

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR RICARDO C. PEREZ MANRIQUE

Montevideo, dieciocho de marzo de dos mil trece

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva estos autos caratulados: "GONZALEZ MURGUIONDO, RAMIRO C/ ASOCIACION URUGUAYA DE ALDEAS INFANTILES S.O.S. - DEMANDA LABORAL - CASACION", IUE 2-61266/2010.

RESULTANDO:

1.- Por Sentencia Definitiva No. 37 del 18 de mayo de 2012 la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 8vo. Turno desestimó la demanda, sin especial condena (fs. 998/1008).

2.- Por Sentencia Definitiva No. 368 del 24 de Setiembre de 2012 el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno falló:

"Confírmase parcialmente la sentencia de primera instancia.

Revócase en igual medida y condénase a la demandada a abonar al actor las horas extras y sus incidencias y las diferencias de licencia, salario vacacional, aguinaldo e indemnización por despido, intereses, actualización, 10% de daños y perjuicios y el 10% por multa, estándose a las bases de liquidación indicadas en el considerando n.5..." (fs. 1056/1064 vto.).

3.- La Defensa de la demandada interpuso recurso de casación (fs. 1074 y ss.), invocando infracción y errónea aplicación de los arts. 5, 25.2, 24 nal. 6, 139.1, 139.2, 140, 141, 144, 146, 154, 168, 190.2, 341 nal. 6 del C.G.P., 53 de la Constitución, 8.1 del CIT No. 1, 11 nal. 2 CIT No. 30, 16 y 29 de la Ley No. 18.572, arts. 1 Ley No. 15.996, 4 de la Ley No. 16.101, 2 y 3 Decreto No. 615/89, así como los principios de la realidad y razonabilidad, sosteniendo en síntesis que:

- El Tribunal realizó una errónea distribución de la carga de la prueba (art. 139.1 C.G.P.), y al establecer una limitación ilegal de los medios probatorios, arribó a un conclusión errónea, condenando a la demandada a abonar las horas extra solicitadas por el actor en la demanda, pese a que la demandada acreditó en forma concluyente que el actor no realizó dos horas extra diarias durante los últimos cinco años.

- Asimismo, incurrió en errónea aplicación del art. 53 de la Constitución, porque de dicha disposición no podía deducirse que el empleador tenía la carga u obligación de controlar el horario de trabajo de acuerdo a los documentos específicos que determine cada Tribunal, y menos aún que se imponga el control de las horas extra reclamadas, cuando había quedado demostrado en forma cabal y contundente que las mismas no existieron.

- En la sentencia impugnada se incurrió en errónea aplicación de los CIT No. 1 (art. 8.1c) y CIT No. 30 (art. 11 nal. 2) cuando deduce de dichas disposiciones la existencia de una distribución de la carga probatoria, que ninguno de los convenios previó, y una exigencia de la prueba tasada, a través de "medios conducentes" que el tribunal eligió a su arbitrio.

- Se infringió el art. 139.2, pues el mismo no autorizaba a que el Juez afirme que determinado hecho sólo se puede probar con determinada prueba y que la omisión

de traer tal prueba tasada "ad hoc" por el Tribunal, aparejaba la consecuencia de admitir las horas extra reclamadas por el actor.

- También se infringió y aplicó erróneamente el art. 168 del C.G.P., principio de disponibilidad de los medios probatorios y la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, cuando en el caso no existió ningún documento en poder de la demandada que se hubiera intimado su presentación, máxime cuando la demandada obró con buena fe y lealtad procesal, que al no contar con tarjetas de control de asistencia, trajo a juicio toda la prueba de que disponía (art. 5 C.G.P.).

- Se aplicó en forma errónea el art. 190.2 del C.G.P., cuando admitió las horas reclamadas por el trabajador por falta de registro de las mismas, aunque de otras pruebas resultaba evidencia que no las realizó, lo que implicó dejar de buscar la verdad y apartarse del deber previsto en el art. 25.2 del C.G.P. La naturaleza del hecho a probar, el tiempo de trabajo, no excluía ningún medio de prueba, y menos aún la testimonial, cuando no existe norma que la declare inadmisibles, en franca vulneración a lo dispuesto en los arts. 146.1 y 154 del C.G.P.

- En conclusión, la recurrida incurrió en infracción a las reglas legales de valoración de la prueba (arts. 140 y 141 del C.G.P.), llegándose a una conclusión absurda.

- A su vez, en relación a la condena de intereses y multa, se aplicó erróneamente los arts. 16 y 29 de la Ley No. 18.572, cuando los mismos no tienen efecto retroactivo y al no establecer que el valor de la hora extra a considerar es el vigente en el momento en que supuestamente se realizaron (art. 1 Ley No. 15.996).

- En definitiva solicita se case la impugnada, y en su mérito se confirme la sentencia de primera instancia.

4.- El representante del actor evacuó el traslado conferido en los términos que expuso a fs. 1101 y ss. y solicita se mantenga firme la impugnada.

5.- Se franqueó la casación para ante la Suprema Corte de Justicia (No. 512/2012 fs. 1113), recibidos los autos, se dispuso el pase a estudio y autos para sentencia (No. 2944/2012 fs. 1119), a cuyo término se acordó este pronunciamiento en forma legal y oportuna.

#### CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus integrantes naturales, considera que los agravios articulados resultan de recibo, por lo que hará lugar al recurso de casación interpuesto por los fundamentos que expresará seguidamente.

II) Liminarmente, corresponde pronunciarse en cuanto a la admisibilidad del recurso de casación por razón del monto del asunto, extremo que fuera específicamente controvertido por el actor al evacuar la impugnación en análisis.

En la medida que emerge de infolios que en la demanda el actor incluyó, además del monto reclamado, el pago de los intereses legales generados, reajustes, el 50% por daños y perjuicios preceptivos, así como la multa del 10% sobre los créditos salariales reclamados, ello determina que el monto del asunto supere el legal exigible para la procedencia del recurso de casación (art. 269 nal. 3 C.G.P.).

III) Cabe recordar, que en atención a lo previsto en el art. 268 C.G.P. (en la redacción dada por el art.

37 de la Ley No. 17.243), no procede la casación respecto de aquellos puntos de la sentencia de primer grado que hayan sido confirmados en segunda instancia.

En este contexto, los únicos agravios que pueden ser analizados son los vinculados con la existencia y número de horas extra trabajadas y sus incidencias, puntos en los cuales la sentencia impugnada revocó a la de primer grado.

IV) Ingresando al asunto de mérito, la cuestión a resolver en casación finca en establecer si se configuró la realización de trabajo extraordinario, así como su determinación, la que sólo puede ser dilucidada aplicando los resultados de la apreciación de las cargas que gravan a las partes: de afirmación, contradicción y la carga de la prueba.

El impugnante invocó infracción y errónea aplicación del art. 139.1 del C.G.P., la Corporación considera que dicho agravio es de recibo, al entender que la Sala transgredió la regla de distribución de la carga de la prueba contenida en la norma citada.

Al respecto, corresponde destacar que la Sala aceptó que la prueba recabada sobre la realización del trabajo extraordinario invocado por el actor fue insuficiente.

Así, el Tribunal manifestó:

"También en este caso, la eventual insuficiencia probatoria sobre la extensión de la jornada, debe apreciarse contra la empleadora en tanto sujeto procesal gravado con la carga de la prueba.

Estima esta redactora que ante la afirmación del actor respecto a que su jornada era de diez horas, la accionada estaba gravada con la prueba de los hechos modificativos de la pretensión -que el horario no era el que planteó la accionante- sino otro..." (fs. 1060-1060 vto.).

Por consiguiente, aplicando una regla de distribución de la carga de la prueba por completo contraria a la clara previsión establecida por el art. 139.1 del C.G.P., el Tribunal valoró incorrectamente la prueba del hecho constitutivo de la pretensión, esto es, la realización de horas extras.

Asimismo, resulta absurdo pretender que la parte demandada pruebe la cantidad de horas extra que habría trabajado su empleado cuando lo que hizo al contestar la demanda fue negar categóricamente que el trabajador hiciera horas extras. En efecto, la demandada expresó, en términos particularmente claros, que:

"...El actor no realizó horas extra y nada se le adeuda por tal concepto.

En primer lugar, no es verdad que el actor ingresaba a trabajar a las 9 horas, ni tampoco es verdad que realizaba una jornada de 10 horas diarias promedio.

El actor llegaba a la Oficina Nacional luego de las 9 horas (aproximadamente a las 9.30) dado que tenía que llevar a su hija al colegio y se retiraba alrededor de las 17 y 30..." (fs. 385).

Por lo tanto, si la demandada, niega, lisa y llanamente, la realización de horas extra, no puede, imponérsele la carga de probar la cantidad de horas extras que habría realizado el trabajador, puesto que eso sería una actitud procesal claramente contradictoria con la adoptada con anterioridad.

Y la posición aceptada por la Corporación de que pesa sobre el demandado la carga de probar la

cantidad de horas extra realizadas sólo se aplica cuando el trabajo extraordinario haya sido efectivamente probado por quien tiene la carga de hacerlo conforme a la carga de distribución contenida en el art. 139.1 del C.G.P., es decir, la parte actora.

En este sentido, la regla de la carga de la prueba cobra primordial importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar la certeza del Juez, debiendo en tal caso el tribunal fallar contra quien tenía la carga de probar y no probó.

Por otra parte, el intento del Tribunal de basar esta particular distribución de la carga de la prueba de la realización de horas extras en el art. 53 de la Constitución es equivocado, habida cuenta de que dicha norma nada dice sobre la cuestión.

V) Con relación a la alegada trasgresión de lo dispuesto en los arts. 140, 141 y 190 del C.G.P., los agravios son de recibo.

Le asiste razón al impugnante en que la Sala de mérito se apartó de las reglas de la sana crítica al valorar el informativo probatorio allegado al proceso, además de haber realizado una valoración parcial y errónea de dicho material de convicción, contraviniendo lo establecido por el art. 140 del Código adjetivo.

Como bien señaló la parte recurrente, no puede sostenerse que de la declaración de los testigos Danón, Miranda, Pellejero y Penas surja la realización del trabajo extraordinario invocado por el accionante.

Efectivamente, en sentido contrario a lo que entendió el Tribunal, le asiste razón a la sentenciante de primer grado al concluir que el trabajador, no logró acreditar el cumplimiento del horario extraordinario reclamado.

Obsérvese que, el testigo Danón declaró que tanto él como el actor se quedaban en oportunidades trabajando de noche (fs. 658 vto.); pero también declaró que el horario del actor era distinto, "... él generalmente venía un poco más tarde porque llevaba a sus hijas a la escuela; 10 a 15 minutos más tarde, tenía media hora de descanso y se retiraba un poco más tarde para compensar" (fs. 659).

También el Sr. Miranda, quien era el Director Nacional de Aldeas Infantiles en Uruguay y se encontraba en la oficina que trabajaba el actor, testificó que el horario del Sr. González era "... de 9.15 o 9.20 y se quedaba hasta un poco más de las 17 para compensar ese tiempo que llegaba más tarde. Usualmente no hacía horas extras, solo cuando había que preparar algo en particular..." (fs. 660); indicando que era el testigo quien abría la alarma a las 8 u 8.10 y se retiraba a las 18.30 o 19 cuando ya no quedaba nadie en la oficina (fs. 660 vto.).

Por su parte, Martín Pellejero, quien conoce al actor de Aldeas Infantiles, declaró que no era normal para todos los trabajadores quedarse fuera de horario, pero que algunos cargos como el de él y el Sr. González por motivos especiales se quedaban fuera de hora, señalando que:

"No sé cuantas veces al mes se quedaba fuera de horario, eran por cosas puntuales, cuando se solicitaban informes a nivel regional, presupuestos, auditorias..." (fs. 662).

A su vez, la testigo Gabriela Penas, conoce al actor de Aldeas Infantiles, expresó que: "... el trabajaba en finanzas en la misma sección que yo...Nos quedábamos algunas horas después de las 17 en ocasiones puntuales, momentos

complicados pero nos quedábamos hasta las 18 o un poquito más..." (fs. 663 vto./664).

Al analizar la prueba testimonial rendida en autos, prueba que en el caso cobra gran relevancia a la hora de acreditar la realización de trabajo extraordinario por parte del actor, emerge que si bien en oportunidades aisladas el promotor pudo quedarse fuera de horario, no es posible tener por acreditado el trabajo fuera de horario en forma diaria y mucho menos por el período pretendido por el Sr. González, quien sostuvo que durante 5 años realizó 2 horas extra diarias (fs. 156).

A su vez, véase que como la demandada no contaba con tarjetas de control de asistencia, a tales efectos, se incorporó el registro de control de horario a fs. 343 a 345 e informe de la empresa de alarma Segura a fs. 465 y ss., en donde no resulta corroborado el horario que alegó el trabajador.

Ello coincide con la declaración del testigo Miranda quien señaló que "era él quien generalmente abría la alarma a las 8 u 8.10 y se retiraba a las 18.30 o 19 y ya no quedaba nadie más" (fs. 660 vto.), lo que resulta acorde a los datos de la planilla de fs. 467 y ss.

Por lo que viene de señalarse, el Tribunal también se equivoca al expresar que la demandada no aportó los medios idóneos para acreditar la no realización de trabajo extraordinario, como serían las tarjetas de control de asistencia.

No se puede hacer pesar esta circunstancia en contra de la parte demandada cuando ella misma reconoció que no contaba con dichos documentos, porque no se registraba la asistencia por ese medio. La demandada obró de buena fe al aportar la prueba documental (registro de control de horario de entrada fs. 343/345) y testimonial que consideró del caso para acreditar los hechos modificativos e impeditivos de la pretensión de su contraparte, por lo que no puede aplicarse al caso la teoría de la disponibilidad del medio probatorio o de las cargas probatorias dinámicas para dictar una sentencia de condena como la formulada.

Nada impide que la acreditación de la realización o no de horas extra se realice mediante prueba testimonial, en la medida que el art. 154 del C.G.P. establece que este medio de prueba es siempre admisible, salvo que la Ley disponga lo contrario, lo cual no ocurre en la especie.

En este punto, resulta útil recordar las enseñanzas de Sentís Melendo, quien, al aludir al principio de la libertad de la prueba, sostiene:

"Si la prueba es verificación, y creo que difícilmente se pueda discutir, ¿quién puede verificar sin sentirse en absoluta libertad de hacerlo? Si lo que se verifica son afirmaciones, ¿quien puede formularlas sin gozar de esa libertad que al juez le es necesaria para verificarlas? Es posible que hayan de practicarse averiguaciones y también para eso necesitará el ciudadano, o la autoridad, toda la libertad. Ya hemos dicho que se prueba haciendo uso de fuentes con determinados medios. ¿Puede limitarse entonces la libertad? Todos los medios son hábiles, nos dirán los códigos modernos..." (Sentís Melendo, Santiago, La prueba, Valetta Ediciones, E.J.E.A, Buenos Aires, junio de 1990, pág. 23).

En definitiva, el actor no cumplió con su carga de probar el trabajo extraordinario que invocó, por lo que la consecuencia lógica y jurídica es el rechazo de la pretensión de pago de horas extra, motivo por el cual se impone la casación solicitada.

VI) Por último, es necesario indicar que la recepción de los agravios relativos a la prueba de la realización de horas extra torna innecesario analizar los vinculados con el interés y la multa previstos (arts. 16 y 29 de la Ley No. 18.572), el cálculo de las horas extra (art. 1 de la Ley No. 15.996) y el cálculo de la incidencia de las horas extras en el salario vacacional (art. 4 de la Ley No. 16.101 y arts. 2 y 3 del Decreto No. 615/89).

VII) La conducta procesal de ambas partes fue correcta, por lo que no se impondrá especial condenación procesal en la presente etapa (art. 688 del C.C. y arts. 56.1 y 279 del C.G.P.).

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

FALLA:

POR CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA Y, EN SU LUGAR, CONFIRMAR LA SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA, SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUELVASE.