

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ

Montevideo, veintiuno de agosto de dos mil trece

VISTOS:

Para Sentencia estos autos caratulados:
"RUPELL, DANIEL OMAR C/ ABEDULES S.A. - DEMANDA LABORAL - CASACION",
IUE: 305-2/2011.

RESULTANDO QUE:

I) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 24/2012 del 24/9/2012, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Paysandú de 5to. Turno se falló: "Haciendo lugar parcialmente a la demanda y, en su mérito, condenando a la demandada a pagar al actor la suma de \$20.833,89...por concepto de productividad por cría de terneros, daños y perjuicios preceptivos y multa, más reajustes e intereses legales hasta la fecha de su efectivo pago. Costas del actor de oficio y de su cargo las de la demandada. Costos por su orden..." (fs. 348-377).

II) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. DFA-0012-000064/2013 SEF-0012-000055/2013 dictada el 15/2/2013 por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno (fs. 400-412), se confirmó la sentencia recurrida, excepto en cuanto no hizo lugar a las horas extra e incidencias, la indemnización por despido y el aguinaldo de egreso, en lo que se revocó, y en su lugar se condenó a pagar al actor las horas extras e incidencias, la indemnización por despido y el aguinaldo de acuerdo a lo reclamado en la demanda, costas de cargo de la demandada, costos por su orden.

III) La parte demandada interpuso recurso de casación a fs. 415 y siguientes, expresando en síntesis que:

- La recurrida le causa agravio en tanto condena al pago de horas extras e incidencias en la forma solicitada en la demanda, así como también la condena al pago de la indemnización por despido común y aguinaldo de egreso.

- Con relación a la condena al pago de horas extras e incidencias, se agravia en tanto la Sala incurrió en errores de aplicación respecto al régimen legal sobre distribución de la carga de la prueba (art. 139 C.G.P.), así como también respecto al régimen legal sobre valoración de la prueba (art. 140 C.G.P.).

Al respecto, señala que no surge probada la realización de horas extras, lo que fue controvertido oportunamente, así como su forma de cálculo.

Sostiene que la afirmación de la Sala respecto de que es el empleador quien está gravado con la carga de instrumentar los mecanismos apropiados para tutelar efectivamente el derecho a la limitación de la jornada, contraría el sistema legal de distribución de la carga de la prueba establecido en el art. 139 del C.G.P.

En lo que hace a la forma de cálculo del valor de cada hora extra, refiere que la liquidación del actor es errónea al incluir en su determinación las partidas por "control lechero", "premio leche" y "productividad por cría de terneros", partidas todas que tienen que ver con el rendimiento del trabajador, como sucedería, a modo de ejemplo, con las comisiones, las que carecen de naturaleza salarial.

En la recurrida se advierte también infracción al régimen legal de valoración de la prueba consagrado en el art. 140 del C.G.P., al no apreciarse en su conjunto la prueba diligenciada en autos. El Tribunal concluyó que la testimonial aportada es suficiente para acreditar la realización de horas extra, sin embargo la Sala no consideró la prueba documental obrante en cuanto al valor de la hora (extremo controvertido), para poder determinar correctamente a cuánto ascendía, e hizo lugar a lo reclamado por el actor en base a su liquidación. Tampoco consideró la prueba documental relativa a la comunicación que realizaba el propio actor de los días trabajados por él y el resto del personal a la oficina encargada de liquidar haberes.

- En cuanto a la condena al pago de la indemnización por despido y aguinaldo de egreso, afirma que la Sala realizó una errónea valoración de la prueba, por omitir considerar diversos medios probatorios en infracción del mandato legal de considerar cada uno de los producidos (cfme. art. 140 C.G.P.), reseñando los diversos medios probatorios que entiende no valorados.

-Por último, cuestionó la regularidad de la sentencia recurrida en cuanto a su correcta motivación acerca de la valoración de la prueba, conforme lo dispuesto por el art. 197 del C.G.P.

IV) Conferido traslado del recurso fue evacuado por la parte actora quien, por los fundamentos que expuso, solicitó su rechazo (fs. 431 y siguientes).

V) Elevados y recibidos los autos, se convocó a las partes para sentencia, acordándose la misma en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) La Corporación, por mayoría de sus integrantes naturales, hará lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto.

II) En relación al agravio por la condena al pago de horas extra e incidencias, este no resulta de recibo.

En primer lugar, no se verifica la alegada infracción al régimen legal de distribución de la carga de la prueba.

Cabe señalar que, en el caso, tal como se consigna en la recurrida, el accionante relató en su demanda con toda precisión cuáles eran sus horarios de trabajo, de comienzo y finalización de su jornada laboral, dando detalles de las tareas realizadas y de las razones por las cuales debía cumplir dicho horario (fs. 49 vto.-51), y reclamó el pago de las horas extra que liquidó a fs. 55 y vto.

En cambio, la parte demandada no cumplió debidamente con la carga de la contradicción, pues se limitó a decir que el actor jamás iba a las dos de la mañana al primer ordeño, ya que había personal que se encargaba de realizar dicha tarea con las indicaciones que supuestamente ordenaba el actor, dijo que el actor ingresaba al trabajo recién a la hora 7, que nunca iba al primer ordeño, y que no hacía horas extra; pero en ningún momento precisó cuál era el horario completo de trabajo del Sr. Rupell, ni cuál era su horario de salida, debiendo presumirse que éste último, si no hacía horas extras, sería las 15hs. (lo que no es un hecho alegado, expresado en la contestación de la demanda, y sobre el cual no existe absolutamente ninguna prueba en autos).

Por otra parte, la demandada tampoco controvertió que el actor realizara todas las tareas que relató, ni planteó que dichas tareas no se hicieran con regularidad, y tampoco sostuvo que esas tareas no fueran las que le correspondía hacer al impetrante (fs. 402 vto.).

Lo que viene de expresarse se reafirma aún más cuando la sala señala: "la empleadora estaba gravada primero con la carga de la controversia categórica que implicaba relatar cuáles eran efectivamente las tareas realizadas, el horario de inicio y de finalización del trabajo, y si bien dijo que el actor empezaba a laborar a las 7:00 de la mañana, no dijo nunca a qué hora finalizaba, extremo de importancia, máxime cuando admitió que estaba en el ordeño de la tarde y que el actor había afirmado que éste finalizaba a las 18:30hs. con lo cual aún cuando solo hubiera trabajado desde las 7:00 de la mañana hasta las 18:30hs. igual habría realizado horas extra".

"Pero además, la demandada no controvertió que se hicieran dos ordeños y en tal caso, su carga probatoria consistía en ilustrar a cargo de quien o quienes concretamente quedaba la responsabilidad del primer ordeño de la mañana, siendo que se limitó a decir que 'había personal que se encargaba de realizar dicha tarea...' (numeral 4 de fs. 165Vto. in fine), cosa que no solo no indicó al contestar sino que además tampoco probó" (cfme. fs. 404-404 vto.).

La Corporación comparte el razonamiento y planteo de la cuestión efectuado por la Sala, así como la consecuente valoración de los medios probatorios.

Tal como lo ha expresado la Corte en otras oportunidades, admitida la realización del trabajo extraordinario invocado en la demanda, como se da en el caso, pesaba sobre la parte demandada la carga de probar a cuánto ascendían esas horas extra, lo que en el caso Abedules S.A. no realizó. "Sobre este aspecto, es valor aceptado por la Corporación que la realización de horas extras debe ser probada por quien las alega, según lo dispuesto por el art. 139.1 del C.G.P. De este modo, la jurisprudencia, siguiendo este criterio de análisis, exige que el trabajador pruebe de manera fehaciente e indubitable el trabajo extraordinario que invoca, o, en otras palabras, reclama una prueba contundente que no dé lugar a dudas razonables en cuanto a su cumplimiento, ya que las horas extra constituyen una modalidad excepcional de trabajo (cf. sentencia No. 890/2012 de la Suprema Corte de Justicia)".

