





**06/08/2013**

**RESUMEN**

|  |  |
| --- | --- |
| **MATERIA** | **CRITERIO ESTABLECIDO** |
| **Salario de base para indemnización sustitutiva de preaviso en la LOT (límites).** | El salario de base para el cálculo de las indemnizaciones contenidas en el artículo 125 de la LOT es el integral, teniendo como límite máximo la cantidad de diez salarios mínimos. |
| **Carga de la Prueba en las horas extraordinarias, domingos y feriados.** | Corresponde al trabajador la carga de probar las horas extraordinarias, domingos y feriados demandados, por tratarse de circunstancias especiales de hecho. |
| **Salario de base para el cálculo de la prestación de antigüedad.** | El salario de base para el cálculo de la prestación de antigüedad contenida en el artículo 108 de la LOT es el salario integral, esto es, el resultado de sumar al salario normal las alícuotas de bono vacacional y utilidades respectivamente. |

**0622**

**Jesús Umbría contra Aeropanamericano, C.A.**

**Luis Franceschi**



**Casación Social**









|  |
| --- |
|  |

Ponencia del Magistrado **LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ**.

En el proceso de cobro de diferencia de acreencias laborales instaurado por el ciudadano **JESÚS MANUEL UMBRÍA JUÁREZ**, representado judicialmente por los abogados Ricardo Arturo Navarro Urbaez, Gustavo Rafael Navarro Sánchez y Lilia Nohemí Zoriano Trejo, contra la sociedad mercantil **AEROPANAMERICANO**, **C**.**A**., representada en juicio por los abogados Gabriel Calleja Angulo, Neida Alejandra Gómez Márquez, Bárbara Eliana González González, Karen Perdomo de Moya, Juan Carlos Senior, Luis Augusto Azuaje Gómez, Wilder Eduardo Márquez Romero y Marisol Da Vargem Da Silva; el Juzgado Décimo Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia del 18 de octubre de 2011, declaró parcialmente con lugar la demanda.

Apelada dicha decisión por la parte accionada, el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró, en sentencia del 5 de diciembre de 2011, parcialmente con lugar el recurso ejercido y parcialmente con lugar la demanda, modificando el fallo apelado.

Contra la decisión de alzada, la empresa demandada interpuso recurso de control de la legalidad el 12 de diciembre de 2011, por lo cual el expediente fue remitido a esta Sala de Casación Social.

El 2 de febrero de 2012, se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Alfonso Valbuena Cordero.

El 21 de marzo de 2012, esta Sala admitió el recurso interpuesto, precisando que tal admisión comprendía “*sólo (…) la segunda denuncia referida al monto condenado a pagar por concepto de indemnización sustitutiva de preaviso*”; asimismo, se concedió a la parte actora un lapso de veinte (20) días consecutivos para dar contestación al recurso, sin que fuese presentado el escrito correspondiente.

En virtud de la culminación del período constitucional de los Magistrados Omar Mora Díaz, Juan Rafael Perdomo y Alfonso Valbuena Cordero, y la consiguiente incorporación de los Magistrados Suplentes Octavio José Sisco Ricciardi, Sonia Coromoto Arias Palacios y Carmen Esther Gómez Cabrera, quedó reconstituida esta Sala de Casación Social.

El 28 de enero de 2013, fue reasignada la ponencia de la presente causa, a la Magistrada Carmen Esther Gómez Cabrera.

Mediante auto del 22 de mayo de 2013, fue fijada la audiencia pública y contradictoria para el 25 de junio de ese mismo año; pero el 11 de junio de 2013, dicho acto fue diferido para el 16 de julio del mismo año, a las 11:00 a.m.

El 15 de julio de 2013, el Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, actuando como Presidente de la Sala de Casación Social, se reservó la ponencia del presente asunto.

Celebrada la referida audiencia en la fecha indicada y emitida la decisión en forma oral e inmediata conforme a lo establecido en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pasa en esta oportunidad la Sala a reproducirla en los siguientes términos:

**DEL RECURSO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD**

Denuncia la parte recurrente, en primer lugar, que el sentenciador de alzada incurrió en el vicio de *reformatio in peius*, con la consiguiente vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, al ordenar el pago de una diferencia de prestaciones sociales, tomando como base de cálculo un salario superior al considerado por el juez *a quo*, es decir, la cantidad de Bs. F. 853,50, cuyo origen “*se desconoce*”.

