

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR RICARDO C. PEREZ MANRIQUE

Montevideo, ocho de febrero de dos mil trece

VISTOS:

Para dictado de Sentencia Definitiva estos autos caratulados: "NIEVES ROMEO, LIBERO MIGUEL C/ C.A.S.M.U Y OTRO. DEMANDA LABORAL. CASACION" I.U.E 357-36/2009.

RESULTANDO:

1.- Por Sentencia de Primera Instancia No. 2 de 1.II.2011, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Salto de 6o. Turno falló:

"Acógese parcialmente la demanda sin especial condena en la instancia.

En su mérito condénase a COMESA a pagar a Libero Miguel Nieves Romero los rubros correspondientes a diferencia de salarios, descansos intermedios, quebranto de caja licencia, salario vacacional y aguinaldo por egreso, incidencias, más el 10% en concepto de daños y perjuicios preceptivos, difiriéndose su liquidación para la vía del art. 378 del C.G.P.

Asimismo desestímase la excepción previa de falta de legitimación pasiva y en su mérito condénase a CASMU a pagar esos rubros en los mismos términos, en forma subsidiaria con la salvedad señalada en el Considerando II) in fine.

Condénase a COMESA a pagar a Libero Miguel Nieves la indemnización por despido difiriéndose su liquidación para la vía del art. 378 del C.G.P.

Desestímase la demanda en los demás rubros..." (fs. 245/256).

2.- Por Sentencia Definitiva No. 584 del 14 de diciembre de 2011 el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno falló: "Confírmase la sentencia interlocutoria apelada con efecto diferido.

Confírmase la recurrida, salvo en cuanto no hizo lugar a las horas extra y trabajo en día de asueto y en cuanto absolvió a CASMU de la condena al pago de la indemnización por despido, en lo que se revoca, condenando a pagar las horas extra y trabajo en día de asueto reclamados y a CASMU, en forma solidaria, al pago de la indemnización por despido reclamada, difiriendo la liquidación a la vía incidental, como dispuso la sentencia de primera instancia..." (fs. 313/321 vto.).

3.- El representante de C.A.S.M.U. interpuso recurso de casación (fs. 342/332), expresando agravios que, en síntesis, refieren a lo siguiente:

- Se padeció error al aplicar el art. 340.3 del C.G.P, ya que es clara la previsión del citado artículo cuando dice que se tendrán por ciertos los hechos "en todo lo que no se haya probado lo contrario", lo que mandata al Juez a la producción y análisis de la prueba ofrecida. Cuando el Tribunal entiende que no corresponde considerar la prueba ofrecida en autos es que a nuestro juicio se vulneró la norma. C.A.S.M.U. efectuó una controversia de los hechos y reclamos, sin ingresar al detalle de cada hecho y reclamo, pues recién los podría conocer cuando se produjera la prueba, ya que en ello consiste la actitud de expectativa asumida en la contestación de demanda. Esta parte no podía recurrir el auto dictado en audiencia preliminar por el que se aplicó la sanción del art. 340.3 al demandado empleador, puesto que no le causaba perjuicio y no le refería directamente.

- Se aplicó erróneamente el art. 135 del C.G.P., ya que esta parte debió asumir actitud de expectativa, al no haber tenido participación personal en los hechos constitutivos de la pretensión, careciendo de la posibilidad inmediata de informarse al respecto, siendo reconocido por el propio actor que se encontraba en un caso de subcontratación, no existiendo relación directa con C.A.S.M.U.

- Por el razonamiento del Tribunal, se castiga a esta parte, que no podía contestar derechamente la demanda y quedó desamparado ante la incomparecencia del empleador directo, aplicándosele las consecuencias de la sanción del art. 340.3 a esta parte, quien compareció a la audiencia preliminar. El Tribunal entendió, genéricamente, que a raíz de la inconstestación de demanda e incomparecencia a la audiencia preliminar de la demandada empleadora, existían hechos que no debían ser probados, lo que es un error, ya que la controversia estaba instalada por esta parte, al asumir actitud de expectativa, que permitía producir prueba sobre los hechos, tendiente a destruir las pretensiones del actor.

- La Sala vulneró las normas relativas a la valoración de la prueba (art. 140 del C.G.P.), respecto de los rubros horas extra y trabajo en días de asueto, ya que de ninguna de las declaraciones testimoniales que cita en la sentencia prueba con fehaciencia y claridad los rubros reclamados, además no tuvo en cuenta la prueba documental.

- Se padeció error en la aplicación del art. 3 de la Ley No. 10.449, porque la responsabilidad de C.A.S.M.U., antes de la entrada en vigencia de las Leyes de tercerización, era subsidiaria y respecto a los salarios mínimos fijados, por lo que los rubros "trabajo en día de asueto" y "horas extra" quedan por fuera, ya que no forman parte del salario mínimo fijado.

- Respecto a la condena solidaria a pagar la indemnización por despido, por imperio de las Leyes de tercerización, de una correcta interpretación normativa, se aprecia que la responsabilidad prevista en las Leyes 18.099 y 18.251 alcanza solamente a los rubros de naturaleza salarial, pero no a los indemnizatorios. Esta parte no puede responder por lo que no conoce, es así que doctrina entiende que debe efectuarse una interpretación restrictiva de estas normas, no siendo exigible a la empresa contratante de la empleadora el pago de rubros que desconoce, por lo que no parece razonable atribuir responsabilidad a la empresa contratista por un acto unilateral e imprevisible de la contratada (empleadora).

- En definitiva, solicita se case la sentencia recurrida, "... dictando en su lugar lo que corresponda a derecho".

4.- El actor no contestó el recurso de casación.

5.- Por Interlocutoria No. 180/2012 (fs. 341), el Tribunal dispuso conceder el recurso y la elevación de los autos para ante esta Corporación, donde fueron recibidos el día 18 de junio de 2012 (cf. nota de fs. 350).

6.- Por Decreto No. 1550/2011 (fs. 351 vto.), se dispuso el pase a estudio y autos para sentencia.
CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus miembros naturales, considera que los agravios articulados son parcialmente de recibo, por lo que anulará la sentencia impugnada en cuanto al rubro horas extra, y en su mérito, condenará a la demandada C.A.S.M.U. al pago de cuatro horas extra diarias, confirmando el pronunciamiento de primera instancia en

cuanto no hizo lugar al rubro horas extra extraordinarias, desestimando en lo demás, en virtud de los fundamentos que se expresarán a continuación.

II) En primer lugar la co-demandada C.A.S.M.U. se agravia por entender que el órgano actuante incurrió en errónea aplicación del art. 340.3 del C.G.P., por cuanto dicha disposición es clara en establecer que se tendrán por ciertos los hechos en todo lo que no se haya probado lo contrario, lo que mandata al Juez a la producción y el análisis de la prueba ofrecida, es por ello que al entender el Tribunal que no corresponde considerar la prueba ofrecida falla en infracción de lo preceptuado por dicha norma, e infringe lo establecido por el art. 135 del mismo cuerpo normativo.

Dicho agravio no es de recibo.

Los fundamentos por los cuales la Sala de mérito desestimó los agravios deducidos en la apelación por la recurrente en casación, se centran en que conforme los extremos probados, la responsabilidad de la demandada C.A.S.M.U. se ajusta a lo dispuesto por la Leyes de tercerización, pues la existencia de la contratación con la co-demandada, es admitida por la impugnante, quien cita la prueba de lo que ello deriva (fs. 270 vto.). En la contestación de la demanda, el C.A.S.M.U. sólo pretendió deshacerse de su responsabilidad, basada en la inexistencia de un vínculo directo, que no fuera alegado por la parte actora, mientras que indirectamente la forma de contratación de las que denomina sedes secundarias, refiere a los supuestos de las Leyes que regulan la responsabilidad de un empresario que utiliza subcontractistas, sin que exprese de forma alguna que controvierte la inclusión pretendida por el accionante en los supuestos comprendidos en dichas normas, excepto la mención efectuada a fs. 73, la cual no puede considerarse como una oposición clara al respecto, como lo exige el art. 130.2 del C.G.P. (fs. 319).

El ad quem correctamente concluye que la co-demandada C.A.S.M.U. cuestiona la posibilidad de ser responsabilizada, pero no argumenta subsidiariamente que su vínculo no estaba alcanzado por las Leyes de tercerización, sino que se limita a cuestionar la inexistencia de relación directa con el actor, cuando ello no fue el fundamento de la decisión.

