

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR RICARDO C. PEREZ MANRIQUE

Montevideo, tres de mayo de dos mil trece

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados "MENDEZ SOUTO, NEVERS C/ A.N.D.A. DEMANDA LABORAL. CASACION" I.U.E: 357-183/2011; venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia No. 540/2012 dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2o. Turno.

RESULTANDO:

1o.) Que por la referida decisión se confirmó la Resolución apelada con efecto diferido No. 872/2012 de fs. 593, y se confirmó la sentencia definitiva apelada, salvo en cuanto al número de horas extras e incidencias, en cuanto hizo lugar al complemento de retiro incentivado y en cuanto al monto de los daños y perjuicios preceptivos, en lo que se revoca, y en su lugar, condenó a la demandada a abonar al actor las horas extras reclamadas e incidencias, según el monto liquidado por el actor, fijándose los daños y perjuicios preceptivos en el 15% sobre los rubros de naturaleza salarial objeto de condena y absolviéndose a la demandada del pago de retiro incentivado; estableciendo las costas del grado de cargo de la demandada, sin especial imposición en costos. (fs. 738/745).

Interpuesto recurso de aclaración y ampliación por Interlocutoria No. 286/2012 se dispuso: "...Declárase que existió error material en el Considerando XI y en el fallo de fs. 744 vuelto y en consecuencia, confírmase la sentencia definitiva de primera instancia en cuanto a la condena por "Complemento de retiro voluntario..." (fs. 751).

Por su parte, el pronunciamiento de primer grado, emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Salto de 6o. Turno, había fallado acogiendo parcialmente la demanda, sin especial condena en la instancia. En su mérito, condenó a ANDA a pagar a Nevers Mendez Souto la suma de \$U386.837,6 por concepto de horas extras, \$U42.683,11 por incidencias, \$U498.360 por indemnización por despido común, más los reajustes e intereses legales que corresponda según D.L. 14.500, más el 25% de los rubros salariales debidamente actualizados en concepto de daños y perjuicios preceptivos, más la multa del 10% del monto total objeto de condena total actualizado. Asimismo condenó a la demandada a pagar al actor la suma de \$ 512.750 por concepto de compensación por retiro incentivado. Desestimando los demás rubros reclamados (fs. 667/686).

2o.) A fs. 754 y ss. el representante de ANDA interpuso recurso de casación, y luego de justificar la procedencia formal del medio impugnativo, expresó agravios que refieren a la infracción de lo establecido en el art. 139 del C.G.P. sosteniendo que en la especie se verificó error en la aplicación de las reglas de la carga probatoria en lo relativo al rubro horas extras, expresando en síntesis:

- En la especie se ha verificado error en la aplicación de las reglas de la carga probatoria, constituyendo en consecuencia un error de derecho.

- La Sala sostuvo que en autos se acreditó la realización de horas extras, siendo la demandada

quien tenía la carga de probar el número y el pago de la misma, lo cual no realizó por lo que debe estarse a lo reclamado.

- Tal criterio, según el recurrente, no se adecua a la Ley por dos razones: la carga de la prueba (en la cabeza del trabajador) refiere a la prueba de la realización de las horas extras, como a su cantidad, ya que ambos hechos constituyen el fundamento constitutivo de la pretensión del trabajador; máxime cuando la parte demandada acredita un hecho impeditivo de la pretensión del actor en el punto y excluye de la aplicación de la norma (art. 139 del C.G.P.) el principio de razonabilidad (aunque lo cita, sin consecuencias).

- Con relación al primer punto, es claro que por hecho constitutivo hay que entender los hechos que han creado u originado la situación jurídica sustancial que se invoca como fundamento de la pretensión procesal. Y por hechos modificativos, impeditivos o extintivos son aquellos hechos invocados por el demandado y según los cuales se habría modificado, o no habría nacido, o se habría extinguido la situación jurídica sustancial invocada como fundamento de la pretensión.

- En la especie, ANDA acreditó el hecho impeditivo para el progreso in totum de la pretensión del actor en el punto, esto es: se acreditó fehacientemente que el contrario no realizaba horas extras por todo el horario pretendido. Este aspecto es soslayado por el Tribunal lo que determina: el traslado de las consecuencias desfavorables de la carga establecida por la Ley en la cabeza del contrario hacia la demandada (traslado del riesgo e inversión de la carga), y soslayar la sistemática del código en cuanto pone en la cabeza de la demandada la prueba de los hechos modificativos, extintivos o impeditivos y se la desvirtúa por la regla que establece que corre por cuenta de la empleadora la prueba del "quantum", la que podría admitirse en hipótesis de simple contestación o contradicción sin respaldo probatorio de ningún tipo, lo que no es el caso.

- La actitud de la demandada no fue solamente negar y controvertir el rubro: dirigió su prueba (en forma activa, positiva, proactiva) a enervar el supuesto horario en que se hacían las horas extras (que no es otra cosa que enervar el "quantum").

En segundo lugar: cuando el demandado acreditó la inexistencia de la totalidad de las horas extras pretendidas por el actor, la norma (como toda regla) se debe aplicar con criterio de razonabilidad. Por el contrario, el Tribunal entiende que al no señalarse fundamento para la aplicación del principio de razonabilidad, debe estarse a lo reclamado en la demanda.

- En autos quedó plenamente probado que: el actor no trabajaba horas extras todos los días, como bien releva la sentencia de primera instancia; así como que el actor cuando realizaba afiliaciones fuera de su horario de trabajo, lo hacía por su cuenta y riesgo, a cambio de una comisión.

- Al contrario de lo dispuesto por el Tribunal, debe ser aplicado el principio de razonabilidad so pena de inficcionar el art. 139 del C.G.P. En efecto, acreditado el hecho impeditivo del progreso in totum de la demanda en el punto (lo que determina que el quantum del libelo sea inexacto o falso) es evidente que la estimación de la sentencia debe ponderar la razonabilidad.

- En consecuencia el criterio del Tribunal desaplica el principio de distribución de la carga de la prueba y en particular la que pesaba sobre la parte demandada -

que cumplió satisfactoriamente- en punto a enervar el quantum de horas extras pedidas por el actor en su demanda.

- En definitiva, solicitó a la Corporación se sirva casar el pronunciamiento impugnado, con el mantenimiento de la sentencia de primera instancia en el punto (fs. 761).

3o.) Que, conferido traslado del recurso, fue evacuado por el actor solicitando por las razones que expuso que se desestime el recurso interpuesto, con imposición de costos y costas a la parte demandada (fs. 769).

4o.) Por Providencia No. 11/2013, la Sala "ad quem" franqueó el recurso de casación interpuesto para ante la Suprema Corte de Justicia, elevándose los autos en la forma de estilo (fs. 771).

5o.) Que previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en forma legal (fs. 776 y ss.).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus miembros naturales hará lugar al recurso de casación interpuesto, al considerar recepcionable el agravio ejercitado por el recurrente respecto al "quantum" de las horas extra fijadas en segunda instancia, y confirmará la cuantificación realizada en el primer grado de mérito.

En efecto, se advierte que la Sala ante la omisión por parte de la demandada de probar el número y el pago del trabajo extraordinario, consideró que en atención a que no se fijó concretamente cuántas serías las horas reclamadas, se debía estar a lo pretendido en la demanda (fs. 740), sin considerar el cúmulo probatorio incorporado a la causa, que daba cuenta de una realidad diferente.

Como lo ha sostenido en forma constante la Corporación: "La controversia referida a la determinación de las horas extras trabajadas, corresponde sea dilucidada aplicando los resultados de la apreciación de las cargas que gravan a las partes: de afirmación y contradicción y la carga de la prueba..."

"...Sabido es que, quien debe acreditar la facción de trabajo extraordinario es la parte actora, correspondiendo al patrón, si se probó la existencia de trabajo extraordinario, aún en forma vaga y general, probar que las horas extras trabajadas fueron menos, porque es quien tiene los medios para demostrar que la empresa no se excedió de las horas de la jornada ordinaria" (Sent. No. 877/12 e/o).

II) La parte actora reclamó el pago de 4 horas extras diarias desde marzo de 2007 a noviembre de 2008 y el pago de 2 horas extras diarias desde diciembre de 2008 a abril de 2011 (fs. 32), reclamando un total de 2.720 horas extras.

Y en autos resulta, como bien lo relevó el juez "a quo" que si bien el actor realizó trabajo extraordinario, ello fue en casos puntuales (fs. 673 a 675).

Si bien de la prueba testimonial obrante en autos surge acreditada la realización de horas extras (punto sobre el cual ambas sentencias fueron coincidentes) con relación al quantum corresponde acudir a un criterio de razonabilidad para determinarlo. Los testigos afirman que el actor en alguna oportunidad se quedaba después de las 16:00 hrs., en épocas de mayor concurrencia, no siendo algo que sucediera diariamente como reclamó el promotor.

Así, el testigo Jorge Luis Castro Pedetti, declaró que: "...En alguna oportunidad, cuando las exigencias de trabajo, por ejemplo por tratarse de una oficina con

mucho público a la hora de cierre había que quedarse. A veces si o a veces no. No había una exigencia de todos los días, pero en fechas exactas sí..." (fs. 600). "...El actor en algunas oportunidades quedaba después de las 16.00 hrs. (fs. 601).

Néstor Darío Racedo Martínez, de forma coincidente indicó que: "Principalmente en los días de aperturas de créditos que se hace una vez al mes o los días de pago que viene mucha gente, ahí nos quedábamos hasta la hora que hubiera gente, a veces nos íbamos a eso de las 18:00, hasta que hubiera gente. Después, en función de esas horas, pedíamos para compensar..." (fs. 608); Juan María Otazo Castrillo, asimismo manifestó que: "También recuerdo que como pocos funcionarios, él cumplía su horario a rajatabla. A las 16:00 horas tomaba su cartera se paraba y se retiraba de la oficina. Cosa que está bien, era su horario. También digo que había épocas, fechas en el mes, en que hay mayor concurrencia de público y la mayor concurrencia era mayor a la hora 16:00 todavía había gente y en esas oportunidades él se retiraba al mediodía, quedaba una hora más y después se quedaba después de la hora 16:00. Esas son fechas precisas, se puede prever..." (fs. 632).

III) En consecuencia, no es ajustado a las reglas de la sana crítica concluir que el actor trabajó la cantidad de horas extras diarias que adujo en su demanda.

Son aplicables "in totum" las consideraciones formuladas por la Corte en reciente Fallo No. 15/2013, donde reiterando jurisprudencia anterior, se indicó: "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)".

En autos, según emerge de la citada prueba testimonial, si bien el actor acreditó la realización de trabajo extraordinario, no era algo que ocurriera diariamente, sino que obedecía a épocas precisas del mes.

IV) Por lo tanto, cabe concluir que la Sala incurrió en error de derecho al hacer lugar al número de horas reclamadas por el actor, cuando atendiendo al principio de razonabilidad y a las pruebas incorporadas a la causa, no resultaron acreditadas la totalidad de las horas reclamadas por el actor.

Partiendo de que el quantum no podrá ser inferior a la tercera parte de lo reclamado, dado que respecto a dicha parte existe doble confirmatoria (Cfe. criterio reiteradamente expuesto por la Corporación, entre otras, Sent No. 884/2012), resulta razonable confirmar el fallo de primera instancia, fijando las horas extras en un tercio de lo reclamado.

V) Las costas, por su orden.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia por unanimidad,

FALLA:

ANULASE LA SENTENCIA RECURRIDA
Y, EN SU LUGAR, CONFIRMASE EL NUMERO DE HORAS EXTRA ESTABLECIDO EN

EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA. SIN ESPECIAL CONDENACION.
PUBLIQUESE. OPORTUNAMENTE, DEVUELVASE.