En segundo lugar, delata la violación de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, por incurrir el juez de alzada en los vicios de *reformatio in peius* y de falta de aplicación del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, al ordenar el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso sin atenerse al límite previsto en la citada disposición, con respecto al salario base para su cálculo, el cual no podrá exceder de diez salarios mínimos mensuales. En este sentido, afirma la impugnante que el juez *ad quem* calculó la referida indemnización con base en un salario de Bs. F. 853,50 diarios, obviando la limitación legal y reformando la sentencia apelada en perjuicio de la empresa –única apelante–, toda vez que el juez *a quo* declaró improcedente el concepto en cuestión, sin que el demandante apelara del fallo, ni se incluyera ese punto en el recurso de la demandada.

Vistos los términos en que fue planteado el recurso de control de la legalidad, es preciso aclarar que el mismo sólo fue admitido en cuanto a la segunda denuncia, referida a la forma de cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso.

Con propósito de resolver el recurso ejercido, se observa que la denuncia planteada versa, en primer lugar, sobre la falta de aplicación del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual establece:

Si el patrono persiste en su propósito de despedir al trabajador, deberá pagarle adicionalmente a lo contemplado en el artículo 108 de esta Ley, además de los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento, una indemnización equivalente a:

(*Omissis*)

Adicionalmente el trabajador recibirá una indemnización sustitutiva del preaviso previsto en el artículo 104 de esta Ley, en los siguientes montos y condiciones:

a) Quince (15) días de salario, cuando la antigüedad fuere mayor de un (1) mes y no exceda de seis (6) meses;

b) Treinta (30) días de salario, cuando fuere superior a seis (6) meses y menor de un (1) año;

c) Cuarenta y cinco (45) días de salario, cuando fuere igual o superior a un (1) año;

d) Sesenta (60) días de salario, cuando fuere igual o superior a dos (2) años y no mayor de diez (10) años; y

e) Noventa (90) días de salario, si excediera del límite anterior.

El salario de base para el cálculo de esta indemnización no excederá de diez (10) salarios mínimos mensuales (Subrayado de la Sala).

De la norma transcrita se evidencia que, tal como señaló la impugnante, la base salarial para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso está sujeta a un límite máximo de 10 salarios mínimos; por lo tanto, aun cuando el trabajador devengue un salario superior, debe ajustarse a dicho límite.

A pesar de lo anterior, el juez de alzada condenó a la demandada al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso, entre otros conceptos, en los siguientes términos, expuestos en el numeral tercero del dispositivo del fallo:

(…) se condena a la parte demandada al pago de 30 días de salario integral a razón de Bs. [F.] 853.50 por concepto de indemnización sustitutiva de preaviso, que arroja la cantidad de Bs. [F.] 25.605.00 menos la cantidad de Bs. [F.] 10.644.00 pagada en la liquidación arroja un total a condenar de Bs. [F.] 14.961.00 (sic).

Como se observa, el sentenciador de la recurrida condenó al pago de 30 días de salario integral, a razón de Bs. F. 853.50 –diarios–, por concepto de indemnización sustitutiva de preaviso, obteniendo la cantidad de Bs. F. 25.605,00, a la que restó el monto pagado por la empresa al actor, conteste con la liquidación cursante en autos.

Sin embargo, constituye un hecho no controvertido que la relación laboral culminó el 24 de marzo de 2010, y para esa fecha, el salario mínimo ascendía a la cantidad de Bs. F. 1.064,25 mensuales, lo que equivale a Bs. F. 35,48 diarios (Gaceta Oficial N° 39.372 del 23 de febrero de 2010). Así las cosas, el límite del salario que serviría de base de cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso, era la cantidad de Bs. F. 10.642,50 mensuales, esto es, Bs. F. 354,80 diarios, limitación que fue omitida por el juzgador al considerar el monto de Bs. F. 853,50 diarios, para calcular los 30 días de salario que correspondían al demandante.

En consecuencia, esta Sala concluye que el juez de alzada infringió, por falta de aplicación, el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, concretamente lo relativo a que el salario base para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso, no excederá de 10 salarios mínimos mensuales.

Aunado a lo antes expuesto, la recurrente también denunció el vicio de reforma en perjuicio, por cuanto el juez *ad quem* se habría pronunciado sobre la indemnización sustitutiva del preaviso sin estar facultado para ello, debido a que ese aspecto no estaba incluido en el recurso de apelación por ella ejercido.