Por lo tanto, y sobre este punto, en el que la demandada se encontraba plenamente habilitada para ejercer su defensa, no se verificó contradictorio, siendo aplicable la sanción prevista en el art. 130.2 del C.G.P., como correctamente lo hace la Sala, no siendo de recibo el argumento de que se había asumido actitud de expectativa, ya que sobre ello la demandada no lo hizo, contestando derechamente la demanda aduciendo ausencia de legitimación pasiva por no mantener relación de trabajo con el actor, y nada más.

En definitiva, a C.A.S.M.U. no se le aplica, a vía indirecta, la sanción del art. 340.3 del C.G.P., la que sirvió para determinar la relación laboral de la actora con la empleadora, así como los rubros reclamados en aquello que fue acreditado, sino que se le aplica la sanción contenida en el art. 130.2 del mismo cuerpo legal, en lo que podía efectivamente controvertir, que era la existencia o inexistencia de tercerización, tarea a la que no se avocó al contestar la demanda.

III) En cuanto a los agravios que refieren a la infracción del art. 3 de la Ley No. 10.449 y Leyes Nros. 18.099 y 18.251, también deben ser rechazados, por los mismos fundamentos que vienen de señalarse, ya que la demandada recurrente en casación no controvirtió la tercerización alegada en la

demanda, siendo extemporáneo invocarlos en esta etapa casatoria, además de ser contradictorio con los términos de su propia defensa.

IV) Asimismo, la demandada alega que la Sala de mérito, efectuó errónea valoración de la prueba sobre horas extra y trabajo en días de asueto, infringiendo las reglas de la sana crítica (art. 140 del C.G.P.).

Al respecto, se estima que conforme la prueba testimonial rendida en autos el actor logró acreditar que realizó horas extra sólo en días comunes, sin perjuicio que no surge con fehaciencia y claridad la cantidad de horas efectivamente cumplidas.

En la demanda impetrada el actor reclama un total de 60,5 horas extra comunes semanales (fs. 59).

Por lo tanto el actor, reclama por día en concepto de horas extra un total de 10 horas, y partiendo de la base que su jornada laboral es de 6 horas, ello traduce que la demanda se sustenta en el hecho que el Sr. Nieves, trabajaba 16 horas diarias durante el período que reclama.

Ahora bien, sin perjuicio que el C.A.S.M.U., asumió una actitud de expectativa, controvertió el rubro horas extra al expresar que: "Esto lleva a concluir que realizaba 18 horas en un único día, extremo que no surge probado de la documentación que se acompaña a la demanda. Por otra parte debería tenerse en cuenta si el actor cumplía funciones en el período objeto de la reclamación para otra empresa u organismo"

Correspondería tener presente que surge de la prueba documental aportada por la actora el pago de feriados, retén, electrocardiogramas, así como inasistencias y licencias que no han sido considerados al efectuar una liquidación del rubro horas extra que se controvierte íntegramente en su fundamento, base de cálculo y cuantía, rubro que por otra parte no surge debidamente probado de la documentación que acompaña a la demanda" (fs. 74 y vto.).

En este sentido, cabe señalar que la carga de probar la realización de trabajo extraordinario corresponde a la parte actora, es decir probar los hechos constitutivos de su pretensión (art. 139 del C.G.P.), extremo que se acreditó según la prueba rendida en autos.

Es así que, de la prueba testimonial surge: el testigo Valerio Dalmao, y que cita el Tribunal depuso: "... era multifuncional, cumplía funciones administrativas, funciones de enfermería y tenía también la policlínica de electrocardiogramas" (fs. 146 vto.), "... a veces cumplía la función de enfermería en horario de la mañana y de noche las tareas administrativas" (fs. 147).

Por su lado la testigo Ana Patricia Vlaeminck Pereira, también ex funcionaria de C.A.S.M.U., declaró que: "... por lo general cumplía las tareas de enfermería por la mañana y por la noche las tareas de administrativo" (fs. 147 vto.), "... a veces podía estar seis horas como doce en el C.A.S.M.U.", "De mañana siempre estaba de 6 a 12, y a la noche no todos los días pero tres o cuatro veces a la semana estaba de 00 a 6 horas" (fs. 148).

El Tribunal, a su vez, sin perjuicio de considerar que dichas declaraciones son suficientes a efectos de acreditar la realización de horas extra por parte del actor, señala que Ernest Menoni (fs. 151), Bruzzoni (fs. 152 vto.) y Ballesteros (fs. 154) coinciden con las declaraciones expuestas supra, en cuanto a las tareas y el horario desempeñado por actor, en forma coincidente con sus dichos al demandar.

