

J-31720736-0

[www.lablabor.com.ve](http://www.lablabor.com.ve)

**Datos de la Sentencia**

|  |  |
| --- | --- |
| **Fecha:** | 09/07/2019 |
| **Sala:** | Casación Social |
| **Magistrado Ponente:** | Marjorie Calderón |
| **Partes:** | Juan Solórzano y otros contra Corporación RIR, C.A. |
| **Número de Sentencia:** | 0207 |

**Contenido Relevante**

|  |  |
| --- | --- |
| **Materia** | **Criterio Establecido** |
| Efectos de declaratoria sin lugar de solicitud de autorización de despido en que existe medida cautelar | Si bien es cierto, la separación original del cargo se debió a una medida cautelar solicitada por el patrono durante el proceso de solicitud de autorización de despido ante la Inspectoría del Trabajo competente, no es menos cierto que el dictamen cautelar perdió vigencia una vez declarado sin lugar al solicitud de autorización de despido, por lo que el patrono debió actuar de forma diligente, esto es, ocurrir a la Inspectoría del Trabajo acatar el reenganche de los trabajadores involucrados. Como quiera que su conducta no se orientó a facilitar el reingreso de los trabajadores a sus puestos de trabajo (más bien fue contumáz al efectuarse del emplazamiento) se traduce en su negativa a no realizar el reenganche y por tanto se constituye -entre otros- el supuesto previsto en el literal "i” de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras vigente (retiro justificado).  |
|  |  |
|  |  |
|  |  |

|  |
| --- |
| /var/folders/0d/17f5jjvd7yvfn3jpj3wq104w0000gn/T/com.microsoft.Word/WebArchiveCopyPasteTempFiles/encabezadotsj.jpg |

Ponencia de la Magistrada Doctora MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

En el juicio por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales que siguen los ciudadanos **JUAN SOLÓRZANO ARREDONDO, ANTONIO SOSA TORRES, JUAN PACHECO, YVÁN BLANCO DÍAZ**y **LUIS DORIA PÉREZ**, titulares de las cédulas de identidad números V-13.612.437, V-18.864.263, V-7.563.146, V-6.456.934 y V-10.234.341, respectivamente; representados por el abogado Francisco Rafael Laprea Millán, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 178.230, contra la sociedad mercantil **CORPORACIÓN R.I.R. C.A. (EL BUDARE)**, inscrita en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y estado Miranda, en fecha 8 de noviembre de 2006, bajo el N° 25, tomo 187-A-Sgdo., y de forma personal contra los ciudadanos **RUBÉN EMILIO LOVERA**e **ISAAC PRADO PRADO**, representados judicialmente por los abogados Tito Sánchez Ruíz y Carlos Oswaldo Castro de los Santos, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 11.698 y 70.811, correlativamente, el Juzgado Octavo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, conociendo por apelación de ambas partes, mediante sentencia publicada el 3 de octubre de 2017, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación ejercido por la parte actora, parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y parcialmente con lugar la demanda; en consecuencia, revocó la decisión proferida el 30 de junio de 2017, por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial, que declaró parcialmente con lugar la demanda.

Contra la decisión de Alzada, ambas partes ejercieron y formalizaron en forma tempestiva, recurso de casación.

El 30 de noviembre de 2017, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero.

Concluida la sustanciación, se fijó la realización de la audiencia oral, pública y contradictoria para el día martes veintiuno (21) de mayo de 2019, a las diez de la mañana (10:00 a.m.), todo en sujeción a lo regulado por el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, acordándose diferir el dispositivo oral del fallo para el día martes dieciocho (18) de junio de 2019, a las doce y cuarenta y cinco de la tarde (12:45 p.m.).

Cumplidos los trámites de sustanciación, se realizó la audiencia oral y pública con presencia de las partes y siendo la oportunidad para decidir, lo hace la Sala bajo la ponencia de la Magistrada quien con tal carácter la suscribe, previas las siguientes consideraciones:

**RECURSO DE CASACIÓN**

**PARTE ACCIONANTE**

**-***ÚNICO***-**

De conformidad con lo establecido en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, fue fijada la realización de la audiencia pública y contradictoria, para el día martes 21 de mayo de 2019, a las 10:00 a.m.

En la referida oportunidad, se constituyó esta Sala de Casación Social, dejando constancia la ciudadana Secretaria de la incomparecencia de la parte actora recurrente por sí misma o a través de sus apoderados judiciales al acto procesal anunciado.

En los casos de incomparecencia de la parte recurrente a la celebración del recurso de casación, el último aparte del artículo 173*eiusdem*, prevé: “*Si el recurrente no compareciere a la audiencia, se declarará desistido el Recurso de Casación y el expediente será remitido al Tribunal correspondiente*”.

En el caso *sub examine*, la parte actora recurrente, ciudadanos **JUAN SOLÓRZANO ARREDONDO, ANTONIO SOSA TORRES, JUAN PACHECO, YVÁN BLANCO DÍAZ**y **LUIS DORIA PÉREZ**, no comparecieron a la audiencia fijada por esta Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, incumpliendo de esta forma con la carga procesal por ley impuesta, por lo que aplicada la sanción prevista en la norma en referencia, se declara **desistido**el recurso de casación interpuesto por los accionantes; en consecuencia, se procede al análisis de la sentencia impugnada entrando a conocer el recurso de casación interpuesto por la parte demandada. Así se decide.

**PARTE DEMANDADA**

**-I-**

De conformidad con el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia el recurrente la infracción de los artículos 80, literal “i”, y 425 ambos de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por error de interpretación.

Señala la parte demandada recurrente que la juzgadora *ad quem* aun reconociendo la existencia de la norma apropiada al caso como es el artículo 80 literal “i” de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, al interpretar su alcance general y abstracto, expone como punto que los despidos sean justificados o injustificados nacen de la actitud o decisión del patrono y los retiros sean por voluntad propia del trabajador de terminar su relación de trabajo o retiro justificado, también nace de la voluntad del trabajador.

Que la recurrida, como premisa menor, calificó indebidamente el material fáctico, es decir, el expediente certificado del procedimiento administrativo, cursante a los folios 192 al 292 del cuaderno de recaudos número 11, donde la demandada intentó un recurso administrativo ante la Inspectoría del Trabajo del Distrito Capital sede Norte, donde ejerció la Acción de Autorización de Despido (calificación de falta) que no es más que la actitud de despedir a los demandantes en forma justificada, hecho que no ocurrió al declarar sin lugar la solicitud de la demandada en ese proceso.

Que hubo una medida preventiva de separación de los cargos de mesoneros de los demandantes, es decir, ya no prestaban servicios para la demandada, la infracción de los artículos 80, literal “i”, y 425 ambos de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, para subsumirse el hecho fáctico, tiene que haber un procedimiento de despido injustificado y ordenado el reenganche del trabajador o trabajadora por parte de la Inspectoría del Trabajo de conformidad con el artículo 425 *íbidem*, para que pueda considerarse el retiro justificado por parte de los trabajadores y subsumirse en el literal “*i*” del artículo 80 *eiusdem*, y el trabajador de por terminada su relación laboral.

Que la recurrida en forma equivocada señala que la demandada no despidió a los trabajadores, como también en forma equivocada señala que lo “alegado y probado en autos se equipara a las consecuencias jurídicas del despido”, cuando al no haber despido injustificado ni decisión que lo declare administrativamente la Inspectoría del Trabajo no puede haber retiro por voluntad propia del trabajador, en el caso de marras al no subsumirse el hecho factico a la normativa del despido injustificado por parte de los demandantes o trabajadores no hubo retiro justificado de los demandantes, la recurrida interpreta las consecuencias jurídicas del despido, que es el pago adicional de una indemnización equivalente al monto que le corresponde por las prestaciones sociales, cuando la correcta interpretación es un retiro voluntario de conformidad con los telegramas enviados por los demandantes a la demandada, y no la equivocación de la recurrida cuando señala que se equipara a “las consecuencias jurídicas del despido”, y al no haber despido ni justificado ni injustificado, por parte de la demandada mal puede haber un pago adicional al monto de las prestaciones sociales de los trabajadores demandantes como en forma equivocada pretende concluir la juzgadora *ad quem*, causándole un perjuicio a la demandada al subsumir un presupuesto fáctico equivocado a las normas infringidas y tomando consecuencias o condiciones jurídicas que no está en el presupuesto fáctico de los hechos alegados y probados en autos, por parte de los demandantes.

La Sala para decidir, observa:

Examinado lo anterior, resulta imperativo puntualizar que ha sido criterio reiterado de esta Sala de Casación Social, que el error de interpretación se verifica cuando el juez, aun reconociendo la existencia y validez de la norma apropiada al caso, yerra al interpretar su alcance general y abstracto haciendo derivar de ella consecuencias que no concuerdan con su contenido. Es decir, el sentenciador efectivamente interpreta la disposición legal, pero le otorga un sentido distinto al verdadero contenido de ésta. Por lo tanto, al afirmarse la existencia del vicio de errónea interpretación debe precisarse cuál sería la correcta exégesis de la norma acusada como infringida.

En el caso bajo análisis, delata la formalizante que dicho vicio *in iudicando*se habría verificado respecto a los artículos 80, literal “i”, y 425 ambos de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, disposiciones que contemplan lo siguiente:

**Artículo 80**. **Causas justificadas de retiro**. Serán causas justificadas de retiro los siguientes hechos del patrono o de la patrona, sus representantes o familiares que vivan con él o ella:

(…)

i)                    En los casos que el trabajador o trabajadora haya sido despedido o despedida sin causa justa y, luego de ordenado su reenganche, él o ella decida dar por concluida la relación de trabajo.

(…)

**Artículo 425**. **Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos.** Cuando un trabajador o una trabajadora amparado por fuero sindical o inamovilidad laboral sea despedido, despedida, trasladado, trasladada, desmejorado o desmejorada podrá, dentro de los treinta días continuos siguientes, interponer denuncia y solicitar la restitución de la situación jurídica infringida, así como el pago de los salarios y demás beneficios dejados de percibir, ante la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción correspondiente.

**(**….)

Las normas en referencia establecen las reglas conforme a las cuales el juzgador debe calificar cuando se está en presencia de la finalización de la relación laboral producto de circunstancias que hagan concluir la lesión de los derechos de los trabajadores, así como el procedimiento de reenganche ante la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción competente para el restablecimiento de la situación jurídica infringida, siendo que, en cualesquiera de los casos, se hace necesario precisar la conducta del patrono en la relación que une a las partes, máxime cuando en el presente caso lo que se pretende dilucidar es si estamos en presencia de razones suficientes que permitan concluir si la renuncia de los accionantes atendió a causas justificadas a los fines de determinar la procedencia de la indemnización prevista en la ley, de ser éste el caso.

Al respecto, esta Sala ha podido evidenciar que en el caso bajo análisis la juzgadora  *ad quem*al apreciar las dichas razones estimó lo siguiente:

Consta a los folios 191 al 290 CRN° 11, del presente expediente copias certificadas de las actuaciones procesales correspondiente al expediente administrativo signado con el Numero 023-2014-01-01286, seguido por la Inspectoria del Trabajo del Distrito Capital Sede Norte, en la cual se evidencia que el representante judicial de la empresa hoy demandada en el presente juicio, solicita a la autoridad competente la autorización de despido de los acionantes Juan Solórzano, Antonio Sosa, Iván Blanco Díaz, Luis Doria Pérez y Juan Pacheco, en el discurrir de dicho proceso administrativo se dicto una medida de separación del cargo de los trabajadores, es decir, la prestación de servicios quedó suspendida hasta tanto se dictada la sentencia administrativa.

Así pues, producto de la decisión administrativa de fecha 30 de junio de 2015 en la que fue declarada sin lugar la citada autorización de despido, la empresa hoy demandada debió restituir, reincorporar o reenganchar a los trabajadores a sus respectivos puestos de trabajo, por cuanto quedó claro que la autoridad citada no autorizo el despido de los hoy accionantes, seguidamente se observa al folio 208 del CRN° 11, el Acta en la cual se anuncio el acto de reenganche de los trabajadores, en donde la entidad de trabajo demandada no acudió o compareció a dicho acto por lo que incumplió con la orden del juez administrativo.

De modo que producto de la actitud tomada por la entidad de trabajo, consta en las actas procesales del expediente de manera pormenorizada carta telegrama con acuse de recibo en la cual cada uno de los trabajadores hoy accionantes deciden retirarse de manera justificada, de acuerdo a lo establecido en el contenido del artículo 80 literal “i” de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, los Trabajadores y as Trabajadoras reza:

(…)

Dicho lo anterior, este Tribunal establece que si bien es cierto que la parte demandada no despidió a los trabajadores, no es menos cierto es que el retiro justificado en el presente caso y de acuerdo a lo alegado y probado a los autos se equipara, a las consecuencias jurídicas del despido, habida cuenta que se cumplieron todos los actos ante la inspectoría del trabajo con la finalidad que la entidad de trabajo reincorporara a los trabajadores debido a la cesación de la medida de suspensión de los cargos y a la declaratoria sin lugar de la autorización de despido de los trabajadores parte actora en la presente causa. En consecuencia, y debido a la conclusión de las actuaciones procesales referidas se declara procedente el presente punto de apelación de la parte actora y en consecuencia se condena a la demandada al pago de la indemnización por despido justificado establecida en el Art. 92 de la LOTTT aplicable por razone tempore al caso de marras, a razón del salario indica (sic) en el punto sobre la composición salarial determinado de seguidas. Así se decide.

Como puede observarse de la transcripción anterior, la juzgadora *ad quem* analizó pormenorizadamente las circunstancias que dieron origen a la finalización de la relación laboral, enfatizando que tal y como lo señala la parte demandada recurrente, ésta interpuso por ante la autoridad administrativa un procedimiento de calificación de falta, con el objeto de lograr la autorización para proceder a poner fin a la relación laboral que los unía con los hoy accionantes, conforme se evidencia del expediente administrativo signado con el Numero 023-2014-01-01286, seguido por la Inspectoría del Trabajo del Distrito Capital Sede Norte, donde además puede observarse que la autoridad administrativa dictó medida de separación temporal del cargo de los trabajadores, la cual fue levantada en fecha 30 de junio de 2015, a raíz de la declaratoria sin lugar de la referida solicitud, por lo que se fijó oportunidad para el reenganche de los trabajadores, dejándose constancia de la incomparecencia de la parte demandada a dicho acto, tal y como quedó sentado mediante acta que corre inserta al folio 208 del cuaderno de recaudos número 11, siendo que ante la actitud contumaz de la parte demandada, los trabajadores proceden a renunciar en forma justificada, y con ello poner fin a la relación laboral.

Expuesto lo anterior, observa la Sala que si bien es cierto que la separación del cargo de los trabajadores fue producto de una medida cautelar dictada por la autoridad competente, y no por causa de un despido efectuado por el patrono, no es menos cierto que una vez que perdió vigencia el dictamen cautelar, la demandada debió de manera diligente acudir ante la inspectoría en la oportunidad en que tendría lugar el acto de reenganche de los trabajadores, máxime cuando es ella quien interpone la calificación de falta impulsando el proceso, por lo que su conducta debió estar orientada a facilitar el reingreso de los trabajadores a su puestos de trabajo, lo cual no se ve reflejado, antes por el contrario fue contumaz al efectuarse el emplazamiento, lo que se traduce en una manifestación de no acatar el reenganche tal y como lo dispone el artículo 80 literal “i” de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, norma que fue aplicada correctamente por la juzgadora *ad quem*, razón por la cual no incurrió en la delación que se le imputa.

Por las razones anteriores se declara improcedente la denuncia.

**-II-**

De conformidad con lo previsto en el artículo 168, numeral 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se denuncia la falsa aplicación de los artículos 80, literal “i”, y 425 ambos de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Argumenta la parte demandada recurrente que la juzgadora *ad quem* fundamentó su dictamen de condena de retiro justificado, con base en las actuaciones administrativas que constan en el expediente a los folios 191 al 290 del cuaderno de recaudos número 11 del expediente administrativo signado con el número 023-2014-01-011286, donde la demandada intentó un recurso administrativo de autorización de despido en contra de los trabajadores demandantes por ante la Inspectoría del Trabajo del Distrito Capital Sede Norte.

Que la recurrida infringe las normas por falsa aplicación, por cuanto tiene que haber un procedimiento de despido injustificado por parte de los demandantes y ordenado el reenganche de los trabajadores por parte de la Inspectoría del Trabajo, de conformidad con lo previsto en el artículo 425 de la ley sustantiva laboral, para que pudiera considerarse el retiro justificado por parte de los trabajadores y subsumirse en el literal “*i*” del artículo 80 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y la Trabajador, al dar por concluida la relación laboral.

Que mal podía la juzgadora *ad quem* equiparar las consecuencias jurídicas del despido injustificado de los demandantes y condenar a la parte demandada al pago adicional de las prestaciones sociales, cuando no hubo ningún procedimiento de despido injustificado, lo que ocurrió fue la renuncia voluntaria por parte de los trabajadores de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, con su participación a través de los telegramas enviados a la demandada como consta en el expediente y aceptado por la demandada.

La procede al examen de la denuncia, bajo el análisis siguiente:

Conforme lo ha sostenido esta Sala de Casación Social, la falsa aplicación de una norma se configura cuando el juez emplea una determinada norma jurídica a una situación de hecho que no es la contemplada en ella, vale decir, el error proviene de una errada relación entre los hechos, en principio correctamente establecidos por el juzgador, y el supuesto de hecho de la norma, interpretada en forma cónsona, que conduce a que se aplique una norma a un supuesto distinto al regulado por ella. Por su parte, la falta de aplicación de una norma se verifica cuando el sentenciador niega la aplicación de una disposición legal que se encuentra vigente, a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance. (Decisión Nro. 370 del 10 de mayo de 2017, caso: *Marbeya Josefa Velasco de Martínez*contra *Banco Occidental de Descuento, Banco Universal, C.A.)*.

El recurrente manifiesta su inconformidad respecto al dictamen producido por la juzgadora *ad quem* respecto a la condena por indemnización por despido injustificado, denunciando como infringidos los artículos 80, literal “i”, y 425 ambos de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, al igual que el capítulo anterior, ello en virtud que bajo su percepción para que se considere la negativa en el reenganche, debe anteceder por parte de los accionantes un juicio de estabilidad ante la autoridad administrativa, siendo este postulado el que sostiene a los efectos de cuestionar la aplicaciones de las normas en referencia.

Atendiendo el contexto que antecede, con miras a dilucidar la denuncia planteada resulta fundamental esbozar la concepción ideológica del constituyente como máxima expresión del principio de conservación del empleo contenida en el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone que la “[l]*ey garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado*”, resultando nulo cualquier despido contrario a dicho propósito, cuya protección o tutela ha sido determinada por el legislador a través de diferentes mecanismos, unos tendientes a la reinstalación o reenganche del trabajador o trabajadora a su puesto de trabajo y otros sancionatorios tales como las indemnizaciones previstas en caso de extinción de la relación de trabajo por causas imputables al empleador, *verbigracia*, artículos 80 parte *in fine*y 92 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, fijada para los casos de terminación de la relación de trabajo por retiro justificado -motivo ajeno a la voluntad del trabajador o trabajadora- o en los casos de despido sin razones que lo justifiquen, equivalentes al monto que le correspondería al laborante por prestaciones sociales.

Respecto al punto que nos ocupa, importa destacar que el régimen indemnizatorio aplicable ante la materialización de un despido injustificado o retiro justificado, es totalmente equiparable por sus efectos patrimoniales -monto equivalente a las prestaciones sociales-, puesto que el objetivo resultante en ambos casos deriva en una extinción de la relación de trabajo, sin motivo alguno que pueda ser atribuido al laborante.

Así, en la práctica cuando el trabajador o trabajadora se ve obligado a retirarse de la empresa donde presta sus servicios, la situación es la misma como si el patrono lo hubiera despedido sin justa causa, pues tal acto es consecuencia de una conducta intencional o disimulada del segundo -el patrono- en perjuicio del primero -el trabajador-, que irrumpe contra el principio de estabilidad y/o de permanencia en el empleo que inviste a las relaciones de trabajo.

Pues bien, como anteriormente se señaló, que si bien es cierto que la separación del cargo de los trabajadores fue producto de la una medida cautelar dictada por la autoridad competente, y no por causa de un despido efectuado por el patrono, no es menos cierto que una vez que perdió vigencia el dictamen cautelar, la demandada debió de manera diligente acudir ante la inspectoría en la oportunidad en que tendría lugar el acto de reenganche de los trabajadores, máxime cuando es ella quien interpone la calificación de falta impulsando el proceso, por lo que su conducta debió estar orientada a facilitar el reingreso de los trabajadores a su puestos de trabajo, lo cual no se ve reflejado, antes por el contrario fue contumaz al efectuarse el emplazamiento, lo que se traduce en una manifestación de no acatar el reenganche tal y como lo dispone el artículo 80 literal “i” de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, siendo así es claro que por la conducta del patrono se vio afectada la estabilidad de los trabajadores, quienes producto de tal circunstancia proceden a renunciar, siendo ésta justificada al analizarse en su justo contexto, por lo que la jueza *ad quem* actuó ajustada a derecho al declarar procedente la indemnización prevista al respecto. Y así se establece.

Por las razones anteriores se declara improcedente la denuncia.

**-III-**

De conformidad con lo previsto en el artículo 168, numeral 3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia el recurrente el vicio de contradicción en los motivos e infracción de los artículos 159 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y 12 del Código de Procedimiento Civil.

Alega la parte demandada recurrente que es contradictorio el fundamento de la juzgadora *ad quem* cuando señala “*Ahora bien, se observa que la demandada no cumplió con su carga probatoria de haber dado cumplimiento total al pago de dicho beneficio de alimentación”,*en el sentido que las pruebas contenidas en los cuadernos de recaudos números 5, 6, 7, 10 y 12, la demandada probó que no es que no pagó el bono de alimento como pretende la recurrida, sino que los alegatos de la demandada contenida en la contestación de la demanda de conformidad con el artículo 4 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, en su numeral 1, señaló que dicho beneficio lo pagaba a los trabajadores mediante comedores propios operado por la entidad de trabajo, así lo demuestra de los cuadernos de recaudos antes señalados y que constan lo aportado por la demandada y valorada por la recurrida a los folios doscientos ochenta (280) y doscientos ochenta y uno (281) y no que la demandada no pagaba el Bono de Alimento, sino que lo hacía en especie o en comida por ser restaurante siendo contradictoria la motivación entre lo condenado a pagar y las pruebas que constan en el expediente.

Que no valoró la recurrida la máxima de experiencia que establece que al ser un restaurante la demandada el beneficio de alimentación no lo pagaba sino lo daba en especie o comida a los trabajadores en su comedor, como consta en parte de las pruebas valoradas por la recurrida, así como la calidad de la comida consta en el cuaderno de recaudos número 12, que se desprende del Instituto Nacional de Nutrición, por eso señala que son contradictorios los motivos utilizados por la recurrida para condenar el pago del Bono de Alimentación a los trabajadores demandantes, por cuanto el mismo no se realizó en bolívares, sino que era dado por la demandada como restaurante en el comedor y lo hacía en especie o comida.

La Sala para decidir, entra al análisis de los términos contenidos en la delación, atendiendo para ello las siguientes consideraciones:

Tal como ha sido reiteradamente señalado por la Sala, el vicio de inmotivación por contradicción en los motivos, se produce cuando las razones del fallo se destruyen entre sí por ser lógicamente excluyentes, de tal forma que la sentencia queda desprovista en forma absoluta de motivación, es decir, adolece de una exposición coherente de las razones de hecho y de derecho que justifiquen el dispositivo, y, en consecuencia, de imposible control de su legalidad.

En concordancia con lo expresado, la Sala de Casación Social, acogió el criterio de la Sala de Casación Civil, sostenido entre otras en la sentencia N° 681, de fecha 26 de octubre de 2012, (Caso: *Héctor Sánchez Lozada contra Hielo Polar, C.A.*), en la cual sostuvo, lo siguiente:

(…) Ahora bien, respecto al vicio de inmotivación por contradicción en los motivos, la Sala en sentencia N° RC-101, de fecha 9 de marzo de 2.007, caso Luís Trabucco contra la Asociación de Fraternidad Ítalo-Venezolana del Estado Lara (A.F.I.V.E.L.), expediente N° 06-745, señaló lo siguiente:

“… El vicio de inmotivación ocurre cuando la sentencia carece en absoluto de motivos que fundamenten su decisión, por lo que no hay que confundir la escasez o exigüidad con la falta absoluta. En este sentido, la doctrina de la Sala viene considerando varias modalidades en que producirse el vicio de inmotivación, a saber: 1) La sentencia no contiene materialmente razonamientos de hecho o de derecho en que pueda sustentarse el dispositivo; 2) Las razones expresadas por el sentenciador no tienen relación con la pretensión deducida o con las excepciones o defensas opuestas; 3) Los motivos se destruyen los unos a otros por contradicciones graves e inconciliables, y; 4) Los motivos son tan vagos, inocuos, ilógicos o absurdos que impiden a Casación conocer el criterio jurídico que siguió el juez para dictar su decisión.

Del estudio de la denuncia bajo análisis, puede precisar esta Sala que el formalizante encuadra el vicio de inmotivación en la modalidad descrita en el numeral tercero, es decir, en la destrucción de los motivos por ser contradictorios e inconciliables.

Sobre el vicio de contradicción en los motivos la Sala ha venido sosteniendo el criterio según el cual, se produce el mismo en los supuestos en los que el sentenciador al fundamentar su sentencia, por una parte emite una afirmación y luego expone otra posición que hace que ambas sean irreconciliables (…).

*(Omissis)*

Asimismo, y en referencia al mencionado requisito de motivación del fallo, la Sala en sentencia Nº 241, de fecha 19 de julio del 2000, expediente Nº 99-481, indicó:

‘... El requisito de motivación impone al juez el deber de expresar en la sentencia los motivos de hechos y de derecho que sustentan lo decidido. Esta exigencia tiene por objeto: a) controlar la arbitrariedad del sentenciador, pues

le impone justificar el razonamiento lógico que siguió para establecer el dispositivo; y b) garantizar el legítimo derecho de defensa de las partes, porque éstas requieren conocer los motivos de la decisión para determinar si están conformes con ellos.

En caso contrario, podrán interponer los recursos previstos en la ley, con el fin de obtener una posterior revisión sobre la legalidad de lo sentenciado...’

*(Omissis)*

De acuerdo a la anterior doctrina, tenemos que el vicio de motivación contradictoria constituye una de las modalidades o hipótesis de inmotivación de la sentencia, que se produciría cuando la contradicción está entre los motivos del fallo, de tal modo que se desvirtúan, se desnaturalizan o se destruyen en igual intensidad y fuerza, lo que hace a la decisión carente de fundamentos y por ende nula.

En el caso concreto, el recurrente sostiene que se configuró el vicio de inmotivación por contradicción por parte del fallo del juzgado *ad quem*, básicamente por establecer que la demandada no logró demostrar que dio cumplimiento total al pago del beneficio de alimentación*,*siendo que este estableció:

En cuanto al bono de alimentación: la representación judicial de la parte actora recurrente alego que el juez de Primera Instancia da como probado un hecho que no está probado, que es el hecho que le daban la comida y de una revisión del cúmulo probatorio no se observa en ningún lado el cumplimiento del beneficio, salvo en algunos recibos de pago aportados por la parte demandada. Ahora bien, se observa que la demandada no cumplió con su carga probatoria de haber dado cumplimiento total al pago de dicho beneficio alimentación. En consecuencia se condena el beneficio de alimentación para todos los accionantes, y se ordena el pago a razón del mínimo correspondiente al valor de unidad tributaria de cada periodo comprendido desde la fecha de inicio de la relación laboral de cada trabajador hasta el 18 de febrero del 2013, entrada en vigencia del Reglamento de la Ley de alimentación para los trabajadores y las trabajadoras, el cual establece en su Artículo 34, que el cumplimiento retroactivo será en base en el valor de la unidad tributaria vigente al momento en que se verifique el pago. Es decir, desde el 18 de febrero 2013 hasta el 12 de Noviembre del 2014 se calculara en base al mínimo del valor de la unidad Tributaria vigente cuando se materialice el cumplimiento. Se ordena experticia complementaria del fallo por experto contable designado por el Juez de ejecución, quien deberá deducir de las cantidades que arroje el cálculo, los pagos efectuados según los recibos aportados y que constan en los Cuadernos de recaudos N° 10, 7, 6, 5 excluyendo los sábados y domingos de los periodos establecidos. Así se decide.-

Del análisis de la recurrida se observa que contrariamente a lo señalado por la parte demandada recurrente que la juzgadora *ad quem* determinó que la parte demandada no logró demostrar el pago de la **totalidad**del bono de alimentación, es decir, que conforme a los cuadernos de recaudos N° 5, 6, 7 y 10 evidenció que efectivamente la demandada realizó determinados pagos por dicho concepto, motivo por el cual ordenó deducir las cantidades ya pagadas que constan en los recibos de pagos acreditados en los referidos cuadernos, de manera que no incurre bajo ninguna perspectiva el fallo recurrido en contradicción en sus motivos.

Por las razones anteriores se declara improcedente la denuncia.

**-IV-**

De conformidad con lo previsto en el artículo 168, numeral 3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia el recurrente el vicio de falta de motivación de conformidad con lo previsto en los artículos 159 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y 12 del Código de Procedimiento Civil.

Esgrime el recurrente que la juzgadora *ad quem* no motivó las razones de hecho y de derecho porque decidió procedente pagar a los demandantes el bono de alimentación y sólo señaló las consecuencias de cómo debe hacerse el pago, de acuerdo al Reglamento de la Ley de Alimentación, no motivó los hechos alegados y probados en el proceso de acuerdo a los cuadernos de recaudos número 5, 6, 7, 10 y 12, donde consta que la demandada no pagaba bonos de alimentos a los trabajadores, sino que de conformidad con lo previsto en el artículo 4 numeral 1 de la Ley de Alimento, la demandada es restaurante y los Bonos de Alimentos los hacía en especie o comida en el comedor por lo que, cuando la jueza *ad quem* no ordenó los pagos del bono Alimento, no motivó e incurrió en el vicio de inmotivación por silencio de prueba, en virtud que omitió el análisis de la prueba de testigos admitidos por el juez de mérito el 13 de julio de 2017, de la segunda pieza y evacuadas en la audiencia pública en fecha 15 de junio de 2017, como consta de la grabación oral y pública, donde los testigos Armando José Ferrer y Alexander Jesús Castellanos, declararon que la demandada daba alimentos a través de su comedor a los trabajadores.

Que no valoró la máxima de experiencia que al ser la demandada restaurante ese beneficio no lo pagaba sino lo daba en especie o en comida a los trabajadores en su comedor.

La Sala para decidir, observa:

Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo de Justicia, se presenta el vicio de inmotivación del fallo por silencio de pruebas cuando el juez omite toda mención de la existencia de un acta probatoria o cuando, a pesar de haber mencionado su promoción y evacuación, se abstiene de analizarla y señalar el valor probatorio que le asigna o las razones para desestimarla. En todo caso, para que sea declarado con lugar el vicio *in commento*, las pruebas silenciadas total o parcialmente en la sentencia recurrida, deben ser relevantes para la resolución de la controversia; en este sentido, con base en disposiciones constitucionales, por aplicación del principio finalista y en acatamiento a la orden de evitar reposiciones inútiles, no se declarará la nulidad de la sentencia recurrida si la deficiencia concreta que la afecta no impide determinar el alcance subjetivo u objetivo de la cosa juzgada, o no hace imposible su eventual ejecución.

Nuevamente la parte demandada recurrente manifiesta su disconformidad con el fallo de alzada, en lo atinente a la condena por concepto de bono de alimentación, esta vez bajo la premisa de que conforme a los cuadernos de recaudos números 5, 6, 7, 10 y 12, donde consta que la demandada no pagaba bonos de alimentos a los trabajadores, sino que de conformidad con lo previsto en el artículo 4 numeral 1 de la Ley de Alimento, la demandada es restaurante y los Bonos de Alimentos los hacía en especie o comida en el comedor, siendo que esta Sala por vía de excepción desciende a las referidas documentales evidenciando que conforme a los recibos de pagos efectuados a los accionantes que constan en los aludidos cuadernos de recaudos, la parte demandada a través de un cuadro descriptivo hace mención del concepto, días acreditados, sub total y total de los pagos realizados para cada período entre los que destaca el pago en bolívares del bono de alimentación, por lo que la deposición de los testigos no es razón suficiente para acreditar que el pago del bono de alimentación haya sido efectuado en especie, antes por el contrario se desprende de forma incuestionable el pago mediante una suma cierta, liquida, motivando la juzgadora *ad quem* que la parte no demostró el pago **total**de dicho concepto, por lo que la sentencia no incurre en el vicio de inmotivación por silencio de pruebas.

Asimismo, alude la parte que la juzgadora *ad quem* incurrió en la infracción de una máxima de experiencia en cuanto a que no valoró que al ser la demandada restaurante ese beneficio no lo pagaba sino lo daba en especie o en comida a los trabajadores en su comedor.

**Respecto a la definición de máximas de experiencia**, esta Sala en sentencia N° 1.021 de fecha 1° de julio de 2008 (caso: *Gilberto Emiro Correa Romero* contra *Telcel C.A. y otras*), estableció: “*(…) son juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos, contribuyendo a formar el criterio lógico del juzgador para la apreciación de los hechos y de las pruebas*”.

**Con relación a la técnica correcta para denunciar la violación de una máxima de experiencia,** esta Sala en sentencia N° 12 de fecha 12 de junio de 2001 (caso: *José Benjamín Gallardo González* contra *Andy de Venezuela, C.A*.), asentó:

En efecto, cuando se alega la violación de una máxima de experiencia -conocimiento privado del Juez- que le debe resultar idónea al sentenciador para lograr la integración del concepto jurídico indeterminado previsto en el supuesto normativo, **debe invocarse la violación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil**, que faculta al Juez para fundar su decisión en máximas de experiencia, igualmente debe indicarse **cuál es la máxima de experiencia infringida y la norma a la cual se adminicula la misma**, **e indicarse la respectiva**falta o falsa aplicación de la ley o la errónea interpretación.

En la denuncia bajo examen no se acusó la violación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, tampoco se identificó la máxima de experiencia infringida ni se denunció la infracción de alguna norma para cuya aplicación debía servir de base la máxima de experiencia. (Negrillas de la Sala).

La anterior técnica casacional, fue ratificada por esta Sala en sentencia números 413 de fecha 9 de abril del año 2014 (caso: *Landis Antonio Osuna Paredes*contra *Servicios San Antonio Internacional, C.A*.) y 1.237 de fecha 16 de diciembre de 2015 (caso: *Jesús Eduardo Lozano Martínez*contra *Sociedad Civil Unión de Conductores Baruta-Chacaíto-El Hatillo (Línea SurEste).*

Acerca de **cuándo debe considerarse infringida una máxima de experiencia**, esta Sala en sentencia N° 208 de fecha 27 de febrero de 2008, (caso: *Mario José Genie Loreto*contra *Operaciones al Sur del Orinoco, C.A.*), ratificada en el fallo N° 804 de fecha 5 de agosto de 2016 (caso: *José Arturo Acurero Salcedo*contra *Servicios Petroleros San Antonio de Venezuela, C.A*), estableció:

A título pedagógico debe dejarse expresamente sentado que uno de los vicios a que hace referencia el Ordinal (*sic*) 2 del Artículo (*sic*) 168 de la Ley

Orgánica Procesal del Trabajo, está referido a la infracción cometida por la alzada ‘cuando se haya violado una máxima de experiencia’, de tal suerte que la ‘omisión’ o ‘falta de aplicación de las máximas de experiencia’ en puridad no demarcan un vicio a ser analizado en sede casacional.

A este respecto, es conveniente indicar que, esta Sala de Casación Social, acogiendo el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil en decisión N° 00669 del 09 de agosto de 2006 deja establecido **que éstas sólo se infringen por acción, cuando el Juez las aplica, no por omisión, es decir, cuando deja de hacerlo**.

Ello, en atención también a la afirmación contenida en decisión de la Sala de Casación Civil N° 397 del 30 de noviembre de 2000 que dejó sentado:

Por otra parte, el juez no viola las máximas de experiencia sino cuando decide aplicarlas, ya que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dice puede y, por tanto, es facultativo de él aplicarlas o no, y como no las aplicó no pudo haberlas infringido. (Negrillas de la Sala y subrayado original de la cita).

Con base en los precedentes criterios jurisprudenciales, se afirma que **las máximas de experiencia**son juicios hipotéticos de contenido general, **sacados de la experiencia, sean leyes tomadas de las distintas ramas de la ciencia**, o de simples observaciones de la vida cotidiana, **son reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción**. Estas máximas de experiencia **no precisan ser probadas, por ser un conocimiento común de lo que generalmente acontece, y por tanto, el juez tiene la facultad de integrarlas**al ser parte de su experiencia de la vida, **a las normas jurídicas adecuadas para resolver la controversia**.

En tal sentido, se observa que la parte invoca es la omisión de una apreciación que según la parte recurrente constituye una máxima de experiencia, lo cual no puede ser acreditado a los fines de establecer un hecho, como lo es que el pago del bono de alimentación se haya producido en especie o comida por tratarse la parte demandada de un restaurante, máxime cuando quedó demostrado de los recibos de pagos que dicho concepto se canceló en bolívares, por lo que la juzgadora *ad quem* evidenció un pago parcial, ordenando descontar el pago efectivo conforme a los citados recibos, razón por la cual no se encuentra se desestima la delación en cuestión.

Por las razones anteriores se declara improcedente la denuncia.

**-V-**

De conformidad con lo previsto en el artículo 168, numeral 3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia el recurrente el vicio de incongruencia de conformidad con lo previsto en los artículos 12 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil.

Señala el recurrente lo siguiente:

En relación al punto referido en la Recurrida (sic) denominado “Composición Salarial” a los folios Doscientos Ochenta y cuatro (284), Doscientos Ochenta y Cinco (285), Doscientos Ochenta y Seis (286) y Doscientos Ochenta y Siete (287) hoy (sic) una manifiesta ilogicidad en la motivación efectivamente, la motivación de la recurrida es contradictoria, referida al pago de 3% que la demandada pagaba por las ventas que hacían los demandantes Luis Solórzano y Antonio Sousa, por un lado la Recurrida (sic) declaró sin lugar el pago del 3% de las ventas a los trabajadores Luis Doria, Iván Blanco y Juan Pacheco, al señalar que se requiere de tres requisitos indispensables para la aplicación de este principio y señala en parte la recurrida a los folios Doscientos ochenta y cinco (285) y Doscientos Ochenta y Seis (286) y señala la Recurrida (sic) lo siguiente:

1)                      A trabajo igual desempeñando en puesto, jornada y condiciones de eficiencias también iguales debe corresponder salario igual.

2)                      No puede establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género (…)

3)                      Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración se presumirá injustificado hasta tanto el empleado demuestre factores de diferenciación….

Así mismo la recurrida señala: De lo anterior se advierte que no se encuentra (sic) demostrado los elementos de eficacia exigidos por los accionantes, por cuanto se trata de materia probatoria, por lo que se declara sin lugar dicho petitorio…

Así las cosas, se contradice, ya que más adelante cuando confunde la propina con el porcentaje del 3% de la venta que reciben los demandantes Solórzano y Sosa y más adelante señala, sin logicidad en la aplicación del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, referido solo a la propina y condena lo siguiente: …Aunado a los antes expuesto se declara procedente el presente punto de apelación, en el sentido que condena el pago del 3% del consumo de servicio, debido a que todos los trabajadores desempeñan el cargo de mesonero y se demostró que la accionada pactó dicho concepto con los trabajadores Solórzano y Sosa, para el resto de los accionantes se hace extensivo el beneficio, los cuales no se le canceló este concepto en todo (sic) la relación de trabajo, Luis Doria, Iván Blanco y Juan Pachecho (sic)… Así las cosas la Recurrida (sic) en este concepto bajo la forma de igual trabajo igual salario, se contradice y la recurrida vuelve a condenar confundiendo el termino (sic) propina con la comisión del 3% que recibía (sic) los dos demandantes Sosa y Solórzano. Así las cosas siguen los motivos contradictorios hace extensivo el pago de 3% de las ventas a los demandantes Doria, Blanco y Pacheco, cuando estos demandantes nunca recibieron comisión individualmente del 3% de las ventas de los comensales que atendieron como consta en las pruebas aportadas por la demandada de estos trabajadores; más adelante la Recurrida (sic) señala al folio Doscientos Ochenta y Siete (287) lo siguiente: …En cuanto al resto de los trabajadores se debe incluir e incorporar al salario fijo el 3% sobre el consumo de las ventas… Esta expresión el “Consumo de las ventas”, no existe ya que a estos demandantes individualmente nunca se les pagó esta comisión del 3% lo cual se hace impreciso, contradictoria e inejecutable, ya que no se puede precisar las ventas por comisión individuales de los demandantes que le pretenden aplicar este porcentaje del 3% de las ventas, la Recurrida (sic) en atención a las comensales atendidos por ellos y que no tienen derecho, ya que no se le puede aplicar los principios, señalados por la propia Recurrida (sic) que declaró improcedente y alegado por la demandada lo improcedente de igual trabajo igual salario, el cual pretende aplicar en forma contradictoria la Recurrida (sic) como se señaló anteriormente por motivos contradictorios al hacer extensivo este pago de comisiones del 3% de comisión sobre las ventas que cada uno hizo individualmente en la referida oportunidad, a estos trabajadores que nunca se les pagó dicha comisión.

La Sala procede al examen de la delación, conforme a los términos siguientes:

Respecto a lo delatado, esta Sala estableció en sentencia N° 0440, de fecha 16 de mayo del año 2012 (caso: *Rigoverto Jesús Manzanares contra Consorcio Ghella y Tercero Interesado: Ghella Sogene, C.A.*), lo siguiente:

Ha dicho esta Sala que la congruencia no es sino la acertada relación entre la demanda y la sentencia, y para que el fallo sea fiel a esta relación, es necesario que se mantengan ciertas condiciones objetivas: 1º) Que la litis no cambie, pues toda transformación posterior trae mutaciones y conflictos; 2º) Que haya valores constantes en la litis para que no se alteren las líneas fundamentales de la controversia y 3º) Se mantenga firme la triple identidad que determina la cosa juzgada, (…) la sentencia es congruente cuando se ajusta a las pretensiones de las partes, tanto del actor como del demandado.

Sobre el particular, esta Sala según sentencia Nº 1156 de fecha 3 de julio de 2006 (caso: *Yury Ivette Cáceres Maldonado,*contra *Banco Plaza C.A.*),estableció:

(…) la incongruencia adopta de manera esencial dos modalidades y tres aspectos.

En efecto, la modalidad conocida como incongruencia positiva, que se suscita cuando el juez extiende su decisión más allá de los límites del problema judicial al cual fue sometido; teniendo como aspectos de la misma, a los supuestos de “ultrapetita”, cuando se otorga más de lo pedido, y a los de “extrapetita”, cuando se otorga algo distinto de lo pedido.

Con respecto a la restante modalidad, la cual se identifica como incongruencia negativa, debe señalarse que la misma se verifica cuando el juez omite el debido pronunciamiento sobre algunos de los términos del problema judicial, teniendo como aspecto fundamental a los supuestos de “citrapetita”, esto es, cuando se deja de resolver algo pedido u excepcionado. (Sentencia Nº 166 de fecha 26-07-2001).

Así pues, de igual manera ha reiterado esta Sala que, de conformidad con lo establecido en el ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el Juez debe pronunciar una decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas; de lo contrario incurre en el vicio de incongruencia, por no decidir sobre todo lo alegado (incongruencia negativa) o no decidir sólo sobre lo alegado (incongruencia positiva), al apartarse de la cuestión de hecho debatida, resolviendo sobre un tema diferente (extrapetita) o concediendo al actor más de lo solicitado (ultrapetita).

Del análisis de la denuncia, se observa que lo realmente pretendido por el recurrente es denunciar el vicio de contradicción de los motivos al considerar que existe ilogicidad en la sentencia, por cuanto por una parte declarar improcedente la retención salarial del 3% del consumo de los clientes atendidos por los trabajadores Luis Doria, Iván Blanco y Juan Pacheco, y por otro lado condena la incidencia salarial el cálculo de los conceptos haciendo extensivo el convenio salarial del porcentaje de consumo atribuido a los accionantes Luis Solórzano y Antonio Sousa.

En tal sentido conviene traer a colación lo establecido por la jueza *ad quem* al respecto:

En el caso de marras, en primer lugar, el patrono cumple con el pago de dicho porcentaje, y así se desprende específicamente de los recibos de pagos de los accionantes Juan Solorzano y Antonio Sosa, traídos al proceso, en la cual se evidencia que el servicio fue pactado en un 3% sobre el consumo de ventas, denominado Porcentaje mesonero, consumo por servicio, etc. En consecuencia esta juzgadora considera que la porción a distribuir por porcentaje de consumo, obviamente fue convenida entre el patrono y el trabajador en un 3%. En consecuencia, se declara improcedente lo solicitada por la parte actora en la proporción solicitada.

En relación a la aplicación del principio de salario igual trabajo igual a los fines de solicitar la aplicación del 3% sobre el consumo de servicio no pagado a los accionantes Luis Doria Pérez, Iván Blanco y Juan pacheco, quien decide observa que se requiere el cumplimiento de tres requisitos indispensables para la aplicación de este principio, a saber.

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere las leyes que rigen la materia.
2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.
3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”

Dicho lo anterior, se advierte que no se encuentran demostrados los elementos de eficacia, exigidos por los accionantes, por cuanto igualmente se trata de materia probatoria, por lo que se declara sin lugar dicho petitorio en razón del principio aludido. Sin embargo de las normas transcritas, se sustrae que los locales que expenden alimentos pueden convenir o pactar tanto el consumo sobre servicio (llamada propina obligatoria) como la propina voluntaria, en razón de haber quedado demostrado a través de los recibos de pagos de los accionantes Solorzano y Sosa que la demandada acordó el pago sobre el consumo de servicio al 3% se extiende dicho beneficio al resto de los accionantes, producto de la naturaleza del servicio que prestan.

Verificado lo anterior, debe puntualizar esta Alzada, que el artículo 108, de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadores, establece la interpretación doctrinaria en relación a la propina, es que existen dos tipos de propinas: 1) El llamado porcentaje de servicio, es decir, un tanto por ciento fijo que se carga al cliente en proporción al valor de los bienes o servicios consumidos, porcentaje que la tradición ha fijado por lo general en 10% sobre el monto de la factura; y 2) la propina graciosa, la que el cliente deja en el platillo, como recompensa adicional a quien le atendió. Aunado a lo antes expuesto se declara procedente el presente punto de apelación, en el entendido que se condena el pago del concepto del 3% de consumo del servicio, debido a que todos los trabajadores desempeñaban el cargo de mesoneros, y se demostró que la accionada pacto dicho concepto con los trabajadores Solorzano y Sosa, para el resto de los accionantes se hace extensivo el beneficio, a los cuales no se les cancelo este concepto en toda la relación de trabajo Luis Doria Pérez, Iván Blanco y Juan Pacheco.

Como puede observarse de la transcripción anterior, la jueza *ad quem* en relación al pago del 3% sobre el consumo de los clientes atendidos por los accionantes, quienes desempañaban todos el cargo de mesoneros, estableció dos pretensiones claramente definidas, como lo son el pago de la retención salarial y la incidencia salarial como derecho que tienen los trabajadores de recibir propina.

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

**Artículo 108.** En los locales en que se acostumbre cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario, en la proporción que corresponda a cada trabajador o trabajadora de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso.

Si el trabajador o trabajadora, recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considerará formando parte del salario un valor que para él o ella representa el derecho a percibirlas, el cual se estimará por convención colectiva o por acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre el patrono o patrona y el trabajador o trabajadora la estimación se hará por decisión judicial.

El valor que para el trabajador o trabajadora representa el derecho a percibir la propina, se determinará considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador o la trabajadora, la categoría del local y demás elementos derivados la costumbre o el uso.

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

En tal sentido, de conformidad con la norma anteriormente transcrita, podemos señalar que una cosa es la participación del laborante en el porcentaje que por consumo se les pueda cobrar a los clientes y otra muy distinta es la propina que puede o no ser otorgada por éstos, pero ambas tienen naturaleza salarial; sin embargo, del precepto legal se desprende que si el trabajador recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considerará parte del salario el valor que para él representa el derecho a percibirlas, el cual se estimará por convención colectiva o por acuerdo entre las partes y que en caso de desacuerdo entre el patrono y el trabajador la estimación se hará por decisión judicial, es decir, que el derecho a percibir propina al igual que el recargo sobre el consumo se comporta como salario-remuneración.

Ahora bien, el hecho de que la juzgadora *ad quem* no haya condenado la retención salarial por considerar que no resulta procedente la aplicación del principio “igual trabajo igual salario”, al no estar demostrado el elemento de eficacia, para comparar la laborar de unos con respecto a los otros, no significa que dicho dictamen tenga injerencia en la suerte del proceso respecto al derecho a percibir propinas, pues como bien se señaló la misma puede estar determinada por acuerdo entre las partes, lo que en la relación laboral estuvo causada por el porcentaje (3%) del consumo de clientes atendido, lo que perfectamente puede ser aplicado con efecto extensivo para los trabajadores Luis Doria Pérez, Iván Blanco y Juan Pacheco, a los fines de cuantificar el referido concepto, como incidencia salarial, siendo así es de advertir que el experto a los fines de determinar el monto correspondiente, deberá ponderar entre los accionantes Juan Solórzano y Antonio Sosa, el monto percibido para cada período mensual, de manera de poder obtener el factor que permita el cálculo a los efectos de una efectiva ejecución. Y así se establece.

Por las razones anteriores se declara improcedente la denuncia.

**-VI-**

De conformidad con lo previsto en el artículo 168, numeral 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denuncia la parte demandada recurrente como infringidos los artículos 117 y 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por falta de aplicación.

Señala el recurrente lo siguiente:

“…por falta de aplicación cuando condenó a los demandantes Juan pacheco, Iván Blanco y Luis Doria, al pago del Bono Nocturno, basado en los horarios negado por la demandada, a los folios Doscientos Noventa y Tres (293) y Doscientos Noventa y Cuatro (294), que la jornada indicada por la Recurrida por los demandantes Juan Pacheco, Iván Blanco y Luis Doria, la Recurrida (sic) infringió los artículos 117 cuando ordenó el pago del bono Nocturno de todas las jornada (sic) de estos trabajadores demandantes desde el inicio de las relaciones laborales hasta la terminación de la relaciones laborales de cada uno, ya que no es un hecho controvertido, que estos tres trabajadores demandantes desde el inicio de las relaciones laborales hasta la terminación de la (sic) relaciones laborales de cada uno, ya que no es un hecho controvertido, que estos tres trabajadores laboraron una jornada mixta, con un período nocturno que no excedió de 4 horas nocturnas, por lo tanto el recargo del Bono Nocturno solo sería procedente sobre las horas nocturnas efectivamente laboradas y no sobre toda la jornada como fue condenada por la Recurrida (sic), infringiendo los dispuesto en el artículo 173 de las citadas disposiciones sustantiva laboral, los cuales establecen que cuando la jornada es como consta en la Recurrida, no mayor de 4 horas, la jornada será mixta y no nocturna como condena la Recurrida (sic), se considerara como jornada nocturna, igualmente infringe el artículo 118, cuando el pago del Bono Nocturno la Recurrida (sic) condena en base al salario variable y no en base al salario normal, devengando durante la jornada respectiva, es decir, en base a la jornada diurna desde el inicio de la relaciones laborales de cada unos (sic) de los demandante (sic) Juan Pacheco, Iván Blanco y Luis Doria, sin base legal y sin aplicar las normas vigentes para determinar del (sic) Bono Nocturno que tiene que exceder de 4 horas, para que se aplique el 30%, lo cual trae en perjuicio a la demandada de pagar el 30% por cuanta de una jornada que no es nocturna, al condenar un monto superior y no adeudado, ni reclamado en las pretensiones de los trabajadores, como lo alegamos en la Audiencia Oral y en la Apelación, por lo que debe declararse con lugar la denuncia efectuada y anulado el fallo de la recurrida.

La Sala para decidir, observa:

En reiteradas oportunidades, este órgano jurisdiccional ha sostenido que la falta de aplicación de una norma se configura cuando el sentenciador omite emplear una disposición legal que se encuentra en vigor o utiliza una no vigente a una determinada relación jurídica que está bajo su alcance. (*Vid*. Sentencia de esta Sala de Casación Social Nro. 106 de fecha 10 de febrero de 2009, caso: *George Cuáres y otros* contra *Silicon Carbide de Venezuela* *C*.*A*. -*SICVEN*- *y otra*).

Adicionalmente, esta Sala ha expresado que al denunciarse una norma como infringida por falta de aplicación, debe indicarse la parte relevante de la decisión donde se evidencia tal vicio, la mención de la norma que el juez no utilizó, la debida explicación del por qué es aplicable y cuál hubiese sido la decisión adoptada por éste de haber empleado la disposición legal, además de las explicaciones que se consideren necesarias efectuar.

Precisado lo anterior, esta Sala estima pertinente destacar que la parte demandada recurrente delata la falta de aplicación de los artículos 117 y 173 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, los cuales son del tenor siguiente:

**Artículo 117. Pago del bono nocturno.** La jornada nocturna será pagada con un treinta por ciento de recargo, por lo menos, sobre el salario convenido para la jornada diurna. Para el cálculo de lo que corresponda al trabajador o trabajadora por causa del trabajo nocturno, se tomará como base el salario normal devengado durante la jornada respectiva.

**Artículo 173. Límites de la jornada de trabajo.** La jornada de trabajo no excederá de cinco días a la semana y el trabajador o trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor. La jornada de trabajo se realizará dentro de los siguientes límites: 1.- La jornada diurna, comprendida entre las 5:00 a.m. y las 7:00 p.m., no podrá exceder de ocho horas diarias ni de cuarenta horas semanales. 2. La jornada nocturna, comprendida entre las 7:00 p.m. y las 5:00 a.m. no podrá exceder de siete horas diarias ni de treinta y cinco horas semanales. Toda prolongación de la jornada nocturna en horario diurno se considerará como hora nocturna. 3. Cuando la jornada comprenda períodos de trabajos diurnos y nocturnos se considera jornada mixta y no podrá exceder de las siete horas y media diarias ni de treinta y siete horas y media semanales. Cuando la jornada mixta tenga un período nocturno mayor de cuatro horas se considerará jornada nocturna en su totalidad.

Así pues, la jornada de trabajo no podrá exceder de cinco días a la semana y el trabajador tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados. Asimismo, la jornada diurna tiene un límite de ocho horas diarias y cuarenta semanales; la jornada nocturna no podrá exceder de siete horas diarias ni de treinta y cinco a la semana y la jornada mixta no podrá exceder de siete y media por día, ni de treinta y siete horas y media semanales. De igual modo prevé la norma bajo análisis que **se considera como** jornada diurna la cumplida entre las 5:00 a.m. y las 7:00 p.m.; como **jornada nocturna la cumplida entre las 7:00 p.m. y las 5:00 a.m.**; y**como jornada mixta** la que comprende períodos de trabajo diurnos y nocturnos; pero, cuando**la jornada mixta tenga un período nocturno mayor de cuatro (4) horas, se debe reputar como jornada nocturna**.

En tal sentido, la juzgadora *ad quem* sobre el referido concepto señaló lo siguiente:

En cuanto al bono nocturno: la representación judicial de la parte demandada alego que el bono nocturno lo condeno el juez a quo a todos los accionantes cuando solo dos trabajadores reclamaron dicho concepto, los cuales fueron Sosa y Solórzano, en el caso de Solórzano se debe excluir de la condenatoria, por cuanto existe una sentencia dictada por este mismo Tribunal en fecha 25-09-2013, en donde se ordeno pagar este concepto desde el 13/10/2008 a marzo de 2010, lo cual constituye cosa Juzgada, por lo que solicitó su revisión. Pasa este despacho a transcribir lo condenado por el Juez a quo:

“…DEL BONO NOCTURNO:

La parte actora señal en su escrito libelar que los actores cumplían la siguiente jornada:

JUAN SOLORZANO ARREDONDO laboraba en una jornada en principio del 13 de octubre de 2008 al 28 de febrero de 2010 de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., del 20 de febrero 2010 al 7 de mayo de 2012 de 7:00 a.m. a 3:00 p.m., del 7 de mayo de 2012 al 21 de agosto de 2014 de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. con días de descanso del 13 de agosto de 2008 al 7 de mayo de 2013: martes y en el período de mayo de 2013 al 21 de agosto de 2014: viernes y sábado. Respecto a la jornada del trabajador ANTONIO SOSA, laboraba en principio desde el 22 de septiembre de 2009 al 22 de septiembre de 2010: de 11:00 p.m. a 3:00 p.m. y de 6:00 p.m. a 10:00 a.m., del 22 de septiembre de 2010 al 22 de septiembre de 2011: de 11:00 a.m. a 7:00 p.m. y para los años 2012-2013-2014 de 7:00 a.m. a 3:00 p.m., señalan que los días de descanso son del 22 de septiembre de 2009 al 6 de mayo de 2012, es el miércoles y desde el 7 de mayo de 2012 hasta el egreso sus días de descanso eran viernes y sábado. Alegan respecto al trabajador JUAN PACHECO que su jornada para el período del 3 de diciembre de 2012 al 3 de diciembre de 2013 de 11:00 a.m. a 8 p.m. y desde el 3 de diciembre de 2013 al 11 de noviembre de 2014 de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.; 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y de 11:00 a.m. a 8:00 p.m., respecto a los dias de descanso señala que desde el 3 de diciembre de 2012 al 6 de mayo de 2013, era el miércoles y desde el 6 de mayo de 2013 al 11 de noviembre de 2014, dos días libres a la semana. Respecto al trabajador YVÁN BLANCO su jornada era desde el 14 de febrero de 2013 al 7 de mayo de 2013 de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. de 11:00 a.m. a 7:00 p.m. de 12:00 a.m. a 3:00 p.m. de 7:00 a.m. a 10:00 p.m. del 7 de mayo de 2013 al 11 de noviembre de 2014 de 7:00 a.m. a 4:00 p.m., indican que los dias de descanso son para el período comprendido desde el 14 de febrero de 2013 al 7 de mayo de 2013: libre los miércoles, y desde el 7 de mayo de 2013 al 11 de noviembre de 2014: viernes y sábado. Por último señalan respecto al trabajador LUIS DORIA que su horario de trabajo es de 11:00 a.m. a 7:00 p.m.; 11:00 a.m. a 3:00 p.m.; 7:00 a.m. a 10:00 p.m.; de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

No obstante ello, la parte demandada negó dicha jornada, sin embargo no señaló ninguna otra.

En tal sentido, y como quiera que la parte demandada no cumplió con su carga alegatoria, se establece que la jornada es la señalada por la parte actora. Así se establece…”

Dicho lo anterior, este Tribunal comparte el criterio sostenido por el Tribunal de primera instancia, en consecuencia se ordena la designación de un experto contable a los fines que realice los cálculos en base al salario variable de los días señalados por el Tribunal de juicio y transcritos supra, salvo en lo que respecta al ciudadano JUAN SOLÓRZANO, debido a que el mismo fue condenado por sentencia de fecha 25 de septiembre de 2013, como se señaló en el punto previo, fue uno de los conceptos condenados a su favor, en consecuencia opera la cosa Juzgada. Así se establece.-

Como puede observarse de la transcripción anterior, la jueza *ad quem* confirmó la decisión de la juzgadora *a quo*, en el entendido que las partes señalaron su jornada de trabajo, entre las cuales comprendía para los trabajadores Juan Solórzano Arredondo, Antonio Sosa, Luis Doria Pérez, Iván Blanco y Juan Pacheco, en determinados períodos una jornada nocturna, siendo que la parte demandada no logró demostrar un horario distinto al negar en forma absoluta lo señalado por los accionantes, es por lo que se tiene por demostrada la referida jornada indicada en el libelo de la demanda, donde puede observarse que en determinados períodos donde se laboró jornada diurna y nocturna, se excedió de las siete horas y media diarias, por lo que debe computarse como jornada nocturna por lo que resulta aplicable el treinta por ciento de recargo, por lo menos, sobre el **salario convenido** para la jornada diurna, tal y como lo estimó la juzgadora *ad quem.*

En cuanto a que se condena con condena en base al salario variable y no en base al salario normal, la norma es clara en señalar que el mismo corresponderá conforme al salario convenido, siendo que las partes habían convenido un salario mixto conformado por una parte fija y otra variable compuesta por el 3% sobre el consumo de las ventas de clientes atendidos, es por lo que la decisión se encuentra ajustada a derecho, no configurándose la infracción de ley delatada.

Por las razones anteriores se declara improcedente la denuncia.

**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:** **DESISTIDO** el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte actora, ciudadanos **JUAN SOLÓRZANO ARREDONDO, ANTONIO SOSA TORRES, JUAN PACHECO, YVÁN BLANCO DÍAZ**y **LUIS DORIA PÉREZ**, contra la sentencia dictada en fecha tres (3) de octubre de 2017, por el Juzgado Octavo Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; **SEGUNDO:** **SIN LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte demandada **CORPORACIÓN R.I.R. C.A. (EL BUDARE)**, y los ciudadanos **RUBÉN EMILIO LOVERA**e **ISAAC PRADO PRADO**,contra la referida decisión. **TERCERO: SE CONFIRMA** la sentencia recurrida.

No hay condenatoria en costa de la parte actora de conformidad con lo previsto en el artículo 64 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se condena en costas del recurso a la parte demandada de conformidad con lo previsto en los artículos 61 y 175 *eiusdem*.

El Magistrado Edgar Gavidia Rodríguez no firma la presente decisión por cuanto no estuvo presente en la audiencia pública y contradictoria.

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

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los nueve (09) días del  mes de  julio de dos mil diecinueve. Años: 209° de la Independencia y 160° de la Federación.

La Presidenta de la Sala y Ponente,

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

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente,                                                                                            Magistrado,

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

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO                  EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Ma-

gistrada,                                                                                                             Magistrado,

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

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA               DANILO A. MOJICA MONSALVO

La Secretaria,

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

MARÍA VASQUEZ QUINTERO

R.C. N° AA60-S-2017-000874.

**Nota**: Publicada en su fecha a las

La Secretaria,