En efecto, el juzgador de alzada se encuentra limitado por la prohibición de la *reformatio in peius*, en la medida en que, existiendo un vencimiento recíproco, y por lo tanto, estando ambas partes legitimadas para ejercer el recurso de apelación, solo una de ellas lo interpone, conformándose la otra con el gravamen sufrido; en ese caso, el juez está imposibilitado de reformar la sentencia de primera instancia en perjuicio del único apelante.

En el caso concreto, se constata de autos que el juzgador *a quo* determinó, en cuanto a la referida indemnización, que “*la misma fue cancelada tal y como lo establece el mismo artículo [125 de la Ley Orgánica del Trabajo] usando como tope salarial de (sic) los diez salarios mínimos*”, y, por ende, declaró la improcedencia de dicho concepto, reclamado por el actor (f. 133).

De modo que, encontrándose ambas partes legitimadas para interponer el recurso de apelación –por cuanto en primera instancia fue declarada parcialmente con lugar la demanda–, solo apeló la empresa accionada, con lo cual el actor se conformó con el gravamen ocasionado por el fallo. Por lo tanto, cuando el juez *ad quem* condenó al pago de una diferencia por concepto de la indemnización sustitutiva del preaviso –específicamente, la cantidad de Bs. [F.] 14.961.00–, infringió el principio de *non* *reformatio in peius*.

Constatadas las infracciones en que incurrió el juzgador de la recurrida, se declara con lugar el recurso de control de la legalidad ejercido y, con fundamento en lo establecido en el artículo 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, procede esta Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Así se declara.

**SENTENCIA DE MÉRITO**

Mediante escrito libelar presentado el 14 de marzo de 2011, el demandante afirma haber comenzado a prestar servicios como “Piloto Comercial” para la empresa demandada, el 21 de agosto de 2009, desempeñándose en el cargo de “Primer Oficial”, devengando un ingreso promedio mensual de Bs. F. 22.748,52 –al respecto, asegura que devengaba un salario mixto, representado por una parte fija y otra variable–; y que, después de 7 meses y 3 días, fue despedido injustificadamente, específicamente el 24 de marzo de 2010 –si bien en el folio 4, el actor refiere que ello acaeció el 24 de abril de 2010, se entiende que fue por un error material, toda vez que reitera la duración de la relación laboral antes indicada, y en ella basa todos sus cálculos–.

Agrega que solicitó verbalmente el pago de sus prestaciones sociales, recibiendo un “*abono a cuenta*”, sin que se haya completado el pago de lo que le corresponde. Por lo tanto, demanda la diferencia de las acreencias laborales a las que –en su criterio– tiene derecho, en particular, los siguientes conceptos y cantidades: 1) Bs. F. 2.407,33, por concepto de prestaciones sociales; 2) Bs. F. 35.009,73, por utilidades; 3) Bs. F. 14.598,21, por concepto de vacaciones y bono vacacional fraccionados; 4) Bs. F. 13.174,79, por las indemnizaciones establecidas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo; 5) Bs. F. 16.078,60, por horas extras (las cuales –señala– quedan evidenciadas de la bitácora de vuelo, porque fue contratado para volar 60 horas mensuales, y las que excedan de ese tiempo, se consideran horas extraordinarias); 6) Bs. F. 17.278,20, por los días domingos y feriados (los que         –aduce– nunca fueron pagados, ni reflejada su incidencia en los otros conceptos); y 7) Bs. F. 9.784,06 por “*intereses sobre la deuda*”, los cuales calcula con base en 17,02% anual. Estima su demanda en Bs. F. 108.330,92.

Por su parte, la demandada admite las fechas de inicio y finalización de la relación laboral –21 de agosto de 2009 y 24 de marzo de 2010, respectivamente–, el cargo desempeñado por el actor –“Primer Oficial”– y el despido.

No obstante, niega la existencia de un salario mixto, por cuanto el demandante fue contratado para prestar servicios como “Primer Oficial” de la empresa de traslado aéreo de valores y encomiendas Aeropanamericano, C.A., pactando desde el inicio de la relación laboral, un salario fijo por unidad de tiempo, conforme al artículo 140 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual era de Bs. F. 8.385,00 mensuales. Por lo tanto, al haber convenido las partes un salario fijo mensual, pagadero por quincenas, no puede asemejarse al salario variable propio de los trabajos pactados por pieza, a destajo, a comisión, por unidad de obra o por tarea; y en consecuencia, la remuneración de los días de descanso y feriados está incluida dentro de su remuneración mensual, conteste con el artículo 217 *eiusdem*.

Asimismo, señala que el concepto denominado “*bonificación*” en los recibos de pago, no constituye una asignación variable dentro del salario fijo por unidad de tiempo devengado por el trabajador, sino que obedece a horas extraordinarias de vuelo, pero dicho pago no constituye una porción variable con los efectos de una comisión.

La empresa accionada reitera la existencia de un salario fijo, que comprende el pago de los días domingos y feriados; sin embargo, indica que, “*en el supuesto negado que este (…) Tribunal considere lo contrario*”, el actor calculó erradamente los referidos días, aplicando incorrectamente el artículo 216 de la Ley Orgánica del Trabajo y contrariando la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, toda vez que los mismos deben calcularse con base en el promedio de lo percibido por comisiones en el mes respectivo.

A continuación, la demandada expone que los conceptos pagados al actor, distintos al salario –como día feriado laborado, días de sueldo del mes anterior, bonificación o utilidades–, forman parte de su salario integral, pero no le atribuyen al salario un carácter de variabilidad, sin que se modifique el salario fijo por unidad de tiempo, pactado desde el inicio de la relación laboral. Añade que los conceptos que el demandante califica como una “asignación variable”, corresponden a horas extraordinarias de vuelo pagadas mensualmente, y que la empresa denominó “bonificación”, la cual fue considerada para el cálculo de todos los conceptos derivados de la relación de trabajo, en virtud de su naturaleza salarial. Al respecto, niega que la jornada de trabajo fuese pactada con base a 60 horas de vuelo mensual, afirmando que la misma se rige por la jornada establecida en la Resolución N° 6.234 sobre la “*Jornada de Trabajo en el Transporte Aéreo, Limitación de Tiempo de Vuelo, Tiempo de Servicio y Períodos Mínimos de Descanso para las Tripulaciones a bordo de Aeronaves Civiles*”, cuyo artículo 7 establece “*un máximo mensual permitido de cien (100) horas y novecientas (900) en el período de un año, lo que equivale a 75 horas por mes*”, debiendo considerarse las horas excedentes trabajadas en el mes como horas extras, las cuales son pagadas por la empresa con un recargo del 75% sobre el monto de la hora base.

Destaca la accionada que si bien admitió pagar al actor las horas extraordinarias bajo la denominación de “bonificación”, en caso de no ser considerado así, el demandante debía señalar claramente los días que laboró esas horas extras, en qué horario y la cantidad de las pretendidas horas extras, y asimismo, tenía la carga de demostrarlo; por ende, al no hacerlo, son improcedentes las horas extras demandadas.

Además, niega la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo del Servicio Pan Americano de Protección, por cuanto la empresa demandada no fue parte suscribiente de la misma, ni fue llamada a discutirla, por lo que mal pudiera el actor recibir los beneficios allí previstos; con relación a lo anterior, agrega que el actor alegó “*imprecisamente*” que la accionada forma parte del grupo de empresas de Servicio Pan Americano de Protección, C.A., sin fundamentar legalmente tal aseveración, lo cual además fue afirmado en el escrito de promoción de pruebas y no en el libelo, de modo que tomarlo en cuenta implicaría una indefensión.

Por último, aduce la improcedencia de las diferencias reclamadas por los distintos conceptos laborales, por cuanto fueron calculadas con base en un salario variable, cuando lo cierto es que el trabajador tenía un salario fijo, y porque también se basaron en la falta de pago de las supuestas horas extras laboradas. Al respecto, precisa que la empresa paga 70 días de utilidades, y no 90, como lo alega el actor; en cuanto a las indemnizaciones por despido injustificado, niega adeudar “*cantidad extra por ese concepto*”, porque el salario empleado por la empresa como base de cálculo, es el correcto; asimismo, rechaza el alegato del despido injustificado, toda vez que el demandante no gozaba de estabilidad laboral.

Vistos los términos en que quedó planteada la controversia, esta Sala observa que constituyen hechos no controvertidos la existencia de la relación laboral, la duración de la misma, el cargo ocupado por el demandante y el despido, debatiéndose el salario –fijo o variable– devengado y la procedencia de los conceptos reclamados.

Ahora bien, cuando la parte demandada no niegue la existencia de la relación laboral, se invertirá la carga de la prueba en cuanto a los restantes alegatos contenidos en el libelo y que tengan conexión con dicha vinculación jurídica, por lo que le corresponde al demandado probar la improcedencia de los conceptos que reclama el actor, a excepción de las horas extras y los días domingos y feriados laborados, respecto de los cuales tiene la carga la parte actora, por tratarse de especiales circunstancias de hecho. De igual forma, el demandado tiene que probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar la pretensión del actor.

