

J-41282013-3

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

**Datos de la Sentencia**

|  |  |
| --- | --- |
| **Fecha:** | 13/12/2019 |
| **Sala:** | Social |
| **Magistrado Ponente:** | Marjorie Calderón |
| **Partes:** | Julio Linarez contra Inversiones Velicomen, C.A. |
| **Número de Sentencia:** | 0463 |

**Contenido Relevante**

|  |  |
| --- | --- |
| **Materia** | **Criterio Establecido** |
| Utilidades períodos de inactividad | Caso en el cual la Sala precisa que al no haber actividad económica, la entidad de trabajo generó pérdidas en el ejercicio anual, por lo que mal podría distribuirse un beneficio de inexistente de utilidades entre los trabajadores. |
| Salario de base para el cálculo de los salarios caídos | El cómputo de los salarios caídos se efectúa conforme al salario normal devengado por el trabjador antes del despido. |
| Caja de ahorro (exigencia de aporte patronal con ocasión de un despido masivo) | Caso en el cual la Sala declara procedente la exigencia del aporte patronal a la caja de ahorro, por todo el tiempo que perduró el procedimiento por despido masivo (con independencia que el trabajador, por razones obvias, no efectuó su aporte en dicho período). |
|  |  |

|  |
| --- |
|  |

Ponencia de la Magistrada Doctora MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

En el juicio por cobro de diferencia de prestaciones sociales que sigue el ciudadano **JULIO CÉSAR LINAREZ**, representado judicialmente por el abogado Nieves Bautista Díaz Durán, inscrito en el Inpreabogado bajo el número 25.012; contra la sociedad mercantil **INVERSIONES VELICOMEN, C.A**., representada judicialmente por los abogados Rosemary Thomas, Alfonso Graterol, Esteban Palacios, Carlos Páez-Pumar, María López, María Páez-Pumar, Cristhian Zambrano, Dailyng Ayestarán, Diego Lepervanche y Héctor Aranguren, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 21.177, 26.429, 53.899, 72.029, 79.492, 85.558, 90.812, 129.814, 118.753 y 41.791, correlativamente; el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante decisión de fecha 10 de julio de 2019, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y parcialmente con lugar la demanda, modificando el fallo proferido en fecha 15 de mayo de 2018, por el Juzgado Décimo Quinto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la referida Circunscripción Judicial, que declaró sin lugar la demanda interpuesta.

Contra la decisión de alzada, ambas partes anunciaron y formalizaron recurso de casación, una vez admitidos se acordó el envío del expediente a la Sala de Casación Social de este alto Tribunal. No hubo impugnación de la demandada.

Recibido el expediente en Sala, en fecha 4 de octubre de 2019 se dio cuenta del asunto y se designó ponente a la Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, quien con tal carácter suscribe la decisión.

Concluida la sustanciación del recurso, se fijó la audiencia oral, pública y contradictoria en fecha 19 de noviembre de 2019, a las 10:00 a.m.,

Celebrada la audiencia en la oportunidad prevista y pronunciada la decisión de manera oral e inmediata, pasa esta Sala a reproducir la misma en atención a lo previsto en el artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, previa advertencia que por nrazones de carácter metodológico, se alterará el orden de estudio en el que fueron planteados los recursos y pasa a resolver el recurso de casación de la parte demandada, en los siguientes términos:

**DEL RECURSO DE CASACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

**DEFECTO DE FORMA O ACTIVIDAD**

**-ÚNICO-**

De conformidad con el artículo 168 numeral 3, de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se delata el vicio de inmotivación por silencio parcial de pruebas.

Sostiene que el *ad quem* conforme a la sana crítica valoró la sentencia N° 984 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 6 de octubre de 2016 que resuelve el recurso de nulidad contra la resolución ministerial de fecha 3 de febrero de 2013, que ordenó la suspensión del despido masivo denunciado contra la demandada por un grupo de trabajadores.

Ahora bien, a pesar de que la sentencia impugnada valoró dicho documento público, omitió establecer hechos trascendentales que se evidencian del mismo, en concreto que se precisó en la referida sentencia que:  i) *“en actas levantadas los días 17, 18 y 20 de junio de 2013, por la Inspectoría del Trabajo… se dejó constancia de la reincorporación de los trabajadores solicitantes del despido masivo ordenándose el pago de los salarios caídos a partir del 6 de junio de 2012”*; ii) *“que la Resolución que ordenó el reenganche se cimienta en el acta levantada el 6 de junio de 2012 por funcionarios adscritos a la Inspectoría del Trabajo… en la que se dejó constancia de la imposibilidad de acceso de un grupo de trabajadores a las instalaciones de la empresa”*; iii) la Sala Político Administrativa determinó que el despido masivo ocurrió el 6 de junio de 2012 lo cual confirma que es a partir de dicha fecha que el actor tendría derecho al pago de los salarios caídos y otros conceptos laborales”, incurriendo así en el vicio de silencio parcial de pruebas.

Argumenta el formalizante que, de no haber omitido la recurrida tales hechos habría establecido que la relación de trabajo de las partes estuvo suspendida de facto desde el 23 de noviembre de 2011 hasta el 6 de junio de 2012 y que era a partir de esta última fecha que debía calcularse el pago del beneficio de alimentación y del aporte patronal a la caja de ahorros.

Para decidir, la Sala observa:

De los argumentos planteados por el formalizante, aprecia esta Sala que se delata el vicio de silencio parcial de pruebas, por la omisión en la sentencia impugnada de un hecho fundamental que se desprende de la sentencia de la Sala Político Administrativa N° 984 de fecha 6 de octubre de 2016, respecto de la fecha cierta en la que debía considerarse el pago de los salarios caídos y demás conceptos demandados, de conformidad con lo establecido por la Resolución Ministerial que decretó la existencia del despido masivo, la cual fue recurrida en nulidad.

Respecto al vicio de inmotivación por silencio de prueba, ha establecido este máximo Tribunal que el mismo se produce cuando existe una omisión total y absoluta sobre el pronunciamiento de algún elemento probatorio aportado al proceso por alguna de las partes, o cuando, aún señalando su existencia, se abstiene de analizarla y señalar el valor probatorio que le asigna; lo que conlleva el quebrantamiento del artículo 509 de Código de Procedimiento Civil, que impone a los jueces la obligación de valorar todo elemento probatorio traído al proceso, aún aquél que resulte impertinente, ineficaz o extemporáneo.

En tal sentido, del examen del fallo impugnado se evidencia que el sentenciador de la recurrida, señaló respecto de la referida sentencia de la Sala Político Administrativa, lo siguiente:

(…) corre inserto al folio 02 al folio 17 del cuaderno de recaudos dos (02); copia de la sentencia de fecha 05/10/2016 emitida por Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, magistrado ponente INOCENCIO FIGUEROA ARIZALETA Exp. N° 2013-0354; la cual estableció: “1.- PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido conjuntamente con amparo cautelar y, subsidiariamente, con medida cautelar de suspensión de efectos y medida cautelar innominada, por los abogados Alfonso Graterol Jatar, Héctor Aranguren Carrero y Dailyng Ayestarán, actuando con el carácter de apoderados judiciales de la sociedad mercantil INVERSIONES VELICOMEN C.A., operadora del HOTEL PASEO LAS MERCEDES, contra la Resolución Nro. 8.172 dictada el 13 de febrero de 2013, por la MINISTRA DEL PODER POPULAR PARA EL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, mediante la cual se ordenó la suspensión del despido masivo y “el restablecimiento inmediato a sus puestos de trabajo”, a favor de noventa y dos (92) trabajadores y trabajadoras denunciantes. En consecuencia, se declara:

a) La NULIDAD PARCIAL del acto administrativo impugnado, en lo que concierne a la orden de reincorporación a su sitio de trabajo, pago de los salarios y demás beneficios que les correspondan y hayan dejado de percibir; de los ciudadanos Leila Ávila, Rosario Barroeta Díaz, Víctor A. Bejarano Velásquez, Anderson A. Delgado Rodríguez, Miozotis María Licoa Figueroa, José Mancilla, José Miguel Montilla, Henry Jesús Núñez Ramírez, Nelson Enrique Quintero Cadenas, Alexis Quintero, Laura J. Santoyo Fernández, Elizabeth Sarmiento Durán, Deyanira Silva de Herrera, Juan Manuel Uzcátegui Martínez, Claudia Yulixays Valdespino Arnal, Adriana Liset Villegas Aldana, Régulo Andrés Zorrilla y Carlos Daniel Yendez.

b) La NULIDAD PARCIAL del acto administrativo impugnado, en lo que concierne a la declaratoria de despido masivo y la orden de reincorporación a su sitio de trabajo, pago de los salarios y demás beneficios que les correspondan y hayan dejado de percibir; de los ciudadanos Elaiza Marlene Arias Mejías, Humberto José Salazar García, Luis Aníbal Hernández Mata, Manuel Isnaldo Guzmán Osorio, Omar Evencio Parada Arellano y Alexander Rafael Rodríguez Gil.

c) FIRME el resto del acto contenido en la Resolución Nro. 8.172 de fecha 13 de febrero de 2013...”; por lo que conforme a la sana critica se le confiere valor probatorio. Así se establece.-

(*Omissis*).

(…) el recurrente igualmente solicitó en la oportunidad de la celebración de la audiencia oral celebrada por ante la Alzada que con base en el artículo 1401 del Código Civil, que establece que la confesión hecha ante un juez por la parte o su representado dentro del límite de su mandato hacen plena prueba, señalando, en tal sentido, que la demandada había reconocido que adeudaba el concepto de cesta ticket y el Aporte Patronal por Caja de Ahorro, aduciendo que esta circunstancia acaeció cuando se llevó a cabo la audiencia oral con el Juez Superior saliente de este Tribunal de Alzada, donde, a su decir, la demandada manifestó que si tenían diferencias que pagarle al trabajador; pues bien, con base a lo establecido en los artículos 5 y 122 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 9 de la precitada Ley Adjetiva Laboral, este Tribunal declara la procedencia de estos pedimentos, toda vez que se procedió a verificar esta circunstancia y efectivamente la demandada, en dicho acto reconoció que adeudaba las cantidades por estos conceptos, por lo que se ordena su pago de la siguiente manera: 1**) Respecto al pago del beneficio de alimentación a partir del día 23 de noviembre de 2011 (ver artículo 73 de la Ley Sustantiva Laboral) hasta el 23 de junio de 2013,** con base a la unidad tributaria vigente para el momento en que se verifique el cumplimiento, lo cual se hará mediante experticia complementaria del fallo por un único experto, a expensas de la demandada; y en todo caso por el Juez que le corresponda la ejecución del presente fallo. b) **Respecto al pago correspondiente por concepto de aporte patronal a la caja de ahorros y de los intereses ocasionados, en el período que va desde el 23/11/2011 hasta el 30/09/2013**, se ordena su pago, **tal como lo estableció el actor en su escrito libelar**, es decir, el pago de Bs. 22.858,64 por concepto del aporte patronal y de Bs. 4.773,63 por concepto de intereses retenidos, de conformidad con lo establecido en la cláusula 44, de la Convención Colectiva de Trabajo, toda vez que la demandada admitió el pago de los mismos y nada indicó respecto a su forma de pago. Así establece.

Del texto transcrito se constata que, el *ad quem*¸ pese a señalar que le confiere valor probatorio a la sentencia emanada de la Sala Político Administrativa, con base a la sana crítica, efectúa una simple transcripción parcial de su contenido, sin proceder a su análisis ni expresar con claridad el mérito probatorio, ni los hechos que pudieran ser demostrados a través de dicho documento.

En este sentido, de la revisión de las actas procesales, en concreto de la referida sentencia N° 984 de fecha 6 de octubre de 2016 de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, la cual resuelve la nulidad interpuesta contra la resolución ministerial Nro. 8.172 de fecha 3 de febrero de 2013, decisión en la que se declara la nulidad del acto respecto de algunos de los trabajadores a favor de los cuales se dictó, y firme respecto de los demás, -incluido en este último supuesto el actor en la presente causa-; se evidencia que, la Sala Político Administrativa determina que de las actas de ejecución del reenganche ordenado por la resolución ministerial, de fechas 17, 18 y 19 de junio de 2013, levantadas por la Inspectoría del Trabajo del Este del Área Metropolitana de Caracas, se dejó constancia de la reincorporación de los trabajadores solicitantes de la declaratoria del despido masivo, a su puesto de trabajo, quienes ejercerían efectivamente sus funciones a partir del día 25 de ese mismo mes y año, ordenándose expresamente el pago de los salarios caídos a partir del 6 de junio de 2012. Por tanto, quedó demostrado el argumento de la demandada respecto de la fecha de inicio del pago de los salarios caídos y demás conceptos laborales desde el 6 de junio de 2012 y no desde el 23 de noviembre de 2011, como erradamente estableció la sentencia impugnada.

Con base en las precedentes consideraciones, al haber constatado esta Sala el vicio de que adolece la sentencia recurrida, declara con lugar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y por consiguiente, la nulidad del fallo impugnado y de conformidad con el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se desciende a las actas procesales y se dicta decisión sobre el mérito del asunto, en los siguientes términos:

**DE LA DECISIÓN DE MÉRITO**

**Alegatos de la parte actora**:

La representación judicial de la parte actora aduce en su escrito libelar, que el demandante comenzó a prestar servicios en fecha 20 de diciembre de 2010 hasta el 9 de septiembre de 2016, fecha de su renuncia, teniendo un tiempo total de servicio de cinco (5) años y ocho (8) meses y veinte (20) días, en una jornada de trabajo de martes a sábado, con el día miércoles libre, y en un horario comprendido de 2:30 p.m. a 10:00 p.m.

Que en fecha 23 de noviembre de 2.011 la entidad mercantil “Inversiones Velicomen, C.A” suspendió sus labores abandonando las instalaciones del hotel, todo ello para no continuar discutiendo la convención colectiva, que para ese momento estaba en discusión, y de la cual se habían aprobado varias cláusulas contractuales.

Que en fecha 13 de febrero de 2.013 emanó del Ministerio del Trabajo providencia administrativa Nro. 8.172, que declaró irrito el despido masivo ejecutado por la sociedad mercantil demandada, por lo que, en términos del actor, demuestra que la interrupción de las labores por parte de la empresa para evitar la discusión de la convención colectiva fue contraria a derecho. Señala que la referida resolución ha sido incumplida, ya que el demandante acude a la empresa demandada a cumplir el horario en un salón del hotel, pero no a la reinstalación o reincorporación a su lugar de trabajo, ni tampoco le han sido cancelados los beneficios ordenados en la resolución.

Que la parte patronal está en la obligación de pagar los “salarios caídos” y el pago de los “cesta tickets”, así como los demás beneficios ordenados por la legislación vigente.

Que el salario percibido por el trabajador, atendiendo a los conceptos reclamados desde la fecha de ingreso a la terminación de la relación laboral, era un salario integral siendo la suma por día de Bs. 2.631,12, y un salario mensual de Bs. 78.933,60, y estaba compuesto de la siguiente forma: salario básico (Bs. 843,72), alícuota por concepto de días libres semanales, en razón a dos días por semana (Bs. 153,57), alícuota por día de propina semanal (Bs. 1,80), alícuota por día de porcentaje servicio d/piso semanal (Bs. 0.85), alícuota por día de comida (Bs.1,00), alícuota por bono nocturno (Bs. 256,40), alícuota por bono de transporte (Bs. 4,00), alícuota por día de BNFI, UNICA, MIXTO (Bs. 180,00), alícuota porcentaje de convención (Bs. 210,00), alícuota aumento cláusula 30 (Bs. 253,12), alícuota por día de bono vacacional (Bs. 60,94), alícuota por bonificación regreso de vacaciones (Bs. 2,95), alícuota por utilidades (Bs. 152,17).

Que en razón a lo anterior procede a demandar como en efecto lo hace:

-Diferencia por concepto de prestación de antigüedad por un tiempo de trabajo de 5 años 8 meses y 20 días, desde el 20 de septiembre de 2010 al 9 de septiembre de 2016, lo cual asciende a un monto de Bs. 473.601,60.

- Prestación de antigüedad adicional por año: la suma de Bs. 13.155, 60, correspondiente a la previsión contenida en el artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras, con base al salario integral.

-Bonificación adicional por retiros voluntarios cláusula 54 de la convención colectiva de trabajo 2013-2016: la suma de Bs. 486.757,20, que es igual a la cantidad acumulada por el concepto establecido en el artículo 148 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que se retiren voluntariamente que cumplan los requisitos convencionales como son trabajar preaviso legal y tener más de cinco años de servicio en la entidad de trabajo.

- Utilidades vencidas y no pagadas en su oportunidad: desde el 01 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012, en razón de lo establecido en la cláusula 42 de la convención colectiva, con base en 246 días, tomando en cuenta el salario normal diario de Bs. 2.478,95, adeudando la cantidad total de Bs. 95.300,40. Y desde el 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012, con base en 123 días, tomando en cuenta el salario diario de Bs. 2.478,95, adeudando la cantidad total de Bs.609.821,17.

- Diferencia en pago por utilidades: desde el 01 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2015, adeudando la suma de Bs. 603.399,87, en razón de 369 días de diferencia, tomando en cuenta un salario normal diario de Bs. 1.635,23.

Diferencia en pago por fracción de utilidades: desde el 01 de enero de 2016 al 09 de septiembre de 2016, adeudando la suma de Bs. 159.680,43, en razón de un salario normal diario de Bs. 2.478.95.

- Diferencia en el pago de vacaciones y bono vacacional: desde el 20 de diciembre de 2010 al 20 de diciembre de 2015 , adeudando la suma de Bs. 369.288,40, en razón a 238 días de vacaciones y bono vacacional, según la cláusula 41 de la Convención Colectiva, con base en Bs. 1.571,44 por día.

- Diferencia en el pago de la fracción de vacaciones y bono vacacional: desde el 20 de diciembre de 2015 al 9 de septiembre de 2016 , adeudando la suma de Bs. 15.125,03 en razón a 51 días de vacaciones y bono vacacional, con base en Bs. 1.571,44 por día.

- Del cesta ticket adeudado: aduce que en razón a la no prestación de servicio por causas no imputables al trabajador, le adeuda la cantidad de 572, desde el 23 de noviembre de 2011 al 23 de junio de 2013, debiendo ser calculado con base en Bs. 2.124,00, es decir, 12 UT, siendo el total reclamado de Bs. 1.214.928,00.

- De la diferencia del pago por “salarios caídos”: adeuda por este concepto la cantidad de Bs. 115.985,59, señala que dicha diferencia deviene del encubrimiento, sin detallar el número de días y el monto correspondiente a cada uno de ellos, siendo que pagó indebidamente la cantidad de Bs. 25.274,10, siendo que la cantidad de días transcurridos desde el 23 de noviembre de 2011 hasta el 23 de junio de 2013, fue de 571 días de salario, arguye que el salario básico a efectos de determinar el pago de los conceptos reclamados es de Bs. 7.421,67, un salario diario de Bs. 247,39, lo cual debe multiplicarse por 571, debiendo deducirse la cantidad recibida.

-Diferencia en el pago de aumentos salariales de la cláusula 30 de la convención colectiva de trabajo 2013-2016: se adeuda la cantidad de 339.479,10, desde el 1° de febrero de 2013 hasta el 9 de septiembre de 2016, donde han transcurrido 45 meses que se multiplican por la suma  de Bs. 7.593,48. La empresa no canceló los aumentos anuales de 30% previstos en la referida cláusula ni el 5% sobre el salario básico mensual que correspondía aumentar partir del 1° de febrero de 2013.

-Caja de ahorro e intereses retenidos y adeudados de cláusula 44 de la convención colectiva de trabajo 2013-2016: arguye que adeuda la cantidad de Bs. 22.858,64, por el aporte equivalente al 55% del salario ahorrado por el trabajador. Señala que la accionada paralizó en forma arbitraria desde el 23 de noviembre de 2011 al 30 de septiembre de 2013, el aporte equivalente al 55% del salario ahorrado por el trabajador, el cual corresponde al 10% de su salario normal, siendo que su salario normal es de Bs. 7.421,67, el 10% la cantidad de Bs. 742,17, y el 55% de esta cantidad que constituye el aporte patronal de Bs. 408,19. Asimismo, señala que la demandada adeuda la cantidad de Bs. 5.647,49, por los intereses retenidos en el período indicado.

- Diferencia por día libre semanal con un salario normal de Bs. 1.080,60 desde el 23 de noviembre de 2011 al 9 de septiembre de 2016, para un total de Bs. 447.368,40.

-Incidencia % día libre días 2: se adeuda la suma de Bs. 55.213.20 por concepto de 72 semanas, desde el 23 de noviembre de 2011 al 23 de junio de 2013, no pagados al momento del reenganche.

-Diferencia en el pago del bono nocturno de la cláusula 45 de la convención colectiva de trabajo 2013-2016: se le adeuda la cantidad de Bs. 145.264, 80, desde el 23 de noviembre de 2011 al 9 de septiembre de 2016, equivalente al 45% sobre el valor hora de la jornada ordinaria.

-Porcentaje de servicio puntos 1.02 y puntos convención 6.00: se le adeuda las cantidades de Bs. 62.003,52 y BS. 75.725,28, respectivamente desde el 23 de noviembre de 2011 hasta el 23 de junio de 2013.

Aduce que la sociedad mercantil demandada adeuda la cantidad total de Bs. 4.928.249,36, por los conceptos anteriormente descritos.

Finalmente el actor fundamenta su pretensión en la convención colectiva de trabajo, en particular en las cláusulas 29, 30, 41, 42, 46, 47, 54, y los artículos 91, 92, 104, 109, 142 y 192 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, asimismo solicita la condenatoria en costos y costas, incluyendo los honorarios profesionales prudencialmente calculados por el tribunal.

**Contestación de la demanda**:

La parte demandada en su contestación planteó sus defensas de la siguiente manera:

Alega como punto previo, el conflicto colectivo, de las “cuestiones prejudiciales” dado que en fecha 23 de noviembre de 2011 comenzó en las instalaciones de la demandada, un proceso ajeno al derecho laboral, cuando un grupo de trabajadores con apoyo de Sindicato Único de Trabajadores de Empresas de Restaurantes de Comida Rápida, Hoteleros, Bares, Clubes, Casinos, Entretenimientos, Mantenimiento, sus Similares y Conexos de la República Bolivariana de Venezuela, tomó las instalaciones de la accionada, teniendo como fundamento la discusión de un proyecto de convención colectiva de trabajo de fecha 05 de abril de 2011, emanada de la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, yéndose los trabajadores a una huelga con ensañada y alevosa obstrucción del acceso a las instalaciones de Velicomen, impidiendo el cumplimiento de la jornada diaria, tanto de las operaciones de la entidad laboral, como la de los otros trabajadores, toma ésta, que en sus términos fue realizada con ostensible vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad. Aduce que en fecha 25 de junio de 2012 fue interpuesta ante la Sala de Contratos, Conflictos y Conciliaciones de la Inspectoría del Trabajo del Este en el Área Metropolitana de Caracas, solicitud en contra de la entidad de trabajo por el supuesto despido de 97 trabajadores que forman parte de la nómina de la accionada, y que en fecha 13 de febrero de 2013, fue dictada Resolución Ministerial por la ciudadana María Cristina Iglesias en su condición de Ministra del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social, en la que se ordenó la suspensión del despido masivo denunciado, y respecto al cual, en sus términos, adolece de vicios de forma y de fondo que acarrearían su nulidad, y en este particular se interpuso Recurso Contencioso de Nulidad por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no obstante ello, la accionada procedió de manera voluntaria a dar cabal cumplimiento a la orden ministerial, reincorporando a su puesto a los trabajadores amparados por ese acto, entre ellos al hoy accionante.

**De los hechos que admite**:

Que el actor prestó servicios desde el 20 de diciembre de 2010, hasta el 9 de septiembre de 2016.

Que los trabajadores de la empresa presentaron por ante la Inspectoría del Trabajo, una solicitud de calificación de despido masivo, y que en fecha 13 de febrero de 2013, mediante providencia administrativa N° 8172, la Ministra del Trabajo declaró con lugar el despido masivo y ordenó la reincorporación inmediata de los trabajadores a sus puestos de trabajo, así como el pago de los salarios y demás beneficios laborales que estos hubieren dejado de percibir.

**De los hechos que niega, rechaza y contradice**:

El horario de trabajo; el salario integral; el salario normal indicado por el actor; el pago de las diferencias salariales por concepto de utilidades, vacaciones, bono vacacional, cesta ticket, aporte de caja de ahorro y demás conceptos laborales; la reclamación de indemnización prevista en la cláusula 54 de la Convención Colectiva, por razón de retiro voluntario del trabajador.

Que el día 23 de noviembre de 2011, los representantes de “Velicomen” hubieren abandonado las instalaciones del “Hotel Paseo Las Mercedes”, todo ello para no continuar discutiendo el proyecto de convención colectiva que se estaba discutiendo en esa oportunidad.

Que la resolución ministerial hubiere sido incumplida por la sociedad mercantil “Inversiones Velicomen, C.A”.

Que la demandada hubiere dejado de pagar a los trabajadores los salarios caídos, cesta tickets y demás beneficios laborales consagrados en la legislación vigente.

**Límites de la controversia**:

Vista la pretensión formulada por la parte actora en el escrito de demanda y las defensas opuestas por la parte demandada en su contestación, de conformidad con lo establecido en los artículos 72 y 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en relación con el establecimiento de los límites de la controversia y la distribución de la carga de la prueba dependiendo de los términos en que la parte demandada haya contestado la demanda, advierte esta Sala que en el presente caso han sido admitidos la existencia de la relación laboral, la fecha de ingreso alegada por la parte accionante, la fecha de terminación del vínculo laboral por renuncia y la existencia del despido masivo.

En consecuencia, la controversia se circunscribe a determinar la base salarial devengada, la fecha del inicio del pago de los salarios caídos y demás conceptos laborales como consecuencia del despido y la procedencia de los conceptos demandados; en tal sentido, en virtud de la distribución de la carga probatoria, le corresponde a la parte actora demostrar su salario normal y la procedencia de los conceptos considerados extraordinarios como los días domingos y feriados, los de descanso y, a la parte demandada le corresponde demostrar el pago liberatorio de los conceptos demandados. Así se establece.

En virtud de la forma como han quedado establecidos los términos del contradictorio, esta Sala pasa a analizar las pruebas promovidas y evacuadas por las partes.

**Pruebas promovidas por la parte actora**:

**Documentales**:

Marcada “A”, Resolución emitida por el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social Nro. 8172, de fecha 13 de febrero de 2013, suscrita por la ciudadana María Cristina Iglesias –para entonces Ministra del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, mediante el cual ordena la suspensión del despido masivo de los trabajadores contra la empresa Velicomen, así como el restablecimiento a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que venía realizando, como la cancelación del pago de los salarios caídos y demás beneficios laborales; la cual fue reconocida por la representación judicial de la parte demandada durante la celebración de la audiencia oral de juicio. En tal sentido, se le otorga valor probatorio. Así se establece.

Marcada “B”, liquidación de prestaciones sociales, expedido por la empresa demandada INVERSIONES VELICOMEN, C.A., la cual corre inserta al folio 05 del cuaderno de recaudos N° 1; de la misma se desprende que la demandada le canceló al ciudadano Julio César Linares, la cantidad de Bs. 296.966,22 por concepto de liquidación del contrato, así como su fecha de ingreso y de egreso; la cual no fue impugnada por la demandada, por lo que se le concede valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.

Marcados con la letra “C”, recibos de pago expedidos por la demandada INVERSIONES VELICOMEN, C.A., la cual corre inserta a los folios 06 al 169 del cuaderno de recaudos N° 1; de los mismos se evidencia el salario percibido por el actor durante la relación laboral y otros conceptos, tales como día libre, propinas, comidas, bono nocturno mixto cláusula 48 CCT, día domingo trabajado, porcentaje por servicio, porcentaje Convención, porcentaje servicio de piso, descuentos aporte caja de ahorros, S.S.O, Prest. Hábitat, salario básico día libre, incidencia % día libre, incidencia tiros & bonificación, pago de transporte; por lo que se le concede valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.

Marcados con la letra “D”, recibos de pago de utilidades, los cuales corren insertos a los folios 170 al 174 del cuaderno de recaudos N° 1, estos no fueron impugnados por la demandada, por lo que se les concede valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.-

Marcados con la letra “E”, recibos de pago expedidos por la empresa, los cuales corren insertos a los folios 175 al 201 del cuaderno de recaudos N° 1; de los mismos se evidencia el pago de sueldo período de vacaciones, vacaciones, bono vacacional fraccionado, vacaciones fraccionadas, anticipo de vacaciones, utilidades complemento, porcentaje de convención, aporte de caja de ahorros, salario caído Resol 8172 I. Se les conceden valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.

Marcados con la letra “F”, insertos a los folios 202 al 207 del cuaderno de recaudos N° 1, recibos de pago por salarios caídos primera cuota al 31/08/2013, hoja contentiva de una diligencia que indica fijar oportunidad en el exp. 2015-550 Hotel Tamanaco, C.A., y solicitudes de vacaciones períodos 2010, 2011, 2011-2012, 2012-2013.; los cuales no fueron impugnadas por la demandada, por lo que se le concede valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.

**De la prueba de exhibición**:

Solicitó la exhibición de los documentos originales de los recibos de pago, manifestando la parte demandada que los mismos fueron presentados en su escrito de promoción de pruebas; por lo que se le concede valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.-

**Pruebas de la parte demandada**:

Copia de la sentencia de fecha 05 de octubre 2016 emitida por Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Exp. N° 2013-0354; la cual ordenó la suspensión del despido masivo y el restablecimiento inmediato de los trabajadores a sus puestos de trabajo.

Marcado con el N° “3”, el cual corre inserto al folio 18 del cuaderno de recaudos N° 2; original de Contrato de Trabajo con período de prueba, emitido en fecha 27 de diciembre de 2010.

Marcado con el N° “4”, inserto al folio 19 del cuaderno de recaudos N° 2; carta de renuncia suscrita y firmada por el ciudadano Julio César Linarez, la cual no fue impugnada por la parte actora, por lo que se le concede valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.-

Marcado con el N° “5”, el cual corre inserto al folio 20 del cuaderno de recaudos  N° 2, constancia de trabajo emitida por la Gerente de Recursos Humanos de la empresa Inversiones Velicomen, C.A. Se evidencia que el ciudadano Julio César Linarez prestó sus servicios para la demandada desde el día 20/12/2010 hasta el 18/09/2016, así como su salario mensual y el cargo; la cual no fue impugnada por la parte actora, por lo que se le concede valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.-

Marcados con el N° “6”, los cuales corren insertos a los folios 21 al 84 del cuaderno de recaudos N° 2, recibos de pago donde se visualizan los salarios, día libre, propinas, comidas, bono nocturno mixto cláusula 48 CCT, día domingo trabajado, porcentaje por servicio, porcentaje Convención, porcentaje servicio de piso, descuentos aporte caja de ahorros, S.S.O, reg. Prest. Hábitat, salario básico día libre, incidencia % día libre, vacaciones, incidencia tiros y bonificación, pago de transporte, utilidades complemento, anticipos de vacaciones, sueldo período de vacaciones, los cuales se encuentran firmados por la parte actora; por lo que se le conceden valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.-

Marcados con el N° “7”, insertos a los folios 85 al 96 del cuaderno de recaudos N° 2; recibos de pago correspondientes al disfrute de los períodos vacacionales 2010-2011, 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015; se les conceden valor probatorio de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Así se establece.-

Marcado con el N° “8”, inserto a los folios 97 al 113 del cuaderno de recaudos N° 2; copia simple del contrato Colectivo de Trabajo Período 2008-2011 del Hotel Paseo Las Mercedes, instrumento normativo que no constituye un medio de prueba. Así se establece.

Marcado con el N° “9”, inserto a los folios 114 al 128 del cuaderno de recaudos N° 2, copia simple del contrato Colectivo de Trabajo Período 2013-2016 del Hotel Paseo Las Mercedes, instrumento normativo que no constituye un medio de prueba. Así se establece.

Documentales marcadas con el N° “10”, los cuales corren insertos a los folios 114 al 128 del cuaderno de recaudos N° 2; copia simple del Certificado Electrónico de Recepción de declaración por Internet del Impuesto sobre la Renta de Velicomen, presentado en fecha 30 de noviembre de 2012, y que corresponde al ejercicio económico que va desde el 01 de septiembre de 2011 al 31 de agosto de 2012; de donde se desprende que generó una pérdida fiscal en el ejercicio económico del 1° de septiembre de 2011 al 31 de agosto de 2012 de Bs. -7.476.315,51.

**Consideraciones para decidir**:

**Del salario**:

La representación judicial de la parte actora en su escrito libelar reclama un salario integral por día de Bs. 2.631,12 y un salario mensual de Bs. 78.933,60, compuesto de la siguiente forma: salario básico (Bs. 843,72), alícuota por concepto de días libres semanales, en razón a dos días por semana (Bs. 153,57), alícuota por día de propina semanal (Bs. 1,80), alícuota por día de porcentaje servicio d/piso semanal (Bs. 0.85), alícuota por día de comida (Bs.1,00), alícuota por bono nocturno (Bs. 256,40), alícuota por bono de transporte (Bs. 4,00), alícuota por de día de BNFI, UNICA, MIXTO (Bs. 180,00), alícuota porcentaje de convención (Bs. 210,00), alícuota aumento cláusula 30 CCT (Bs. 253,12), alícuota por día de bono vacacional (Bs. 60,94), alícuota por bonificación regreso de vacaciones (Bs. 2,95), alícuota por utilidades (Bs. 152,17).

Por su parte la representación judicial de la accionada niega, rechaza y contradice que hubiese percibido este salario.

En tal sentido, de un análisis exhaustivo del acervo probatorio, se evidencia que el trabajador percibía durante la vigencia de la relación laboral un salario básico, adicionalmente recibía: (i) día libre, (ii) día libre porcentaje, (iii) propina, (iv) comida, (v) bono nocturno mix clau 48, (vi) porcentaje de convención, (vii) porcentaje de servicio, (viii) porcentaje de servicio D/piso, (ix) bono de transporte, debiendo estos conceptos añadirse a su composición salarial durante la prestación activa del servicio según se desprende de los recibos de pago correspondientes.

De acuerdo con lo alegado por la parte actora, en relación con la base salarial, así como de la revisión de los recibos de pagos aportados por las partes a los autos y valorados supra, esta Sala considera lo siguiente:

En cuanto al salario básico normal,  se evidencia que la entidad de trabajo pagaba al trabajador el salario básico.

Respecto al aumento salarial demandado de acuerdo con lo estipulado en la convención colectiva 2013-2016, en su cláusula 30, relativo a un aumento del 5% a partir del 1° de febrero 2013; un aumento del 33% o 30% dependiendo del monto del salario devengado por los trabajadores, a partir del 1° de octubre de 2013; un aumento a partir del 1° de octubre de 2014, del 33% o 30% dependiendo el salario; y, finalmente a partir del 1° de octubre de 2015, un aumento del 33% o 30% dependiendo del monto del salario, esta Sala considera que vista la obligación contractual, la misma debe formar parte del salario normal devengado por el trabajador.

En este sentido, se aprecia, por una parte, de la contestación de la demanda que la empresa alega que el reclamado aumento contractual estaba fijado para ser cancelado a partir del 1° de octubre de 2014, sin hacer alusión al aumento previsto conforme a la cláusula 30 antes referida, para el 1° de febrero de 2013 en el orden del 5%.

No consta al expediente prueba fehaciente de la liberación de dicho pago por parte de la demandada, pues de los recibos por salarios caídos cursantes a los autos y valorados previamente, solo se aprecian montos globales y sin especificación de los conceptos incluidos, de hecho, la cancelación del concepto se efectuó en razón del salario básico del trabajador, lo que conlleva a determinar que la empresa no cumplió con la obligación primigenia contenida en el Contrato Colectivo 2013-2016.

De otra parte, se aprecia de los recibos de pago, en concreto –verbigracia- de los contenidos a los folios 54 del cuaderno de recaudos N° 2 y 80 del cuaderno de recaudos N° 1, que el salario base del trabajador Julio César Linarez para el mes de septiembre de 2014 era de Bs. 172,45 por día y para el mes de diciembre del 2014 era de Bs. 172, 45 por día; evidenciándose que no se pagó el aumento previsto en la referida cláusula 30 de la convención colectiva a partir del 1° de octubre de 2014. En consecuencia se ordena su pago, en los términos que se expresarán más adelante en la condenatoria pormenorizada de los conceptos demandados. Así se decide.

En consecuencia, se considera que de acuerdo con lo pedido por la parte actora, y a los efectos de la presente causa, forma parte del salario normal devengado por los trabajadores, el salario básico, los aumentos salariales de conformidad con la cláusula 30 de la convención colectiva 2013-2016 y, adicionalmente las asignaciones pagadas tal como consta en los recibos de pagos. Así se establece.

Vista la diferencia de la base salarial en relación con la efectivamente pagada por la demandada al trabajador, se ordena el pago de las diferencias generadas en los conceptos de prestación de antigüedad, utilidades, vacaciones, bono vacacional y caja de ahorros. Así se decide.

Así las cosas, se ordena la realización de una experticia complementaria del fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, a cargo de un experto contable, cuyos honorarios deberán ser sufragados por la demandada, designado por el Juzgado de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución correspondiente, quien deberá calcular el salario normal devengado por el trabajador, con base en el salario básico respectivo, señalado en sus recibos de pago en los términos señalados *supra*. Así se decide.

**De los conceptos demandados**:

**Prestación de antigüedad**: Con relación a la prestación de antigüedad y sus intereses, se evidencia que al haber sido determinada como fecha de terminación de la relación laboral el 9 de septiembre de 2016, conforme se señaló en el libelo, el cálculo de dichos conceptos debe efectuarse de conformidad con lo establecido en los artículos 141 y 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, cuyas disposiciones normativas recompensan a los trabajadores y trabajadoras la antigüedad en el servicio y los ampara en caso de cesantía, reconociéndoles su derecho a las prestaciones de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado con el último salario devengado al término de la relación laboral, lo que representa el reconocimiento del derecho a la retroactividad de las prestaciones sociales.

En tal sentido, la cuantificación de lo adeudado por este concepto, primeramente, deberá ser calculada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, a razón de cinco (5) días de salario integral –salario base, más las alícuotas de utilidades, vacaciones, día libre, día libre porcentaje, propina, comida, bono nocturno mix clau 48, porcentaje de convención, porcentaje de servicio, porcentaje de servicio D/piso, bono de transporte. Dicha operación aritmética deberá ser efectuada por el perito designado, desde la fecha de inicio –20 de diciembre de 2010–hasta el 30 de abril de 2012, y a partir de mayo de ese mismo año y hasta el mes de  septiembre de 2016, deberá calcular lo pertinente a este concepto con fundamento en lo establecido en el artículo 142, literal a) de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que prevé que el cómputo de la garantía de las prestaciones sociales se realizará por un pago trimestral de quince (15) días de salario integral por cada mes, cuyo cálculo se efectuará con base al salario en el último mes.

Del mismo modo, el perito deberá computar después del primer año de servicio, dos (2) días de salario adicionales por cada año, acumulativos hasta un total de treinta (30) días de salario, desde el inicio de la relación hasta el término de la misma, siguiendo los parámetros antes especificados, según las previsiones contenidas en los artículos 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 –hasta abril de 2012- y 142, literal b) -a partir de mayo de 2012 hasta septiembre de 2016-, considerando para su estimación el salario integral del último mes, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

El monto que resulte de los cálculos *supra* indicados serán sumados, entendiéndose que su totalidad constituye la garantía de prestaciones sociales generadas por el accionante durante la relación laboral, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Determinada la cantidad que concierne al demandante por prestación de antigüedad calculada mes a mes conforme al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, generará intereses mensuales hasta el mes de abril de 2012 a la tasa promedio entre la tasa activa y pasiva fijada por el Banco Central de Venezuela, en tanto que a partir del mes de mayo del mismo año dicha cantidad continuará generando intereses mensuales hasta la fecha de terminación de la relación laboral a la tasa activa, tal como lo dispone el artículo 143 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Adicionalmente, conforme al segundo método de cálculo establecido en el literal c) del artículo 142 *eiusdem*, le corresponde al trabajador por concepto de garantía y cálculo de prestaciones sociales, al mes de septiembre de 2016, un total de treinta (30) días por año, los cuales deben ser calculados con base al último salario diario integral, según lo previsto en el artículo 122 *ibidem*.

Finalmente, el experto luego de haber computado lo generado por aplicación de los literales a) y b) del artículo 142 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras unificará ambos montos –entendiéndose que en el literal a) deberá considerarse todo lo que es garantía de prestaciones sociales, es decir, incluyendo el monto generado por los cinco (5) días por mes ordenados *supra* conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997- y el resultado de dicha suma deberá compararlos con el producto del cálculo ordenado efectuar en atención al literal c) del artículo 142 *eiusdem*. El monto que resulte superior entre ambos cálculos será el que corresponda al accionante por concepto de prestaciones sociales, al cual se le descontará el monto de Bs. 296.966,22, cancelado en fecha 16 de septiembre de 2016, conforme se desprende de la liquidación cursante al folio 5 de la pieza N° 1 de recaudos.

**Bonificación por retiro voluntario cláusula 54 de la Convención Colectiva**: el cual prevé que cada año  Diez (10) trabajadores que se retiren voluntariamente, tendrán derecho a una indemnización igual a la cantidad acumulada conforme al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, siempre que cumpla con los requisitos contractuales consistentes en i) el trabajo del preaviso legal, ii) tener más de 5 años al servicio de la empresa y, iii) resultando una potestad de la empresa en conjunto con el Sindicato, escoger al trabajador que se le conceda el derecho y en caso de varios solicitantes, se tomará en cuenta el orden cronológico de la petición.

De las pruebas cursante a los autos, al margen del tiempo de la prestación del servicio que es un hecho admitido, no se evidencia documento alguno que contemple la solicitud del derecho contenido en la cláusula indicada ni los requisitos exigidos, siendo carga de la parte actora demostrar el cumplimiento de los mismos. En consecuencia se declara improcedente la bonificación reclamada. Así se decide.

**De las utilidades**:

La parte actora demanda la diferencia en el pago de las utilidades vencidas hasta el 2015 y su fracción hasta septiembre de 2016, y el pago de las utilidades vencidas y no pagadas correspondientes al año 2012. Por su parte, la entidad demandada niega que se le adeude cantidad alguna, toda vez que en principio y según sus afirmaciones, la empresa cumplió con la obligación correspondiente, y, en cuanto al pago de las utilidades del año 2012, según sus dichos, el artículo 131 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras indica que la entidad de trabajo deberá distribuir entre los trabajadores los beneficios líquidos obtenidos al fin del ejercicio anual, siendo así requisito indispensable que la empresa haya obtenido ganancias, beneficios o utilidades durante el ejercicio económico correspondiente, sin embargo, desde el 1 de septiembre de 2011 hasta el 31 de agosto de 2012 la empresa no reportó ganancias o enriquecimiento, tal como se desprende de su declaración del impuesto sobre la renta.

En este sentido, en relación con el pago de la diferencia de las utilidades comprendidas desde el año 2011, exceptuando el año 2012, esta Sala observa que, al haberse declarado procedente la base salarial demandada, se declara con lugar las diferencias generadas. Así se decide.

En cuanto a las utilidades del año 2012, esta Sala estima que dada la naturaleza de este concepto que implica la distribución entre los trabajadores de la empresa de un porcentaje sobre el beneficio líquido que la misma hubiere obtenido al fin de su ejercicio *anual y dado que en el caso bajo análisis quedó demostrado a los autos que, por darse una* ocupación por vía de hecho de las instalaciones de la demandada por parte de sus trabajadores, desde el 23 de noviembre de 2011 y el consecuente cese de operaciones comerciales, no se  produjo actividad económica lo que de forma lógica implica una pérdida en el ejercicio fiscal de la empresa demandada, cuya actividad es la administración del Hotel Paseo Las Mercedes. En consecuencia, dado que no hubo actividad económica lo que generó pérdidas en el ejercicio anual, mal podría distribuirse un beneficio inexistente entre los trabajadores, por tanto resulta improcedente dicho concepto. Así se decide.

Por ende, acorde con la cláusula 41 de las convenciones Colectivas 2008-2011 y 2013-2016 la diferencia por concepto de utilidades será calculada por experticia complementaria del fallo, para lo cual el perito designado deberá tomar en cuenta el salario normal percibido cada año y descontar los montos ya cancelados según los recibos de pago cursante a los autos.

**De las Vacaciones y bono vacacional**: establecido como fue la base salarial demandada por la parte actora desde el mes de febrero de 2013, se declara procedente el pago de las diferencias generadas en las vacaciones.

Para el cálculo de lo que corresponde al accionante por concepto de vacaciones y bono vacacional, que se hará por experticia complementaria, el perito deberá considerar el salario devengado por el trabajador durante el último mes de servicio, esto es del mes de septiembre de 2016, de conformidad con el artículo 95 el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y descontara los montos cancelados conforme quedó demostrado en los recibos de pago inserto a los autos. Así se decide.

**De los salarios caídos**:

La parte actora señala que la entidad de trabajo, debe pagar los salarios caídos desde el 23 de noviembre de 2011, sin embargo la entidad de trabajo, señala que los salarios caídos debían ser pagados desde el 06 de junio de 2012.

En tal sentido, de los autos, consta la tantas veces referida Resolución Ministerial Nro. 8.172 de fecha 13 de febrero de 2013, la cual señala lo siguiente: “*2. El restablecimiento inmediato a sus puestos de trabajo en las mismas condiciones en la que venían realizando, con la cancelación de los salarios y demás beneficios que les correspondan y que hayan dejado de percibir desde el momento en que se realizó el despido hasta la fecha de reinstalación o reincorporación a sus sitios de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Reglamento de la Orgánica del Trabajo.”*

No obstante, en el acta de fecha 20 de junio de 2013 de ejecución de la referida resolución, se observa lo siguiente:

En consecuencia la representación de la Inspectoría de Trabajo en este acto deja constancia de lo siguiente: PRIMERO: que los trabajadores deben comenzar a percibir los salarios a partir del día 20 de junio de 2013. SEGUNDO: que los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir correspondiente a cada trabajador deberán ser contados a partir del 06 de junio de 2012. TERCERO: que el restablecimiento a los puestos de trabajo que corresponde a cada trabajador debe ser en las mismas condiciones en las que se encontraba para la fecha 06 de junio de 2012.

Así las cosas, esta Sala considera que, si bien es cierto que la Resolución Ministerial, no señala fecha cierta del despido, sin embargo en el acta de fecha 20 de junio de 2013, el propio funcionario del Trabajo, señala la fecha en la cual la entidad de trabajo debe cancelar los salarios caídos, en consecuencia se establece que la demandada deberá cancelar dichos salarios desde el 06 de junio de 2012 hasta el 20 de junio de 2013. Así se decide.

En este mismo orden de ideas, señala la resolución ministerial que los salarios caídos deberán ser pagados de acuerdo con el salario devengado por los trabajadores para el momento del despido; en tal sentido, la parte demandada señala que el mismo debe ser pagado con el salario básico, esto es el salario mínimo decretado por el Ejecutivo nacional, sin embargo lo procedente de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Sala es que los salarios caídos deben ser cancelados a razón del salario normal devengado por los trabajadores antes del despido. Así se decide.

En tal sentido, por cuanto se evidencia de las pruebas aportadas por la parte demandada que canceló los salarios caídos al trabajador con base en el salario mínimo, se ordena cancelar los mismos a razón del salario normal devengado en el momento de la ocurrencia del despido, desde el 06 de junio de 2012 hasta 20 de junio de 2013, descontando lo recibido por el actor por este concepto, de conformidad con los respectivos recibos de pago inserto al folio 203 del cuaderno de recaudos N° 1. Así se decide.

**Del aporte a la caja de ahorro desde el 23/11/2011 al 30/09/2013 y los intereses derivados del mismo**:

La parte actora demanda, la cantidad de Bs. 22.858, 64 por el aporte del 55% a la caja de ahorro, de acuerdo con la cláusula 44 de la convención colectiva y, la cantidad de Bs. 5.647,49 por los intereses sobre el aporte de la caja de ahorro desde el 23/11/2011 hasta el 30/09/2013. En tal sentido, de acuerdo con la distribución de la carga probatoria, le corresponde a la parte demandada demostrar, que cumplió con el referido aporte estipulado en la convención colectiva.

Ahora bien, esta Sala observa que efectivamente las diferentes convenciones colectivas contemplan la figura de la caja de ahorro como un beneficio para los trabajadores, así la cláusula 44 de la convención colectiva 2013-2016 señala que el patrono mantendrá la práctica de aportar en la cuenta de ahorro de cada trabajador afiliado a la “Caja de Ahorro de los Trabajadores del Hotel Paseo Las Mercedes”, una cantidad equivalente al 55% del salario ahorrado por el trabajador, siempre y cuando el salario que ahorre el trabajador no exceda al 10% de su salario normal. Al respecto, la empresa entregará mensualmente al sindicato respectivo un balance y relación del aporte de las operaciones efectuadas por ésta y asumirá los gastos ocasionados en el banco por la administración de la caja de ahorro.

En este orden de ideas, se observa de los recibos de pago cursante a los autos, que tales deducciones se efectuaron al trabajador hasta noviembre del 2011, posteriormente fue suspendido hasta que en el mes de octubre de 2013 se reinició su descuento por nómina. Ahora bien, advierte esta Sala que durante la época del despido masivo tales deducciones no se efectuaron porque el salario no fue cancelado. Por tanto, se considera procedente dicho pago de conformidad con lo ordenado en la tantas veces referida resolución ministerial, desde el 06 de junio de 2012 hasta el 30 septiembre de 2013 y los intereses derivados del mismo. Así se decide.

En consecuencia se ordena al experto realizar los cálculos correspondientes al 55% del salario ahorrado por el trabajador, que se estima en el 10%, de conformidad con la cláusula 44 de la convención colectiva 2013-2016, monto correspondiente al aporte del patrono, del salario normal devengado desde el 06 de junio de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, así como los correspondientes intereses. Asimismo, deberá calcularse la diferencia del aporte adeudada, correspondiente a los meses subsiguientes hasta la fecha de terminación de la relación de trabajo, es decir 9 de septiembre de 2016, con la base salarial indicada en el presente fallo, descontando los montos mensuales ya cancelados. Así se decide.

**Del beneficio de alimentación**: resulta procedente la cancelación de este concepto desde el 06 de junio de 2012 hasta 20 de junio de 2013, debido a que el actor dejó de prestar servicios por causas imputables a la demandada, en tal sentido, se ordena su cálculo mediante experticia complementaria del fallo, conforme a la cláusula 18 de la convención colectiva 2013-2016, esto es, a razón de un ticket de alimentación por cada día hábil calendario con un valor de 0.25 unidades tributarias, excluyendo los días feriados de conformidad con lo previsto en el artículo 212 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, conforme al valor de la unidad tributaria vigente para el momento de su efectivo cumplimiento, según lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento de la referida Ley, publicado en Gaceta Oficial Nro. 40.112 de fecha 18 de febrero de 2013. Así se decide.

Respecto a los día libre semanal, incidencia % día libre, diferencia en el pago bono nocturno, porcentaje de servicio puntos 1.02 y porcentaje convención puntos 6.00, lo cuales se reclaman desde el 23 de noviembre  de 2011 al 23 de junio de 2013, se ha dicho insistentemente durante la época del despido masivo el salario no fue cancelado. Por tanto, se considera improcedente dicho pago de conformidad con lo ordenado en la tantas veces referida resolución ministerial, desde el 23 de noviembre de 2011 toda vez que a partir del 6 de junio de 2012 se inicia el lapso de pago de los salarios caídos. En consecuencia se declara improcedente el pago de los conceptos en la fecha solicitada. Así se decide.

**De los intereses de mora e indexación**: se ordena el cálculo de la indexación e intereses de mora, mediante experticia complementaria del fallo, en tal sentido, se ordena la designación de un experto contable designado por el Juzgado de Ejecución correspondiente, de conformidad con el artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuyos honorarios serán sufragados por la demandada, quien deberá realizar el cálculo correspondiente a los intereses de mora sobre los conceptos condenados y la indexación. Así se establece.

De conformidad con el artículo 92 de la carta magna y en aplicación del criterio reiterado de esta Sala fijado en la sentencia N° 1.841 de fecha 11 de noviembre de 2008 (caso: *José Surita*contra *la sociedad mercantil Maldifassi & Cia C.A*.), se ordena el pago de los intereses de mora generados por las cantidades condenadas a pagar a la empresa demandada, desde la fecha en que las mismas son exigibles, esto es desde que nació el derecho al trabajador de percibirlas -de conformidad con lo establecido por esta Sala en las sentencias N° 1.097 de fecha 13 de octubre de 2010, ratificada en la sentencia N° 965 de fecha 29 de julio de 2014-, hasta la oportunidad del pago efectivo; cuyo cálculo se efectuará de acuerdo con las tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país. Así se decide.

La indexación judicial se ordena en los términos previstos en la referida sentencia de esta Sala N° 1.841, en la cual se establece que la indexación de los conceptos condenados a pagar se hará desde la fecha de la notificación de la demanda, hasta la oportunidad del pago efectivo, excluyendo el lapso de inactividad procesal, por acuerdo entre las partes y aquellos en los cuales la causa estuviere paralizada por motivos no imputables a ellas, es decir caso fortuito o fuerza mayor, tales como vacaciones judiciales y recesos judiciales, realizando el cómputo con base en los índices inflacionarios correspondientes fijados por el Banco Central de Venezuela. Así se declara.

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

**DECISIÓN**

En mérito de las consideraciones anteriores, esta Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la Ley, declara: **PRIMERO:** **CON LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la representación judicial de la parte demandada la sociedad mercantil **INVERSIONES VELICOMEN, C.A.**, contra el fallo proferido por el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 10 de  julio de 2019; S**EGUND**O: **ANULA** el fallo impugnado; **TERCERO**: **PARCIALMENTE CON LUGAR**la demanda interpuesta por el ciudadano **JULIO CÉSAR LINAREZ** contra la sociedad mercantil **INVERSIONES VELICOMEN, C.A.**

Dada la naturaleza de la decisión no hay condenatoria en costas.

La Magistrada Mónica Gioconda Misticchio Tortorella y el Magistrado Danilo Antonio Mojica Monsalvo no firman la presente decisión por cuanto no estuvieron presentes 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 arriba identificada, a los fines procesales correspondientes. Particípese de esta decisión al Juzgado Superior de origen.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los trece (13) días del mes de diciembre 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

Magistrada,                                                                                                       Magistrado,

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

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA               DANILO A. MOJICA MONSALVO

La Secretaria,

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

MARÍA VÁSQUEZ QUINTERO

R.C. N° AA60-S-2019-000235.

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

La Secretaria,