Al respecto cabe señalar que el testigo Menoni (fs. 151) expresa: "Trabajé en Casmu Salto, desde el año 2003 unos seis u ocho meses de ese año...", por lo que su testimonio es intrascendente ya que no comprende el período que reclama la demanda, el cual refiere al período posterior al año 2005 (fs. 55 vto.).

La testigo Paola Ballesteros expresa: "...Sé que Nievas trabajaba en horarios de la noche, hacia el nocturno de 00:00 a 06:00 o de 18:00 a 24:00 horas" (fs. 155).

El testigo Sergio Gabriel Bruzzoni Domínguez señala que: "A veces era administrativo en horarios de la noche, se dedicaba a la farmacia y atendía todo eso. Después de enfermero, no recuerdo si alguna vez a la noche hizo de enfermero, pero generalmente trabajaba de día en enfermería. El actor estaba todas las noches en las tareas administrativas, lo tengo presente siempre a la noche. Ahora en las tareas de enfermería, estaba durante el día..." (fs. 152 vto.).

No obstante dicha prueba, que acredita el rubro horas extra reclamado no puede dejar de desconocerse prueba documental incorporada a fs. 126 a 144, donde surge información proporcionada por el Banco de Previsión Social, de la cual se desprende que durante el período reclamado -enero 2005 a marzo de 2008-, el actor al mismo tiempo que prestaba servicios para las codemandadas, también trabajó en:

(i) Unidad Cardiológica Salto Ltda., desde 1998 a la fecha de contestación del oficio;

(ii) CO.ME.BU. desde el 1.VI.2000 a 29.II.2008.

(iii) Comisión de Apoyo al Programa Asistencial Unidad Ejecutora 68, desde el 17 de setiembre de 2004 a la fecha de contestación del oficio;

(iv) Ministerio de Salud Pública, en diversos períodos que van del 1.IV.2006 al 31.V.2006, del 1.III.2007 al 31.XII.2007;

(v) Administración de los Servicios de Salud del Estado, desde el 1.I.2008 en adelante.

En consecuencia, no se ajusta a las reglas de la sana crítica concluir que el actor Sr. Nievas, trabajó la cantidad de horas extra a las cuales condenó la sentencia de segunda instancia, ello por cuanto, le era imposible, cumplir tareas en varios lugares a la vez y realizar, al mismo tiempo para las demandadas las horas extra que reclama en autos, es decir un promedio de 10 horas extra diarias.

Por consiguiente, habiéndose acreditado por parte del actor la realización de horas extra en días hábiles, no así su monto, conforme un criterio de razonabilidad corresponde determinarlos en cuatro horas extra diarias.

Como se expresara en Sentencia No. 161/06: "En consecuencia, resultaba legalmente procedente la estimación del "quantum" en base a un criterio de razonabilidad...".

"La Corporación, con relación al punto expresó: "Cuando no es posible una determinación exacta, el magistrado debe recurrir al criterio de razonabilidad para llegar a una cifra o quantum que concrete lo pretendido. Es decir, en la medida en que no es factible una acreditación bastante -y, como en el caso, fijar un promedio-, porque de otra manera dejaría de condenar a pesar de existir prueba de que se realizaron las horas extra reclamadas. Sólo que, como dice la doctrina, en tal "... tarea habrá de actuar con toda prudencia, pecando por restrictivo llegado el caso, pues en definitiva se trata de suplir una ausencia probatoria" (Adolfo Alvarado Velloso, El Juez - Sus deberes y

facultades, pág. 314) (Sent. No. 178/98) (Cfme. además Sentencia No. 7/2010).

IV) Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad,

RESUELVE:

CASAR LA IMPUGNADA EN CUANTO AL RUBRO HORAS EXTRA, Y EN SU MERITO, CONDENASE A LA DEMANDADA C.A.S.M.U. AL PAGO DE CUATRO HORAS EXTRA DIARIAS, CONFIRMANDO EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA EN CUANTO NO HIZO LUGAR AL RUBRO HORAS EXTRA EXTRAORDINARIAS, DESESTIMANDO LO DEMAS, SIN ESPECIAL CONDENACION.

PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUELVA.