívares con dieciséis céntimos (Bs. 20.974,16).

Que por concepto de vacaciones y bono vacacional conforme a la cláusula 42 de la Convención Colectiva de la Industria de la Construcción, le adeuda en el período comprendido del mes de junio de 2008 hasta el mes de mayo de 2009, la cantidad de cuatro mil ciento noventa y ocho bolívares con noventa y cinco céntimos (Bs. 4.198,95); y en el período del mes de junio de 2009 al mes de mayo de 2010, demanda por dichos conceptos la cantidad de cinco mil doscientos cuarenta y un bolívares con sesenta céntimos (Bs. 5.241,60), lo que arroja una deuda total de nueve mil cuatrocientos cuarenta bolívares con cincuenta y cinco céntimos (Bs. 9.440, 55).

Alega que por concepto de bono de asistencia, le corresponde el pago de cuatro (4) días por cada mes, según Contrato Colectivo de Trabajo, razón por la que le adeuda desde el mes de julio hasta el mes de diciembre de 2008, la cantidad de un mil trescientos treinta y tres bolívares con veinte céntimos (Bs. 1.333,20); que por período del mes de enero hasta el mes abril de 2009, la demandada le adeuda por dicho concepto, la cantidad de ochocientos ochenta y ocho bolívares con ochenta céntimos (Bs. 888,80); que desde el mes de mayo hasta el mes agosto de 2009, la demandada le adeuda por dicho concepto, la cantidad de un mil sesenta y seis bolívares con cuarenta céntimos (Bs. 1.066,40); que desde el mes de septiembre hasta el mes diciembre de 2009, la demandada le adeuda por dicho concepto, la cantidad de un mil ciento setenta y dos bolívares con noventa y seis céntimos (Bs. 1.172,96); y, que desde el mes de enero hasta el mes mayo de 2010, la demandada le adeuda por dicho concepto, la cantidad de un mil seiscientos doce bolívares con ochenta céntimos (Bs. 1.612,80), lo que arroja una deuda total de seis mil setenta y cuatro bolívares con dieciséis céntimos (Bs. 6.074,16).

Que por concepto de utilidades conforme a la cláusula 43 de la Convención Colectiva de Trabajo, la demandada le adeuda en el año 2008, la cantidad de cinco mil setecientos cuarenta y tres bolívares con setenta y seis céntimos (Bs. 5.743,76); que por el año 2009, le adeuda la cantidad de siete mil setecientos ochenta y cinco bolívares (Bs. 7.785,00); y que para el año 2010, le adeuda la cantidad de tres mil quinientos dieciocho bolívares con sesenta y dos céntimos (Bs. 3.518,62), lo que arroja una cantidad total de diecisiete mil cuarenta y siete bolívares con treinta y ocho céntimos (Bs. 17.047,38).

Que por bono de alimentación, la demandada le adeuda desde el mes de septiembre de 2008 hasta el mes de mayo de 2010, la cantidad de ocho mil ochocientos treinta y tres bolívares con treinta céntimos (Bs. 8.833,30).

Que por la indemnización por despido injustificado la demandada le adeuda la cantidad de diez mil doscientos cincuenta y nueve bolívares con diez céntimos (Bs. 10.259,10); y que por la indemnización sustitutiva de preaviso, la demandada le adeuda la cantidad de seis mil ochocientos treinta y nueve bolívares con cuarenta céntimos (Bs. 6.839,40).

Finalmente reclama el pago de los intereses de las prestaciones sociales.

**Confesión Ficta.**

Al folio 82 del expediente se encuentra Acta de Celebración de la Audiencia Preliminar, de fecha 20 de octubre de 2010, de la que se desprende constancia de comparecencia de ambas partes.

Al folio 83 del expediente se encuentra Acta de Prolongación de la Audiencia Preliminar, de fecha 8 de noviembre de 2010, de la que se desprende constancia de comparecencia de ambas partes, así como de la promoción de las pruebas, no obstante, no se evidencia que la demandada contestara la demanda.

Al respecto, esta Sala de Casación Social en sentencia Nº 629 del 8 de mayo de 2008 (caso: *Daniel Alfonso Pulido Cantor contra Transportes Especiales A.R.G. de Venezuela C.A.*), determinó lo siguiente:

(…) si la incomparecencia del demandado surge en una de las prolongaciones de la audiencia preliminar o no da contestación a la demanda, la admisión de los hechos reviste un carácter relativo (presunción juris tantum) que admite prueba en contrario, debiendo el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución dejar constancia de la situación acaecida (incomparecencia a la prolongación de la audiencia preliminar o falta de contestación a la demanda), e incorporando las pruebas promovidas al expediente, y remitiéndolas inmediatamente al juez de juicio a los fines de su admisión y evacuación, quien una vez concluido el lapso probatorio, verificará el cumplimiento de los requisitos para que la confesión ficta sea declarada, referidos a si la petición del demandante no es contraria a derecho y que el demandado no haya probado nada que le favorezca.

*Omissis*)

Consecuente con los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos, se estima que, si en la audiencia preliminar se consignan elementos probatorios respecto de los hechos que fundamentan la demanda, los mismos deben valorarse al momento de la decisión de juicio, con independencia de que hubiere operado la confesión ficta por falta de contestación a la demanda, pues el control de dichas pruebas debe realizarse, siendo la única oportunidad la audiencia oral y pública de juicio, previo pronunciamiento sobre la admisión de las pruebas, de lo contrario, implicaría obviar la oportunidad procesal para la admisión y evacuación de las pruebas (resaltado añadido).

En el caso *sub examine*, se evidencia del acta de celebración de la audiencia preliminar y del acta de prolongación de la referida audiencia, que la empresa demandada, asistió a dichas audiencias, y promovió las pruebas que consideró en el presente caso. La Juez a cargo del Tribunal Vigésimo Tercero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, dejó constancia por medio de auto -folio 206- de la conclusión de la audiencia preliminar en fecha 8 de noviembre de 2010, y de la consignación por parte de la demandada del escrito de “*contestación de la demanda en el lapso correspondiente de conformidad con el artículo 136 de la Ley Orgánica Procesal la del Trabajo*”; posteriormente, el Tribunal Séptimo de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial, señaló en fecha 8 de abril de 2011, mediante Acta de Dispositivo Oral, que se observó“*que no fue consignado el escrito de contestación de la demanda*”, alegando el error en el que incurrió la referida Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, al dejar constancia de la consignación del escrito de contestación de la demanda.

En consecuencia, al no haber contestado la demanda, y en atención al criterio jurisprudencial citado, surge en el presente caso, la confesión ficta -más no el *petitum* reclamado-, toda vez que la parte demandada puede desvirtuar la ilegalidad de la acción o la improcedencia de los conceptos a través del cúmulo probatorio promovido en la apertura de la audiencia preliminar, en consecuencia, debe esta Sala determinar la procedencia o no en cuanto a derecho de los conceptos demandados por el ciudadano José Segundo Guerrero García, contra la sociedad mercantil Cimientos Bye, S.A.

En consecuencia, la demandada debe demostrar con las pruebas aportadas, el pago liberatorio de los conceptos reclamados.

En ese mismo sentido, procede esta Sala a valorar los medios de prueba a efectos de verificar la legalidad de la pretensión.

**Pruebas de la parte demandante.**

A los folios 86 al 116 se encuentra expediente de Providencia Administrativa de la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 23 de octubre de 2009, suscrito por la ciudadana Diana Campano Lárez, Inspectora del Trabajo Jefe de la Inspectoría Este del Área Metropolitana de Caracas, en la que se declaró el inmediato reenganche del ciudadano José Segundo Guerrero García, a su puesto habitual de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento de su despido, es decir, desde el 8 de diciembre de 2008, con el consecuente pago de los salarios y beneficios legales y contractuales dejados de percibir. A dichas documentales se le otorga valor probatorio conforme al artículo 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

**Pruebas de la parte demandada.**

**a) Documentales.**

A los folios 123 al 127 del expediente se encuentra Contrato de Trabajo para Obra Determinada de fecha 4 de junio de 2007, del que se desprende que entre la sociedad mercantil Cimientos Bya S.A., y el ciudadano Guerrero García José Segundo, suscribieron Contrato Individual de Trabajo, el cual establece que el contrato ha sido establecido para ejecutar una obra determinada denominada Estabilización de Taludes para la Construcción de las Obras de Canalización del Río Guaire, Tramo Dos, Barrio La Línea, Petare, desde el 4 de junio de 2007, hasta la fecha de terminación parcial de la obra. A dicha documental se le otorga valor probatorio conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

A los folios 128 al 138 del expediente se encuentra Contrato Inelectra, S.A.C.A., y Cimientos BYA, S.A., para la realización de los trabajos de Construcción de Canalización Río Guaire, Tramo Dos, de la que se desprende Acta de Inicio de la Obra de Canalización Río Guaire, de fecha 4 de noviembre de 2007; Acta de Terminación de dicha obra, de fecha 30 de enero de 2009; y, Acta de Aceptación Provisional de fecha 30 de enero de 2009. A dichas documentales se le otorga valor probatorio conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

A los folios 196 al 204 del expediente se encuentran recibos de pago del demandante por parte de la empresa demandada, de los que se desprenden los pagos de salario semanal por la Canalización del Río Guaire, que devengó en los meses de agosto y septiembre de 2008, un salario diario de cincuenta y cinco bolívares con cincuenta y cuatro céntimos (Bs. 55,54), y que la fecha de ingreso fue el 4 de junio de 2007. A dichas documentales se les otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Al folio 205 del expediente se desprende original de compromiso dirigido por el demandante a la demandada, de reembolsar los pagos recibidos por la empresa, una vez que el “*Seguro le cancele*” el monto de los reposos médicos desde el 18 de julio de 2008 hasta que haya sido dado de alta por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. A dicha documental se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

**b) Prueba de Informes.**

De conformidad con el artículo 81 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la demandada solicitó al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, a los fines de que informe: 1) Si el demandante se encontraba de reposo médico “*en fecha*”; 2) Que en caso de que haya estado de reposo médico, informe las fechas de inicio y fecha de finalización del reposo; 3) Si el demandante recibió pagos por concepto de reposo médico.

A los folios 17 al 22 de la segunda pieza del expediente se encuentra informe rendido por el Ministerio del Poder Popular Para el Trabajo y Seguridad Social, Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, Dirección General de Afiliación y Prestaciones en Dinero –Dirección de Afiliación, suscrito por la Licenciada Zuleima Vallejos, de la que se desprende que el ciudadano José Segundo Guerrero García, registró los siguientes períodos de incapacidad temporal:

Desde el 30 de noviembre de 2007 hasta el 16 de diciembre de 2007; desde el 18 de julio de 2008 hasta el 27 de agosto de 2008; desde el 29 de agosto de 2008 al 19 de septiembre de 2008; desde el 15 de septiembre de 2008 al 26 de septiembre de 2008; desde el 29 de septiembre de 2008 al 19 de octubre de 2008; y desde el 11 de noviembre de 2008 al 16 de diciembre de 2008.

A dichas documentales se les otorga valor probatorio conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se decide.

**c) Testimoniales.**

La demandada promovió los siguientes testigos: 1) Pedro Balzan, titular de la cédula de identidad N° 2.123.653; José Elías Rojas Ávila, titular de la cédula de identidad N° 5.974.203; Luis José Jiménez, titular de la cédula de identidad N° 12.401.354; Dimas José Pinto; titular de la cédula de identidad N° 12.117.581, César Domingo Urbano Astudillo, titular de la cédula de identidad N° 3.701.564; y, César Antonio Murrugo Guzmán.

De los testigos promovidos sólo rindieron declaración, los ciudadanos Pedro Balzan, José Elías Rojas Ávila y César Antonio Murrugo Guzmán.

A dichas testimoniales no se les otorga valor probatorio, en virtud de que de sus deposiciones se evidenció que no tienen conocimientos sobre los hechos debatidos.

Determinando lo anterior, debe pronunciarse esta Sala sobre la legalidad del *petitum*; es decir, si los conceptos demandados resultan procedentes en relación al material probatorio que cursa agregado a los autos.

El demandante reclama el pago de salarios caídos “*hasta el 22 de julio de 2010*”, antigüedad acumulada, vacaciones y bono vacacional, de los años 2008 y 2009, bono de alimentación de los años 2008, 2009 y 2010, bono de asistencial puntual y perfecta de los años 2008, 2009 2010, utilidades de los años 2008, 2009 y la fracción del año 2010, indemnización por antigüedad, indemnización sustitutiva de preaviso, intereses sobre las prestaciones sociales acumuladas hasta el 31 de mayo de 2010, intereses moratorios y corrección monetaria, conforme a la Convención Colectiva de Trabajo de la Industria de la Construcción.

Del Contrato Individual de Trabajo analizado *ut supra,* se evidenció que entre la sociedad mercantil Cimientos Bye, S.A., y el ciudadano Guerrero García José Segundo, suscribieron un contrato para la ejecución de una obra para la Estabilización de Taludes Para la Construcción de las Obras de Canalización del Río Guaire, Tramo Dos, Barrio La Línea, Petare, en el cual convinieron ejecutarlo desde el 4 de junio de 2007, y que la expiración de dicho contrato tendrá lugar el día de la terminación parcial de la obra, es decir, cuando esté ejecutado el 80% de la misma, o la totalidad.

Asimismo, se analizó la documental referida al Acta de Terminación de fecha 30 de enero de 2009, en la que se evidenció la conclusión de la obra Estabilización de Taludes Para la Construcción de las Obras de Canalización del Río Guaire, Tramo Dos, Barrio La Línea, Petare.

De las actas procesales se evidencia que entre las partes existió un contrato de trabajo para una obra determinada, que tuvo una vigencia desde el 4 de junio de 2007, y que concluyó, tal y como se demuestra de la documental “*Acta de Terminación*”, en fecha 30 de enero de 2009, y que si bien, el demandante alegó en el escrito libelar que fue despedido de forma injustificada en fecha 12 de diciembre de 2008, se evidencia de la Providencia Administrativa de la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, que se ordenó el reenganche y el pago de los salarios caídos del trabajador desde la fecha del despido, siendo ésta desde el 8 de diciembre de 2008, fecha del despido.

En consecuencia, tal y como se determinó en la Providencia Administrativa de la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, la causa de terminación de la relación laboral fue por despido injustificado en fecha 8 de diciembre de 2008, y la fecha de culminación de la obra para el cual se suscribió el contrato fue el 30 de enero de 2009. Así se decide.

Ahora bien, respecto a la aplicabilidad del Contrato Colectivo de Trabajo de la Industria de la Construcción, la cláusula 2 de dicha Convención, establece:

Cláusula 2.- Trabajadores amparados.

Ha sido convenido entre las partes que estarán beneficiados o amparados por esta Convención, todos los trabajadores que desempeñen algunos de los oficios contemplados en el Tabulador que forma parte de la misma, así como aquellos Trabajadores clasificados conforme a los artículos números 43 y 44 de la Ley Orgánica del Trabajo, aunque desempeñen oficios que no aparezcan en el Tabulador.

Los artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica del Trabajo, establece:

**Artículo 43.-** Se entiende por obrero el trabajador en cuya labor predomina el esfuerzo manual o material

Serán considerados obreros los trabajadores que preparan o vigilan el trabajo de los demás obreros, tales como vigilantes, capataces y otros semejantes. Si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, asociare a su trabajo a un auxiliar o ayudante, el patrono de aquél lo será también de éste.

**Artículo 44.-** Se entiende por obrero calificado el que requiere entrenamiento especial o aprendizaje para realizar su labor.

En el caso bajo estudio, tal y como se evidenció el demandante ejerció el oficio de cabillero, en consecuencia, el trabajador se encuentra amparado por la Convención Colectiva de Trabajo de la Industria de la Construcción 2007-2009, razón por la que esta Sala calculará los conceptos reclamados que resultaren procedentes, en base a la referida Convención Colectiva. Así se decide.

Así, verificada la legalidad de la acción interpuesta por el demandante, y que conforme a las pruebas aportadas a los autos, se determinó que el contrato de trabajo por el que reclama los derechos laborales el demandante, fue un contrato para una obra determinada que tuvo una vigencia desde el 4 de junio de 2007 y que culminó el 30 de enero de 2009, así como que el salario diario devengado en el año 2008, fue de cincuenta y cinco bolívares con cincuenta y cinco céntimos (Bs. 55,55), razón por la cual se procede al cálculo de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales que le corresponden al trabajador conforme a la Convención Colectiva de Trabajo de la Industria de la Construcción vigente para el período 2007-2009.

En ese sentido, le corresponde al trabajador el cálculo de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales, tomando en consideración el tiempo de vigencia del contrato para una obra determinada.

Así lo señaló esta Sala de Casación Social en sentencia N° 1238 de fecha 14 de noviembre de 2011 (caso: *Patricia Vives* contra *Elca Cosméticos S.A.),* cuando estableció lo siguiente*:*

(…) ahora bien, tomando en consideración que la trabajadora fue despedida injustificadamente antes de la fecha de finalización del contrato a tiempo determinado, en detrimento de la estabilidad laboral que dicho convenio le proporcionaría, **se procede al cálculo de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales correspondientes a los seis (6) meses inicialmente pactados**: entre el 10 de marzo de 2008 y el 10 de septiembre de 2008.(Resaltado de la Sala).

En consecuencia, se tomará en consideración el tiempo de vigencia del contrato suscrito para una obra determinada, es decir desde la fecha de inicio -4 de junio de 2007-, hasta la fecha de culminación de la obra -30 de enero de 2009-, para el cálculo de los conceptos de prestaciones sociales y demás conceptos laborales. Así se decide.

Fecha de inicio: 4 de junio de 2007.

Fecha de culminación de la obra: 30 de enero de 2009.

Tiempo de duración de la relación laboral: un (1) año, siete (7) meses y veintiséis (26) días.

Último salario diario normal: Bs. 55,55

Último salario integral: Bs. 78,07

**a)   Salarios Caídos.**

El demandante reclama el pago de los salarios caídos desde “*el 29 de agosto de 2008 hasta el 4 de junio de 2010*”, por un monto total de cuarenta y tres mil ciento cincuenta bolívares con diez céntimos (Bs. 43.150,10).

Ahora bien, tal y como fue declarado en el presente fallo, la fecha de culminación de la obra fue el 30 de enero de 2009, y la fecha del despido, conforme a la Providencia Administrativa de la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, ocurrió en fecha 8 de diciembre de 2008.

En ese sentido esta Sala procederá a determinar si le corresponde o no el concepto de salarios caídos desde el 29 de agosto de 2008 -fecha reclamada por el actor- hasta el 30 de enero de 2009 -fecha de culminación de la obra-.

Al respecto, se evidenció de las pruebas aportadas, específicamente del informe rendido por el Ministerio del Poder Popular Para el Trabajo y Seguridad Social, Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, Dirección General de Afiliación y Prestaciones en Dinero –Dirección de Afiliación, suscrito por la Licenciada Zuleima Vallejos, que el ciudadano José Segundo Guerrero García, registró los siguientes períodos de incapacidad temporal:

Desde el 30 de noviembre de 2007 hasta el 16 de diciembre de 2007; desde el 18 de julio de 2008 hasta el 27 de agosto de 2008; desde el 29 de agosto de 2008 al 19 de septiembre de 2008; desde el 15 de septiembre de 2008 al 26 de septiembre de 2008; desde el 29 de septiembre de 2008 al 19 de octubre de 2008; y desde el 11 de noviembre de 2008 al 16 de diciembre de 2008.

Así pues, se desprende del informe rendido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, que el demandante estuvo de reposo desde 29 de agosto -fecha reclamada por el demandante- hasta el 19 de octubre de 2008; y desde el 11 de noviembre hasta el 16 de diciembre de 2008.

Al respecto, el artículo 34 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, establece que “*Durante la suspensión de la relación de trabajo, el trabajador o trabajadora y el patrono o patrona quedarán exonerados de los deberes recíprocos de prestar servicio y pagar el salario*”.

En consecuencia, no procede el pago de los salarios caídos correspondiente al tiempo en que el trabajador estuvo de reposo médico, por lo que desde el 29 de agosto de 2008 -fecha de reclamo de trabajador- hasta el 19 de octubre de 2008, y desde el 11 de noviembre al 16 de diciembre de 2008, es improcedente el pago de los salarios caídos. Así se decide.

No obstante, se evidenció de la prueba de informe rendida por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, que desde el 20 de octubre al 10 de noviembre de 2008, no se encontraba el trabajador de reposo, y como de los recibos de pagos aportados a los autos no se evidencia que la demandada le pagara al trabajador el salario, se ordena el pago de los salarios correspondientes al referido período; así como el pago del salario ordenado por la Inspectoría del Trabajo, en el período comprendido del 8 de diciembre de 2008 al 30 de enero de 2009.Así se decide.

Ahora bien, de los recibos de pago cursantes a los autos, se desprende que la demandada le pagó al actor el salario semanal, específicamente desde los días lunes hasta los días sábados, más el día de descanso semanal, tomando en consideración el salario diario de cincuenta y cinco bolívares con cincuenta y cinco céntimos (Bs. 55,55), por tal razón esta Sala calculará el pago del salario semanal ordenado *supra*, tomando en cuenta tales consideraciones.

Lo anterior se expresa así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Período | Salario diario por 5 días de la semana, más el día sábado | Total salario semanal más 1 día de descanso |
| Semana del lunes 20 al sábado 25 de octubre de 2008 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55)  |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 27 de octubre al sábado 1° de noviembre de 2008 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 3 al sábado 8 de noviembre 2008 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 8 al sábado 13 de diciembre de 2008 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 15 al sábado 20 de diciembre de 2008 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 22 al sábado 27 de diciembre de 2008 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 29 de diciembre al sábado 3 de enero de 2009 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 5 al sábado 10 de enero de 2009 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 12 al sábado 17 de enero de 2009 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 19 al sábado 24 de enero de 2009 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 26 al viernes 30 de enero de 2009 (fecha de culminación de la obra) | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| **Total** | **Bs. 4.277,35** |

En consecuencia, le corresponde a la demandada pagar a al actor por el pago de los salarios caídos, la cantidad de cuatro mil doscientos setenta y siete bolívares con treinta y cinco céntimos (Bs. 4.277,35), en el período correspondiente del 20 de octubre al 10 de noviembre de 2008; y del 8 de diciembre de 2008 al 30 de enero de 2009  Así se decide.

Ahora bien, en virtud de que la relación de trabajo terminó por despido injustificado antes de la fecha de culminación de la obra, es decir, en fecha 8 de diciembre de 2008, le corresponde al trabajador la indemnización prevista en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Trabajo, es decir, una indemnización por daños y perjuicios representada por los salarios que devengaría desde la fecha del despido hasta la fecha de culminación de la obra, de conformidad con la citada norma. Así se decide.

Así, de conformidad con el artículo 110 de la Ley Orgánica del Trabajo, le corresponden al actor, el pago de los salarios que devengaría desde la fecha del despido hasta la fecha de conclusión de la obra, es decir, desde el 8 de diciembre de 2008, hasta el 30 de enero de 2009.

Lo anterior se expresa así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Período | Salario diario por 5 días de la semana, más el día sábado | Total salario semanal más 1 día de descanso |
| Semana del lunes 8 al sábado 13 de diciembre de 2008 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55)  |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 15 al sábado 20 de diciembre de 2008 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 22 al sábado 27 de diciembre de 2008 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 29 de diciembre de 2008 al sábado 3 de enero de 2009 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 5 al sábado 10 de enero de 2009 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 12 al sábado 17 de enero de 2009 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 19 al sábado 24 de enero de 2009 | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
| Semana del lunes 26 al viernes 30 de enero de 2009 (fecha de culminación de la obra) | Salario semanal (Bs. 333,30) más día de descanso (Bs. 55,55) |  Bs. 388,85 |
|  **Total** | **Bs. 3.110,80** |

En consecuencia, le corresponde a la demandada pagar al demandante la cantidad de tres mil ciento diez bolívares con ochenta céntimos (Bs. 3.110,80), por concepto de pago de los salarios que le correspondía devengar desde la fecha del despido injustificado -8 de diciembre de 2008- hasta la fecha de culminación de la obra -30 de enero de 2009-, conforme al artículo 110 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se decide.

**b) Prestaciones sociales.**

El demandante reclama el pago de la prestación de antigüedad conforme a la Convención Colectiva de Trabajo de la Industria de la Construcción vigente para el período 2007-2009.

La cláusula 45 de la Convención Colectiva de Trabajo de la Industria de la Construcción, establece:

El empleador conviene en acreditar a sus trabajadores los cinco (5) días mensuales de prestación de antigüedad prevista en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, a partir de que los trabajadores cumplan el primer mes ininterrumpido de servicios. De esta manera al concluir su primer año de servicios ininterrumpidos el Trabajador habrá acumulado sesenta (60) días de salario en concepto de prestación de antigüedad.

Cuando la relación de trabajo termine por cualquier causa durante el primer año de servicios del Trabajador, la prestación de antigüedad a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, se calculará conforme a la siguiente escala.

(*Omissis*)

La prestación que se cause luego de cumplido el primer año de servicios se calculará exactamente como lo dispone la Ley Orgánica del Trabajo.

En el presente caso, el contrato de trabajo para una obra determinada tuvo una duración de un (1) año, siete (7) meses y veintiséis (26) días, por tal razón le corresponde sesenta (60) días por el primer año de servicios, conforme a la cláusula 45 de la Convención Colectiva de Trabajo, y sesenta y dos (62) días por la fracción superior a seis (6) meses, conforme al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Lo anterior se expresa así:

|  |  |
| --- | --- |
| Período prestación de antigüedad | Días |
| 4 de junio de 2007 al 4 de junio de 2008 | 60 (cláusula 45 de la Convención Colectiva de Trabajo) |
| 4 de junio de 2008 al 30 de enero de 2009 |  62 |
|                                 122 días |

En consecuencia, al trabajador le corresponden ciento veintidós (122) días por concepto de prestación de antigüedad, por el período comprendido del 4 de junio de 2007 al 30 de enero de 2009.Así se decide.

Ahora bien, quedó evidenciado que el trabajador devengó un salario diario normal de cincuenta y cinco bolívares con cincuenta y cinco céntimos (Bs. 55,55), por tal razón esta Sala procederá al calcular el salario diario integral devengado por el trabajador desde el 4 de junio de 2007 al 30 de enero de 2009, tomando en consideración lo establecido en las cláusulas 42 y 43 de la Convención Colectiva de Trabajo, para así proceder al cálculo de las prestaciones sociales.

Para establecer el salario integral a los efectos de las prestaciones sociales, debe determinarse cuánto corresponde por utilidades y bono vacacional para así, integrarlos al salario conforme al artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo

Conforme a lo expuesto en el Contrato Colectivo de Trabajo de la Industria de la Construcción, le corresponde al trabajador por concepto de bono vacacional sesenta y un (61) días por el primer año de servicio; sesenta y tres (63) días por el segundo año de servicios; y, sesenta y cinco (65) días por el tercer año de servicio.

Respecto al concepto de utilidades, la cláusula 43 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece ochenta y cinco (85) días de salario por las utilidades que se causen en el año 2007; ochenta y ocho (88) días de salario por las utilidades que se causen en el año 2008; y, noventa (90) días de salario por las utilidades que se causen en el año 2009.

En consecuencia, el salario integral diario devengado por el trabajador desde el 4 de junio de 2007 al 30 de enero de 2009, es de setenta y ocho bolívares con siete céntimos (Bs. 78,07).

En consecuencia, al trabajador le corresponde por concepto de prestaciones sociales, lo siguiente:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Período prestación de antigüedad | Días | Salario integral | Total |
| 4 de junio de 2007 al 4 de junio de 2008 | 60 | 78,07 | Bs. 4.684,20 |
| 4 de junio de 2008 al 30 de enero de 2009 | 62 | 78,07 | Bs. 4.840,34 |
|                                                              Total                                    Bs.9.524,54 |

En consecuencia, se condena a la sociedad mercantil Cimientos Bye,  S.A., a pagar al ciudadano José Segundo Guerrero García, la cantidad de nueve mil quinientos veinticuatro bolívares con cincuenta y cuatro céntimos **(Bs. 9.524,54),** por el período comprendido entre el 4 de junio de 2007 al 30 de enero de 2009, por concepto de prestación de antigüedad. Así se decide.

**c) Vacaciones y bono vacacional.**

La cláusula 42 de la Convención Colectiva de Trabajo de la Industria de la Construcción, contempla lo siguiente:

Los trabajadores disfrutarán, al cumplir cada año de servicios ininterrumpidos, de un período de diecisiete (17) días de vacaciones con pago de sesenta y un (61) días de salario básico para las vacaciones correspondientes al primer año de servicio; sesenta tres (63) días de salario para las vacaciones que se causen en el segundo año de servicio; y, sesenta y cinco (65) días de salario, para las vacaciones que se causen a partir de los veinticuatro (24) meses de servicio de vigencia de esta Convención. Esto ya incluye tanto el pago del período de vacaciones como el bono vacacional.

En consecuencia, le corresponde al trabajador sesenta y un (61) días de salario en el primer año por concepto de vacaciones y bono vacacional por el período 2007-2008, y le corresponden treinta y seis coma setenta y cinco (36,75) días de salario por dichos conceptos por la fracción de siete (7) meses completos de servicios por el período 2008-2009; para un total de noventa y siete coma setenta y cinco (97,75) días, que multiplicados por el último salario diario alegado por el trabajador como devengado -Bs. 55,55-, arroja la cantidad de cinco mil cuatrocientos treinta bolívares con un céntimos (Bs. 5.430,01).

Lo anterior se expresa de la siguiente manera:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Período** | **Vacaciones****Bono vacacional** | **Último salario diario** | **Total** |
| 4 de junio de 2007 al 4 de junio 2008 | 61 |  Bs. 55,55 | Bs. 3.388,55 |
| 4 de junio de 2008 al 30 de enero de 2009 | 36,75 (7 meses completos de servicio) |  Bs. 55,55 | Bs. 2.041,46  |
| **Total por concepto de vacaciones** **y bono vacacional vencidos y fraccionados:      (97,75 días\*55,55= Bs. 5.430,01).**  |

En consecuencia, se condena a la sociedad mercantil Cimientos Bya S.A., a pagar al ciudadano José Segundo Guerrero García, la cantidad de cinco mil cuatrocientos treinta bolívares con un céntimos **(Bs. 5.430,01),** por concepto de vacaciones y bono vacacional vencidos y fraccionados en el período comprendido desde el 4 de junio de 2007 al 30 de enero de 2009.Así se establece.

**d) Utilidades.**

La cláusula 43 del referido Contrato Colectivo de Trabajo, establece respecto al concepto de utilidades, lo siguiente:

Cada Trabajador recibirá la participación en los beneficios de la Empresa donde presta sus servicios de conformidad con los artículos 174 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo, aún cuando cada empresa garantiza un mínimo equivalente a ochenta y cinco (85) días de salario por las utilidades que se causen en el año 2007, ochenta y ocho (88) días de salario por las utilidades que se causen en el año 2008 y noventa (90) días de salario por las utilidades que se causen en el año 2009. Si no hubiere trabajado todo el año completo, el Trabajador recibirá las utilidades de manera proporcional, en función de los meses completos laborados en dicho año, haciendo la salvedad que si en el mes de la extinción del vínculo laboral el Trabajador hubiese laborado más de catorce (14) días, tendrá derecho a la fracción correspondiente a dicho mes como si lo hubiese laborado completo (…).

En consecuencia, le corresponde al trabajador un total de ciento treinta y ocho (138) días, correspondientes a cuarenta y dos coma cincuenta (42,50) días por la fracción de seis (6) meses completos de servicio causada en el año 2007, ochenta y ocho (88) días por las utilidades causadas en el año 2008, más siete coma cincuenta (7,50) días por las utilidades causadas en el mes de enero de 2009, los cuales deberán multiplicarse por el salario devengado por el actor en cada ejercicio correspondiente.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Período de utilidades** | **Días a pagar** | **Salario** |
| 4 de junio de 2007 al 31 de diciembre de 2007 | 42,50 días (fracción de 6 meses completos de servicio) \* Bs. 55,55 |  Bs. 2.360,88 |
| 1° de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008 | 88 días \* Bs. 55,55 |  Bs. 4.488,40 |
| 1° de enero al 30 de enero de 2009 | 7,50 días (fracción de 1 mes completo de servicio) \* 55,55 | Bs. 416,62 |
|                                                  **Total** =                            **Bs. 7.265,90** |

En consecuencia, le corresponde pagar a sociedad mercantil Cimientos Bya S.A., a favor del actor por ciento treinta y ocho (138) días de utilidades vencidas y fraccionadas, la cantidad de siete mil doscientos sesenta y cinco bolívares con noventa céntimos (Bs.7.265, 90), por concepto de utilidades vencidas y fraccionadas en el período comprendido del 4 de junio de 2007 al 30 de enero de 2009. Así se establece.

**e) Bono asistencia.**

La cláusula 36 del Contrato Colectivo de Trabajo de la Industria de la Construcción, señala respecto al concepto de “*Asistencia Puntual y Perfecta*”, lo siguiente:

El empleador concederá a sus Trabajadores que en el curso de un (1) mes calendario haya asistido de manera puntual y perfecta a su trabajo, durante todos los días laborales, cumpliendo a cabalidad los horarios establecidos, una bonificación equivalente a cuatro (4) días de salario básico.

No se considerarán inasistencias, y en consecuencia no se perderá el beneficio, las ausencias contempladas en la Cláusula 33 (Permisos Remunerados), en sus literales “A” (permisos para trámites de documentos) y “B” (permisos para rendir declaraciones), los permisos previstos en la Cláusula 28, en el caso de fallecimiento de familiares del Trabajador, y los días de reposo motivados a un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Aquellos Trabajadores que para la fecha de vigencia de esta Convención estén percibiendo la bonificación de asistencia puntual y perfecta prevista en la cláusula 10 de la Convención anterior, continuarán rigiéndose por dicha cláusula hasta tanto pierdan el beneficio previsto en la misma o termine por cualquier causa su relación laboral. A partir de ese momento tales Trabajadores pasarán a regirse únicamente por la presente cláusula.

El demandante reclama para el año 2008, sólo el pago correspondiente a los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre.

No obstante, dicho concepto no es procedente para el mes de diciembre de 2008, ya que la relación terminó el día ocho (8) de dicho mes, es decir, que no fue laborado íntegramente en todos los días laborales, tal y como lo refiere la cláusula citada *supra*, por tal razón sólo le corresponde el pago de “*bono asistencia puntual y perfecta*”, correspondiente a los meses de julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2008, lo que arroja de cuatro (4) días por cada de mes de prestación ininterrumpida de servicio, un total de veinte (20) días, los cuales serán multiplicados por el salario diario devengado por el trabajador en el año 2008, es decir, serán calculado en base a cincuenta cinco bolívares con cincuenta y cinco céntimos (Bs. 55,55).

Lo anterior se expresa así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Días por mes | Salario diario | Sub total |
| Julio (4 días) | Bs. 55,55 | Bs. 222,20 |
| Agosto (4 días) | Bs. 55,55 | Bs. 222,20 |
| Septiembre (4 días) | Bs. 55,55 | Bs. 222,20 |
| Octubre (4 días) | Bs. 55,55 | Bs. 222,20 |
| Noviembre (4 días) | Bs. 55,55 | Bs. 222,20 |
|                                                 Total                                 **Bs. 1.111,00** |

En consecuencia, le corresponde pagar a la sociedad mercantil Cimientos Bya S.A., a favor del actor, la cantidad de un mil ciento once bolívares (Bs.1.111, 00), por concepto de bono asistencia puntual y perfecta correspondiente a los meses de julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2008. Así se establece.

**f) Bono alimentación.**

El trabajador reclama que la empresa demandada le adeuda desde el mes de septiembre de 2008 hasta el mes de mayo de 2010, el bono de alimentación o cesta tickets, calculado en base al cero coma treinta y cinco (0,35) unidades tributarias vigente para el año 2008, es decir, en base a cuarenta y seis bolívares (Bs. 46,00).

En el caso bajo estudio, tal y como se determinó en el presente fallo, existió una relación laboral, en virtud de la suscripción entre las partes de un contrato para una obra determinada que tuvo una vigencia desde el 4 de junio de 2007 hasta que la demandada despidió al actor en fecha 8 de diciembre de 2008, razón por la cual esta Sala procederá a verificar la procedencia o no del beneficio de bono de alimentación desde “*el mes de septiembre de 2008*” hasta la fecha del despido -8 de diciembre de 2008-.

Respecto al bono de alimentación, la cláusula 15 de la Convención Colectiva de Trabajo establece que en caso de que el empleador esté obligado a cumplir la Ley de Alimentación Para Los Trabajadores otorgará a sus Trabajadores, en cumplimiento de dicha Ley, “*una (1) comida balanceada y gratuita en cada jornada diaria efectivamente trabajada. Cuando no se suministre la comida, el Trabajador recibirá cupones, tickets o cargas a una tarjeta electrónica de alimentación será equivalente, como mínimo, al cero coma treinta y cinco (0,35) de una (1) Unidad Tributaria, por jornada trabajada, partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Convención*”.

La referida cláusula 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, si bien establece que el cumplimiento por parte del patrono del bono de alimentación es por jornada efectivamente laborada, y del informe rendido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, el actor estuvo de reposo en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2008, no obstante, el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, establece:

**Artículo 19:-** Obligatoriedad del cumplimiento.

Cuando el beneficio sea otorgado mediante la provisión o entrega al trabajador o trabajadora de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, la no prestación del servicio por causas no imputables al trabajador o trabajadora, no será motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio correspondiente a esa jornada.

En consecuencia, le corresponde al trabajador el bono de alimentación desde el 1° de septiembre hasta el 8 de diciembre de 2008, calculado en base a.cero coma treinta y cinco (0,35) el valor de la unidad tributaria*.*

No obstante, el Artículo 36 del Reglamento de la Ley de Alimentación Para los Trabajadores, establece:

**Artículo 36**.-Si durante la relación de trabajo el empleador o empleadora no hubiere cumplido con el beneficio de alimentación, estará obligado a otorgarlo retroactivamente al trabajador o trabajadora desde el momento en que haya nacido la obligación a través de la entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación independientemente de la modalidad elegida.

En caso de terminación de la relación de trabajo por cualquier causa, sin que el empleador o empleadora haya cumplido con el beneficio de alimentación, deberá pagarle al trabajador o trabajadora, a título indemnizatorio lo que le adeude por este concepto **en dinero efectivo**.

En ambos casos el cumplimiento retroactivo **será con base en el valor de la unidad tributaria vigente al momento en que se verifique el cumplimiento**. (Resaltado de la Sala).

De la lectura del artículo transcrito se desprende que el patrono que deje de pagar a sus trabajadores el beneficio de alimentación, deberá pagarle en efectivo dicho beneficio desde el momento en que haya nacido la obligación, en base a la unidad tributaria vigente al momento en que se verifique el cumplimiento.

Así, el cálculo del concepto de bono de alimentación correspondiente al demandante, se efectuará tomando en consideración la unidad tributaria vigente al momento en que se verifique el cumplimiento de dicho concepto por parte del patrono, es decir, en base a noventa bolívares (Bs. 90,00), y el pago debe realizarse en efectivo conforme a la sentencia de esta Sala de Casación Social Nº 629 de fecha 16 de junio de 2005, la cual establece:

 (...) si bien la accionante solicita el otorgamiento de los cesta tickets adeudados, en virtud de la prohibición contenida en el artículo 4, parágrafo único de la referida Ley, referente a que en ningún caso dicho beneficio deberá ser cancelado en dinero, en este caso, se condena a la empresa accionada al pago del referido beneficio en dinero, por cuanto la mencionada prohibición legal está dirigida al otorgamiento del beneficio durante la existencia de la relación laboral, puesto que persigue que el mismo no se desnaturalice, pues al ser cancelado en dinero puede ser usado para fines distintos al previsto en la Ley. No obstante, una vez terminada la misma, y dado el incumplimiento del patrono en cuanto a proveer este beneficio, la obligación contenida en dicha Ley especial se transforma en una obligación de dar, de otorgarle al trabajador el monto del dinero respectivo, equivalente a la provisión total o parcial de alimentos que no recibió durante cada jornada trabajada, mientras duró la relación de trabajo, y es por ello que se condena a la empresa demandada al pago en efectivo de lo que corresponda a la trabajadora por concepto del referido beneficio.

Lo anterior se expresa así:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Período** | **Días laborados** | **Valor de la Unidad Tributaria** | **Valor por cupón (0,35 U.T.)** | **Total** |
| Sep 08 | 22 | 90,00 | 4.850 | 693,00 |
| Oct 08 | 23 | 90,00 | 4.850 | 724,50 |
| Nov | 20 | 90,00 | 4.850 | 630,00 |
| Dic | 6 | 90,00 | 4.850 | 189,00 |
| **Total:** | **Bs. 2.236,50** |

En consecuencia, se condena a la empresa demandada a pagar al demandante, la cantidad de dos mil doscientos treinta y seis bolívares con cincuenta céntimos (Bs.2.236,50), por concepto de bono de alimentación. Así se decide.

**g) Indemnización del despido injustificado e indemnización sustitutiva del preaviso.**

Dichos conceptos se declaran improcedentes en virtud, de que tal y como quedó demostrado en el presente caso, las partes suscribieron un contrato para una obra determinada, y que si bien la demandada despidió al actor antes de la fecha de culminación de la obra, le correspondían al trabajador las indemnizaciones contenidas en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual se condenó en el presente fallo a la demandada al pago de dicha indemnización, siendo improcedentes las indemnizaciones contenidas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se decide.

**h) Intereses de las prestaciones sociales.**

De conformidad con el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, la prestación de antigüedad ha generado intereses. En consecuencia, se ordena a la demandada el pago de los intereses de la prestación de antigüedad que arrojó a favor del actor, tomando en consideración las tasas establecidaspor el Banco Central de Venezuela para el pago de los intereses de prestaciones sociales de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo.

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **2009** | **Salario** | **Días** | **Prestación Antigüedad** | **Prestación Antigüedad Acumulada** | **Prestación Antigüedad Acumulada + capitalización de intereses** | **Tasa Promedio entre   Activa y Pasiva** | **Intereses** |
| Final | 78,07 | 27 | 2.107,89 | 9.524,54 | 9.981,13 |  |   |
| Enero | 78,07 | 5 | 390,35 | 7.416,65 | 7.873,24 | 19,76 | 129,65 |
| **2008** |  |  |   |   |   |   |   |
| Diciembre | 78,07 | 5 | 390,35 | 7.026,30 | 7.482,89 | 19,65 | 122,53 |
| Noviembre | 78,07 | 5 | 390,35 | 6.635,95 | 7.092,54 | 20,24 | 119,63 |
| Octubre | 78,07 | 5 | 390,35 | 6.245,60 | 6.702,19 | 19,82 | 110,70 |
| Septiembre | 78,07 | 5 | 390,35 | 5.855,25 | 6.311,84 | 19,68 | 103,51 |
| Agosto | 78,07 | 5 | 390,35 | 5.464,90 | 5.921,49 | 20,09 | 99,14 |
| Julio | 78,07 | 5 | 390,35 | 5.074,55 | 5.531,14 | 20,30 | 93,57 |
| Junio | 78,07 | 5 | 390,35 | 4.684,20 | 4.684,20 | 20,09 | 78,42 |
| Mayo | 78,07 | 5 | 390,35 | 4.293,85 | 4.293,85 | 20,85 | 74,61 |
| Abril | 78,07 | 5 | 390,35 | 3.903,50 | 3.903,50 | 18,35 | 59,69 |
| Marzo | 78,07 | 5 | 390,35 | 3.513,15 | 3.513,15 | 18,17 | 53,19 |
| Febrero | 78,07 | 5 | 390,35 | 3.122,80 | 3.122,80 | 17,56 | 45,70 |
| Enero | 78,07 | 5 | 390,35 | 2.732,45 | 2.732,45 | 18,53 | 42,19 |
| **2007** |  |  |   |   |   |   |   |
| Diciembre | 78,07 | 5 | 390,35 | 2.342,10 | 2.342,10 | 16,44 | 32,09 |
| Noviembre | 78,07 | 5 | 390,35 | 1.951,75 | 1.951,75 | 15,75 | 25,62 |
| Octubre | 78,07 | 5 | 390,35 | 1.561,40 | 1.561,40 | 14,00 | 18,22 |
| Septiembre | 78,07 | 5 | 390,35 | 1.171,05 | 1.171,05 | 13,79 | 13,46 |
| Agosto | 78,07 | 5 | 390,35 | 780,70 | 780,70 | 13,86 | 9,02 |
| Julio | 78,07 | 5 | 390,35 | 390,35 | 390,35 | 13,51 | 4,39 |
|   |   | **122** |   |   |   |   | **1.235,31** |

En consecuencia, se condena a la demandada a pagar al demandante la cantidad de un mil doscientos treinta y cinco bolívares con treinta y un céntimos (Bs. 1.235,31), por concepto de intereses de prestación de antigüedad generada desde el 4 de junio de 2007 al 30 de enero de 2009. Así se decide.

**i) Intereses de mora:**

En cuanto a los intereses de mora, se declaran procedentes sobre la prestación de antigüedad y de los demás conceptos laborales, más no para el concepto de bono de alimentación, para lo cual, se ordena la realización de una experticia complementaria, conforme lo establece el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, rigiéndose bajo los siguientes parámetros: 1) Será realizada por un único perito designado por el Tribunal, siendo sufragados sus emolumentos por la parte accionada; 2) El perito deberá servirse de la tasa fijada por el Banco Central de Venezuela, de conformidad con el literal c) del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo; 3) Serán calculados a partir de la fecha de terminación de la relación laboral hasta la fecha del pago efectivo de la deuda. Así se establece.

Se ordena la indexación de la cantidad que por prestación de antigüedad sea adeudada a la demandante, calculada desde la fecha de la finalización de la relación de trabajo hasta el pago efectivo. Así se establece.

Respecto a los otros conceptos laborales, con exclusión del concepto del bono de alimentación, se ordena la indexación desde la fecha de la notificación de la demanda, hasta el pago efectivo, excluyendo de dicho cálculo los lapsos sobre los cuales la causa se haya paralizado por acuerdo entre las partes, por hechos fortuitos o de fuerza mayor, tales como la implementación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y por vacaciones judiciales. Así se establece.

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

**D E C I S I Ó N**

En mérito de las consideraciones anteriores, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara: 1) **CON LUGAR** el recurso de control de la legalidad interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia publicada por el Juzgado Octavo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 22 de julio de 2011; 2) **ANULA** la sentencia recurrida; y, 3) **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a fin de que sea enviado al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución competente. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, particípese de esta decisión al Tribunal Superior de origen.

No firma la presente decisión el Magistrado doctor Omar Alfredo Mora Díaz, por no haber estado en la audiencia oral por razones justificadas.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veinticuatro (24) días del mes de mayo de dos mil doce. Años: 202º de la Independencia y 153º de la Federación.

|  |
| --- |
| El Presidente de la Sala  \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_OMAR ALFREDO MORA DÍAZ |
|  El Vicepresidente, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_LUIS E. FRANCESCHI GUTIÉRREZ |  Magistrado, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_JUAN RAFAEL PERDOMO   |
|  Magistrado \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ALFONSO VALBUENA CORDERO |  Magistrada Ponente, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA  |
|  Secretario, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_MARCOS ENRIQUE PAREDES |

**C.l. Nº AA60-S-2011-001215**

Nota: Publicada en su fecha a