Con relación a las pruebas cursantes en autos, se observa:

A- Pruebas promovidas por la parte actora:

-Marcada “1”, cursante al folio 39 del expediente, planilla de liquidación de prestaciones sociales, de la cual se evidencia el pago por despido injustificado y demás conceptos derivados de la relación de trabajo. Al no haber sido impugnada, se le otorga valor probatorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

-Marcada “2”, cursante a los folios 40 y 41 del expediente, documental contentiva de constancia de trabajo expedida por la empresa demandada, dirigida a la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, y comunicación dirigida a la referida embajada, de las cuales se evidencia el cargo y el salario mensual devengado por el trabajador. Al no haber sido impugnadas, se les otorga valor probatorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

-Marcada “3”, cursante a los folios 42 al 49 del expediente, documental contentiva de recibos de pago en los que se evidencian los conceptos que recibía el trabajador. Al no haber sido impugnados, se les otorga valor probatorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

-Marcada “4”, cursante a los folios 50 al 63 del expediente, prueba instrumental contentiva de copias simples de cuadros de datos de vuelos realizados. Visto que fueron impugnadas por la contraparte, se les niega valor probatorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

-Cursante entre los folios 64 y 68, copia simple de una parte de la Convención Colectiva del Servicio Pan Americano de Protección. Al estar comprendida en el principio *iura novit curia*, y no tratarse de hechos sujetos a alegación y prueba, no es procedente su valoración.

-Marcada “6”, cursante en el folio 69, comprobante de recepción de un asunto nuevo, emitido por la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 27 de julio de 2010, “*la cual interrumpe la prescripción*”. Se le niega valor probatorio por ser impertinente, toda vez que la prescripción no forma parte del tema debatido, al no ser opuesta dicha defensa por la parte demandada.

-Marcada “7”, cursantes entre los folios 70 y 72, impresiones de la página web de Servicio Pan Americano de Protección, C.A., “*donde se deja evidencia (sic) que la empresa Aeropanamericano C.A. pertenece al grupo de empresas*” de aquélla. No se le otorga valor probatorio a dicha instrumental, por ser impertinente, visto que la eventual existencia de un grupo de empresas no forma parte del tema debatido, al no haber sido alegado en el escrito libelar.

-Solicitó la exhibición del contrato de trabajo celebrado entre las partes, el cual no fue exhibido porque, según alegó la parte accionada, no fue suscrito contrato alguno, sino que la relación era verbal. En efecto, al no constar la celebración de un contrato por escrito que pudiese ser exhibido, no aplica la consecuencia jurídica prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

-Solicitó la exhibición de la Convención Colectiva del Servicio Pan Americano de Protección, prueba que no fue admitida por el juzgado de juicio, por no tratarse de un hecho que amerite ser probado (f. 110).

B- Pruebas promovidas por la parte accionada:

-Marcada “A”, cursante a los folios 76 al 78 del expediente, copia simple de planilla de liquidación de prestaciones sociales –también promovida por el actor, de modo que ya fue valorada–, y del comprobante del cheque correspondiente, emitido por la empresa, al cual se le otorga valor probatorio, conteste con el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al no haber sido impugnado.

-Marcada “B”, cursante a los folios 79 al 85 del expediente, copias simples de recibos de pago –traídos en original por el actor, por lo que ya fueron valorados–.

-Requirió prueba de informe al Banco Mercantil, cuyas resultas constan en autos, informando la institución bancaria no poder atender a la solicitud en atención al artículo 89 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (f. 118), razón por la cual no hay sobre lo cual pronunciarse.

Una vez determinado lo anterior, se observa en primer lugar que el demandante alega haber percibido un salario variable, mientras que la demandada aduce que se trataba de un salario fijo, por unidad de tiempo. Al respecto, es necesario destacar que el juzgador *a quo* estableció que el actor devengaba un salario fijo, sin que dicho fallo fuese apelado por él, conformándose tácitamente con el gravamen que el mismo le produjo. En consecuencia, tomando en consideración el principio de *non reformatio in peius*, esta Sala tiene como cierto que se trataba de una remuneración fija, tal como fue afirmado por la empresa accionada.

En cuanto al monto del referido salario fijo, asevera el actor que recibía un promedio mensual de Bs. F. 22.748,52 (f. 1), en tanto que la accionada señala que el mismo ascendía a Bs. F. 8.385,00 (f. 100). Sin embargo, cursa en autos constancia de trabajo emitida el 9 de octubre de 2009 y comunicación del día 15 de ese mismo mes y año, dirigidas a la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, en las cuales se indica un “*Ingreso Promedio Mensual*” de Bs. F. 22.324,00 (ff. 40-41), cantidad que ha de tenerse como el salario fijo mensual percibido por el trabajador.

Por otra parte, en cuanto a los conceptos reclamados, se constata igualmente que el juez de la causa declaró la improcedencia de las horas extraordinarias y de los días domingos y feriados, y no se pronunció acerca de las utilidades, sin que el actor impugnara dicho fallo a través del recurso de apelación, de modo que manifestó de forma tácita, su conformidad con la referida decisión. Así las cosas, el principio de *non reformatio in peius* impide a esta Sala analizar lo relativo a dichos conceptos, al haber quedado firme lo decidido al respecto.

Conteste con lo anterior, a continuación procede esta Sala a examinar la procedencia de los restantes conceptos demandados, a saber, la diferencia de prestaciones sociales, vacaciones, bono vacacional e indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.

PRESTACIONES SOCIALES:

Con respecto al reclamo por diferencia de las prestaciones sociales, de la planilla de liquidación cursante en autos se evidencia que la empleadora pagó al demandante la cantidad de 20 días, por concepto de “*Antigüedad Art. 108 LOT*”, más 25 días, por “*Diferencia Art. 108 LOT*”. En efecto, conteste con el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, el trabajador tiene derecho a una prestación de antigüedad equivalente a 5 días de salario por cada mes, a partir del tercer mes de servicio; en el caso concreto, el actor laboró durante 7 meses completos, de modo que ello le da derecho a un total de 20 días de salario; ahora bien, de acuerdo con el parágrafo primero de dicha disposición, literal b), el trabajador tendrá derecho a una prestación de antigüedad equivalente a 45 días de salario, cuando la antigüedad excediere de 6 meses y no fuere mayor a un año, o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente; por ende, corresponden al demandante 25 días de salario adicionales, para un total de 45 días de salario.

Sin embargo, de la mencionada planilla de liquidación se desprende que la empresa realizó el cálculo respectivo con una base salarial inferior a la que resulta aplicable, teniendo en cuenta el salario normal mensual del demandante, antes determinado, de Bs. F. 22.324,00 mensuales, equivalente a Bs. F. 744,13 diarios. Por lo tanto, resulta procedente el pago de la diferencia por este concepto, que será calculada mediante experticia complementaria del fallo.

A tal efecto, el experto contable debe calcular los 45 días de salario, con base en el salario integral; para ello, debe considerar el salario normal diario señalado en el párrafo precedente –Bs. F. 744,13–, más la alícuota de las utilidades y del bono vacacional, tomando en cuenta que la parte accionada admitió, en la contestación de la demanda, pagar 70 días de salario al año por concepto de utilidades (f. 97); y de acuerdo con la indicada liquidación, pagó al demandante la cantidad de 13,417 días de salario por concepto de bono vacacional fraccionado, de donde deriva que paga 23 días de salario al año.

Asimismo, una vez efectuado al cálculo en cuestión, el experto debe restar las cantidades pagadas al trabajador por este concepto, las cuales ascienden a Bs. F. 13.590,26 y Bs. F. 18.125,01 –para un total de Bs. F. 31.715,27–, según consta en la planilla de liquidación que cursa en el expediente (f. 39). Así se declara.

VACACIONES Y BONO VACACIONAL:

Conteste con el artículo 219 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando el trabajador cumpla un año de trabajo ininterrumpido para un patrono, disfrutará de un período de vacaciones remuneradas de 15 días hábiles, y los años sucesivos tendrá derecho, además, a un día adicional remunerado por cada año de servicio, hasta un máximo de 15 días hábiles. Cuando la relación de trabajo termine antes de cumplirse el año de servicio, sea en el primer año o en los siguientes, el trabajador tendrá derecho a que se le pague el equivalente a la remuneración de sus vacaciones en proporción a los meses completos de servicio durante ese año, de conformidad con el artículo 225 *eiusdem*.

Asimismo, el artículo 223 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone que, en la oportunidad de las vacaciones del trabajador, éste tendrá derecho a percibir una bonificación especial equivalente a un mínimo de 7 días de salario más un día adicional por cada año a partir de la vigencia de la ley, hasta un total de 21 días de salario. Cuando la relación de trabajo termine antes de cumplirse el año de servicio, sea en el primer año o en los siguientes, el trabajador tendrá derecho a que se le pague el bono vacacional en proporción a los meses completos de servicio durante ese año, de conformidad con el artículo 225 de la *eiusdem*.

A pesar de los días previstos legalmente, en el caso bajo estudio se desprende de autos –concretamente, de la planilla de liquidación– que la empresa accionada pagaba al demandante la cantidad de 21 días por vacaciones y 23 días por bono vacacional, lo que explica que haya pagado 12,25 días por vacaciones fraccionadas y 13,417 días por bono vacacional fraccionado, correspondientes a los 7 meses durante los cuales se extendió la relación laboral (f. 39).

Ahora bien, de la mencionada planilla de liquidación se evidencia que estos conceptos fueron cancelados al actor con un salario normal inferior al percibido –de Bs. F. 22.324,00 mensuales, equivalente a Bs. F. 744,13 diarios–, por lo que se declara la procedencia de la diferencia de los mismos, por la fracción de 7 meses de servicio, la cual será calculada en experticia complementaria del fallo.

A tal efecto, el experto contable debe tomar en cuenta el salario normal diario de Bs. F. 744,13, antes indicado, y a la suma obtenida, debe restar las cantidades de Bs. F. 3.423,88 y Bs. F. 3.750,05, pagadas al actor por vacaciones fraccionadas y bono vacacional fraccionado, en su orden, según planilla de liquidación de prestaciones sociales (f. 39).

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO:

En el escrito de contestación de la demanda, la empresa accionada admitió el despido, y sólo negó adeudar la diferencia reclamada por la indemnización por despido injustificado, por cuanto –según afirma– pagó dicho concepto con base en el salario adecuado. En este sentido, de la planilla de liquidación inserta en autos, se evidencia que pagó al demandante la cantidad de Bs. F. 21.750,01, correspondiente a 30 días de salario, con base en Bs. F. 725,00 (f. 39).

Ahora bien, ciertamente corresponden al actor 30 días de salario, conteste con lo establecido en el artículo 125, numeral 1 de la Ley Orgánica del Trabajo, por haber laborado durante una fracción superior a 6 meses e inferior a un año –en particular, durante 7 meses–; no obstante, visto que el salario normal mensual del demandante quedó determinado en Bs. F. 22.324,00 mensuales, equivalente a Bs. F. 744,13 diarios, ha de concluirse que la empleadora adeuda al actor la diferencia demandada por tal concepto, la cual resulta procedente.

La diferencia en cuestión será calculada mediante experticia complementaria del fallo, y a tal efecto, el experto contable debe calcular los 30 días de salario, con base en el salario integral; para ello, debe considerar el salario normal diario señalado en el párrafo precedente –Bs. F. 744,13–, más la alícuota de las utilidades y del bono vacacional, tomando en cuenta –como se indicó *supra*– que la parte accionada admitió, en la contestación de la demanda, pagar 70 días de salario al año por concepto de utilidades (f. 97), y de acuerdo con la indicada liquidación, pagó al demandante la cantidad de 13,417 días de salario por concepto de bono vacacional fraccionado, de donde deriva que paga 23 días de salario al año.

Asimismo, una vez efectuado al cálculo en cuestión, el experto debe restar la cantidad pagada al trabajador por este concepto, de Bs. F. 21.750,01, según consta en la planilla de liquidación que cursa en el expediente (f. 39). Así se declara.

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DEL PREAVISO:

Conteste con el artículo 125, literal b) de la Ley Orgánica del Trabajo, corresponden al actor 30 días de salario por concepto de indemnización sustitutiva del preaviso, por haber trabajado una fracción superior a 6 meses e inferior a un año, sin que el salario base para su cálculo pueda exceder de 10 salarios mínimos.

En efecto, se constata de la planilla de liquidación de prestaciones sociales, que la empresa demandada pagó al actor la cantidad de Bs. F. 10.644,00, equivalentes a 30 días de salario, calculados con base en Bs. F. 354,80, esto es, 10 salarios mínimos, para esa fecha; de ahí que dicho concepto fue cancelado tal y como lo establece el citado artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo. Por lo tanto, la accionada no adeuda diferencia alguna por tal concepto, siendo improcedente lo reclamado al respecto.

Además, cabe acotar que un pronunciamiento contrario vulneraría el principio de *non* *reformatio in peius*, por cuanto –se reitera– el juez *a quo* negó la procedencia de dicho concepto, conformándose el actor con el gravamen ocasionado por ese fallo, al no interponer el recurso de apelación.

INTERESES SOBRE PRESTACIONES SOCIALES:

Se condena al pago de los intereses sobre la diferencia de la prestación de antigüedad, conforme a lo establecido en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo; el monto respectivo será determinado mediante experticia complementaria del fallo, considerándose las tasas de interés fijadas por el Banco Central de Venezuela para cada período. Adicionalmente, el perito hará sus cálculos sin capitalizar los intereses.

INTERESES MORATORIOS:

Conteste con el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio sostenido por esta Sala en sentencia Nº 1.841 del 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita contra Maldifassi & Cía. C.A.*), se ordena el pago de los intereses de mora de la cantidad condenada a pagar por concepto de diferencia de prestación de antigüedad, los cuales deben calcularse desde la fecha de terminación del vínculo laboral –el 24 de marzo de 2010– hasta la fecha del pago efectivo por parte de la demandada; dicho cálculo se efectuará considerando para ello la tasa de interés fijada por el Banco Central de Venezuela, conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo. Además, para el cálculo de los enunciados intereses de mora no operará el sistema de capitalización de los mismos ni serán objeto de indexación.

CORRECCIÓN MONETARIA:

Igualmente, se ordena la corrección monetaria de la cantidad condenada por concepto de diferencia de prestación de antigüedad, desde la fecha de terminación de la relación laboral –el 24 de marzo de 2010–; y, para el resto de los conceptos laborales acordados, desde la notificación de la demanda –el 25 de marzo de 2011, fecha en que se dejó constancia en autos de la notificación practicada el 23 de ese mismo mes y año (ff. 19-20)–, hasta la fecha en que la accionada efectúe el pago efectivo de las cantidades aquí condenadas, excluyendo únicamente el lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo de las partes, o haya estado paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, como vacaciones judiciales. Asimismo, el experto contable debe tomar en cuenta el Índice Nacional de Precios al Consumidor, de conformidad con la Resolución N° 08-04-01 del Banco Central de Venezuela y la Providencia Administrativa N° 08 del Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, a través del Instituto Nacional de Estadística, publicados en los respectivos boletines emitidos por el Banco Central de Venezuela.

Adicionalmente, si la demandada no cumpliere de manera voluntaria, el tribunal deberá, mediante experticia complementaria del fallo y en aplicación del artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, calcular los intereses moratorios y la corrección monetaria de la cantidad condenada a pagar, a partir de la fecha del decreto de ejecución hasta la oportunidad del pago efectivo. Así se decide.

A fin de calcular los montos adeudados al demandante, se ordena la elaboración de una experticia complementaria del fallo, que será realizada por un único perito designado por el tribunal al que corresponda la ejecución del fallo, cuyos honorarios deberán ser sufragados por la demandada y quien debe fundamentarse en los parámetros establecidos en la presente decisión. Así se establece.

En tal sentido, se declara parcialmente con lugar la demanda.

**DECISIÓN**

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la Ley, declara: PRIMERO: **CON LUGAR** el recurso de control de la legalidad interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 5 de diciembre de 2011; en consecuencia, SEGUNDO: **ANULA** el fallo recurrido; y TERCERO: **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda interpuesta por el ciudadano Jesús Manuel Umbría Juárez contra la sociedad mercantil Aeropanamericano, C.A.

No hay condenatoria en costas del proceso, por no haber vencimiento total.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial antes señalada. Particípese de la presente remisión al Juzgado Superior de origen, de conformidad con el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

No firman la presente decisión, las Magistradas Carmen Elvigia Porras de Roa ni Carmen Esther Gómez Cabrera, quienes no asistieron a la audiencia por motivos justificados.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los seis (6) días del mes de agosto de dos mil trece. Años 203° de la Independencia y 154° de la Federación.

                                                                                                          El Presidente de la Sala y Ponente,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ

La Vicepresidenta,                                                     Magistrado,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_       \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA        OCTAVIO JOSÉ SISCO RICCIARDI

Magistrada,                                                                Magistrada,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_   \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

SONIA COROMOTO ARIAS PALACIOS   CARMEN ESTHER GÓMEZ CABRERA

El Secretario,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

MARCOS ENRIQUE PAREDES

**C**.**L**. N° AA60-S-2012-000095

**Nota**: Publicada en su fecha a

El Secretario,