"Partiendo de esta premisa, es decir, al haber sido invocada y probada la realización de trabajo extraordinario por parte de los accionantes, era carga de la empleadora acreditar el número de horas extras trabajadas. En este punto, la Suprema Corte de Justicia sostuvo, citando a De la Cueva y en términos que corresponde reiterar, que: '... si se probó la existencia de trabajo extraordinario, aun en forma vaga o general, será al patrón a quien corresponda probar que las horas extra trabajadas fueron menos, porque tiene los medios para probar que la empresa no se excedió de las horas de la jornada ordinaria (A.J.L., año 1999, caso 677, págs. 300-301; A.J.L., año 2001, caso 516, pág. 230; asimismo, sentencias de este Colegiado Nos. 313 y 317/2003, entre otras). En este sentido, la regla de la carga de la prueba cobra primordial importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar la certeza en el Juez, debiendo en tal caso el tribunal fallar contra quien tenía la carga de probar y no probó' (sentencias Nos. 161/2006 y 78/2012)" (Cfme. Sentencia No. 213/2013).

La demandada no explicó cuál era el horario que cumplía su otrora capataz general, el Sr. Rupell, por

lo que en la recurrida se consideró correctamente que la demandada no cumplió con su carga de controvertir categóricamente los hechos invocados en la demanda (art. 130.2 C.G.P.).

En definitiva, acreditada la existencia de las horas extra por el trabajador que las invocó, es el empleador quien debe probar su cuantificación; en ausencia de acreditación por parte del empleador, el magistrado actuante debe recurrir al criterio de razonabilidad para llegar a una cifra o "quantum" que concrete lo pretendido (cfme. Sentencias de la Corporación Nos. 7/2010 y 15/2013).

III) En cuanto a las pretensas infracciones a las reglas de valoración de la prueba, la Corporación entiende que éstas no se verificaron en la especie, por lo que no corresponde ingresar al reexamen de la plataforma fáctica, materia ajena a la etapa casatoria (art. 270 del C.G.P.).

Al respecto resulta aplicable lo señalado por la Corte en Sentencia No. 177/2003, en la que se sostuvo: "En efecto, las probanzas obrantes en autos fueron valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 140 ejusdem) y no emerge vulneración de prueba tasada ni conclusión que pueda reputarse absurda o arbitraria (conf. sents. de esta Corte Nos. 12/90, 42/92, 93/93, 35/94, 788/94, 939/994, 765/95, 820/95, 890/95, 288/97, 378/97, 106/99, 127/00, 153/00 y 281/00 entre otras). La mayoría de la Corporación comparte la posición de De la Rúa ("El recurso de casación", pág. 366) en cuanto a que: 'Es cuestión ajena, en principio, a la competencia de la casación la apreciación de la prueba, su análisis o ponderación, pues ello constituye una facultad privativa de los jueces de mérito, que son soberanos en este aspecto... Los jueces de mérito son libres para optar por una prueba en lugar de otra o para decidir su preferencia acerca del valor de convicción de una prueba con respecto a otra si no se demuestra arbitrariedad o absurdo en la elección'. Y para considerar que existió arbitrariedad o absurdo, enseña el autor citado, éste debe ser evidente, notorio, manifiesto, deben aparecer en la fundamentación del fallo conclusiones contradictorias, que escapen a las Leyes de la lógica (op. cit., págs. 390 y ss.) y en autos esto no ocurrió pues, contrariamente a lo sostenido por la impugnante, la Sala de mérito realizó un pormenorizado análisis de los elementos de convicción allegados a la causa, señalando la incidencia de cada uno de ellos,..."

Y trasladando al caso los conceptos antes transcriptos, se advierte que la Sala del trabajo de primer Turno realizó una valoración de la probanza producida en un todo de acuerdo con los requisitos legales, valoración que en ningún caso puede calificarse como absurda, arbitraria o errónea.

En efecto, la valoración de los medios allegados a la causa relativos al objeto de la prueba evidencia un completo y profundo análisis por parte del Tribunal actuante, tanto de la prueba aportada como de las omisiones de aportación.

En este último sentido, resulta significativo que una empresa del porte de la demandada no tenga registro del horario de ingreso y salida del trabajador, lo cual, como acertadamente expresó la Sala a fs. 405 vto., no surge de los recibos de haberes hasta julio de 2010 inclusive (ver recibos obrantes de fs. 72 a 137). Tampoco, observó el Tribunal, se aportaron planillas de control de trabajo o documento único rural. El Prof. Nelson Larrañaga Zeni ha señalado que "sin perjuicio de que el trabajador es titular de la carga de la prueba de las horas extras que trabajó, se sostiene que el empleador debe colaborar procesalmente a fin de demostrar el número de horas extras

trabajadas, ya que dispone de mejores elementos para la comprobación de los hechos o para el esclarecimiento de la verdad (tarjetas de control de horario, Libro Unico de Trabajo, etc.). De no aportarlos al proceso, crea una presunción en su contra, y se aplica al caso, el criterio de disponibilidad del medio probatorio" (Nelson Larrañaga Zeni, "Horas Extras", F.C.U., 4ta. Ed., págs. 82-83).

IV) Para la mayoría que conforma esta decisión sí corresponde hacer lugar al agravio esgrimido por la inclusión de determinados rubros en el valor hora de la jornada, para determinar el cálculo del valor hora extra.

Surge de la contestación de la demanda que se controvertió el cálculo efectuado por la actora para determinar el valor de las horas extras, al incluir las partidas "control lechero", "premio leche" y "productividad por cría de terneros".

La Corporación, en mayoría, entiende que tales rubros no deben incluirse en la base de cálculo del valor hora del jornal diario, para determinar el valor hora extra, ya que se trata de partidas de naturaleza salarial que carecen de relación directa con el tiempo en horas que el trabajador dedica a su empleo, es decir, no es una parte del salario que pueda medirse en "unidades-hora" (Cfme. Sentencias Nos. 858 y 898/2012).

Así, la Corte, en Sentencia No. 898/2012, sostuvo: "Siguiendo a Mario Garmendia en 'Temas prácticos de Derecho Laboral', éste cita la posición de Tribunales de Apelaciones, para quienes "... la consideración de una partida a los efectos del cálculo de horas extras, no depende de que posea naturaleza salarial, sino de la circunstancia de que la misma esté dirigida a retribuir el trabajo (en unidades-hora) efectivamente realizado por el trabajador. El razonamiento que fundamenta esta posición queda claramente expuesto en la sentencia de TAT 3o. (No. 69, de 7.5.1998). Apoyándose en la opinión de PLA RODRIGUEZ y AMEGLIO exponen en sendas consultas agregadas por la parte demandada, el Tribunal sostiene que para el cálculo de las horas extras, solo corresponde tomar en cuenta "... el sueldo base, sin ningún otro tipo de acrecimiento, por más que sean partidas de naturaleza salarial las que perciba el trabajador empleado mensualmente además del sueldo..." (Cfe. ob cit. Pág. 63).

La comisión sobre ventas, si bien tiene clara naturaleza salarial, carece de relación directa con el tiempo en horas que el trabajador dedica a su empleo. La comisión por ventas se genera, justamente, por las ventas efectuadas por el trabajador a lo largo de la jornada laboral, sin importar que éstas se efectúen en horario normal o durante el cumplimiento de horas extra, ya que no es un rubro salarial que corresponda medirse en unidades-hora, sino en unidades de venta".

Además, y como argumento a mayor abundamiento, debe tenerse presente que todas aquellas partidas de naturaleza salarial que deban retribuirse en función de cierta actividad en la que no se tienen en cuenta "unidades-hora" laboradas, por lógica, no pueden abonarse con el recargo correspondiente si son efectuadas en horario extra, ya que serían retribuidas dos veces.

En efecto, si el trabajador realiza la particular tarea que genera el derecho a la retribución de la partida salarial especial, y es abonada efectivamente por el empleador, éste nada deberá por ese concepto; a su vez, si el trabajador desarrolla esa actividad en horario extra, al empleador le corresponde abonar la hora extra que éste dedicó de su fuerza de trabajo, en base al jornal diario medido en "unidades-hora", y no en relación al tipo de actividad que desarrolló en ese período.

Por último, la línea de razonamiento que toma en cuenta las partidas salariales especiales para incluirlas en el valor del sueldo base, a efectos de calcular el valor hora extra, no toma en cuenta la diferencia ontológica de las primeras respecto del segundo. Véase que si se incluye las partidas salariales especiales dentro del sueldo base para luego calcular el valor de la hora extra, se elimina en los hechos la existencia de tales partidas, para incluirlas en el sueldo base, que aumenta. Ello es contrario al espíritu del contrato de trabajo, y de cómo se pactaron los diferentes elementos que integran el haz obligacional, a saber, actividades desarrolladas por el trabajador y la forma de remunerarlas. A modo de ejemplo, cuando ocurre un aumento salarial, éste repercute siempre en el sueldo base y, por consecuencia, en aquellas partidas que constituyan un porcentaje de ese sueldo base. Si las partidas salariales especiales no tienen relación, a efectos de su determinación, con el sueldo base, no se incrementarán en función del aumento de éste último.

En virtud de los argumentos expuestos, y de conformidad con la jurisprudencia antes anotada, no corresponde incluir en la base de cálculo del valor hora extra a las partidas especiales retribuidas en función de trabajo no remunerado en "unidades-hora".

V) Por último, corresponde el rechazo del agravio derivado de la condena al pago de la indemnización por despido y el aguinaldo de egreso.

A este respecto afirma la recurrente que la Sala realizó una errónea valoración de la prueba, por omitir considerar diversos medios probatorios en infracción del mandato legal de considerar cada uno de los producidos (cfme. art. 140 C.G.P.). También parecía cuestionar que la recurrida fue adecuadamente motivada.

Lo que el recurrente sindicó como falta de valoración es, en puridad, una valoración prolijamente expuesta que arriba a un razonamiento contrario a la posición de la empleadora demandada.

Así, en su considerando III, el Tribunal desarrolla un preciso relevamiento del material fáctico que le permite descartar la configuración de notoria mala conducta en el caso del Sr. Rupell. Comienza por descartar absolutamente como un hecho capaz de configurar notoria mala conducta lo producido después del cese de la relación laboral. Luego analiza la inexistencia de prueba cierta respecto del hurto de leche, ración o comestibles, así como la demora en efectivizarse la denuncia.

En ese marco, y dado el riguroso análisis que debe presidir el examen de la configuración de la notoria mala conducta, por las consecuencias que tiene ese instituto para el trabajador, el Tribunal concluye que no se acreditó mala conducta, lo que lleva a recibir la condena al pago de la condena al pago de la indemnización por despido y el aguinaldo por egreso.

Se comparte lo expresado por la Sala en cuanto a que: "en todo caso se requiere de una prueba clara, cabal, concluyente, irrefutable, que no deje lugar a dudas, pues si estas se dan, la cuestión debe resolverse, como expresara Plá Rodríguez, a favor del operario, dado que el no pago de la indemnización por dicha causal, es de carácter excepcional (Curso de Derecho Laboral T. I Vol 2 pág. 271). Pues bien, de acuerdo a lo relatado en la contestación a fs. 166vta, y 172 la empresa estaba gravada con la carga de decir claramente y de probarlo fehacientemente, cuáles de los objetos encontrados a Ruppel el día 28 de agosto de 2010 eran propiedad de la empresa y no solo no lo dijo sino que tampoco lo probó, más allá de que no se tratara de

bienes comercializados por el supermercado...Es decir, la empresa tenía que probar no solo que el actor fue detenido por la policía y que ésta le incautó objetos, sino que tenía que decir y probar que efectivamente esos objetos eran propiedad de la empresa, lo cual no ha ocurrido en la especie. En definitiva, el Tribunal entiende que en modo alguno se probó la configuración de la eximente de notoria mala conducta" (fs. 410 y vto.).

VI) La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

POR HACER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO, ANULANDO LA IMPUGNADA EN CUANTO CONDENO A ABONAR LAS HORAS EXTRA CONFORME A LO RECLAMADO EN LA DEMANDA Y, EN SU LUGAR, SE DISPONE QUE PARA EL CALCULO DE ESTAS NO CORRESPONDE INCLUIR LAS PARTIDAS POR "CONTROL LECHERO", "PREMIO LECHE", Y "PRODUCTIVIDAD POR CRIA DE TERNEROS", SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

OPORTUNAMENTE, DEVUELVA SE.

DR. JORGE RUIBAL DISCORDE: exclusivamente, en cuanto considero que tampoco resulta de recibo el agravio referido al cálculo efectuado para determinar el valor hora extra, que incluye "control lechero", "premio leche" y productividad cría de terneros", los que según el impugnante no deberían considerarse para determinar el jornal.

Como señalara en mi discordia a la Sentencia No. 898/2012 de esta Corporación: "... en mi criterio, la inclusión procede, tal como se dispusiera".

"En el art. 1 de la Ley No. 15.966, se dispone: 'Artículo 1o.- En las actividades y categorías laborales cuya jornada diaria esté limitada, legal o convencionalmente, en su duración, se consideran horas extra las que excedan el límite horario aplicable a cada trabajador'".

"Las horas a que se refiere el párrafo anterior se pagarán con el 100% (cien por ciento) de recargo sobre el salario que corresponda en unidades hora cuando se realicen en días hábiles".

"Si la prolongación de la jornada de trabajo tiene lugar en días en que, de acuerdo a la Ley, convención o costumbre, por ser feriados o gozarse de descanso semanal, no se trabaje, el recargo será de un 150% (ciento cincuenta por ciento). Esta tasa se aplicará sobre el valor hora de los días laborables".

"No se consideran horas extra, en ninguna actividad, las que exceden la duración de la jornada diaria en las situaciones previstas en el artículo 2 literales b) y c) del Convenio Internacional del Trabajo sobre el Horario en la Industria (1919)".

"El salario ha sido definido por el artículo 1 del Convenio Internacional de Trabajo No. 95 como 'la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar'".

"Partiendo de lo dispuesto por las normas mencionadas, resulta compartible lo manifestado en la recurrida en cuanto a que "... a la luz del art. 1 de la Ley No. 15.996, el salario a tener en cuenta debe ser el generado en 'unidades hora', que significa que en su hecho generador tenga incidencia el tiempo de trabajo medido en horas".

"Ambas exigencias se presentan en el rubro comisiones: pueden calificarse como salario por cuanto representan una ventaja en dinero que el trabajador percibe como contrapartida del trabajo, en el caso, de las ventas; y por cuanto el tiempo de trabajo, además de las ventas, también es determinante de su producción".

"En consecuencia, las comisiones deben integrar la base de cálculo de la hora extra. Ello por cuanto: Si trabaja más horas -superando la limitación de la jornada- tiene la chance de generar más salario, no sólo más salario fijo sino también, de realizar más ventas y por ende generar más comisiones".

"El designio del legislador al reglamentar el tiempo de trabajo fue garantizar el derecho del art. 54 de la Constitución. La hora extra con recargo, por un lado disuade al empleador de hacer que el trabajador supere la limitación de la jornada y por otro, compensa la mayor penosidad que supone el trabajo más allá de la limitación de la jornada. En tal sentido, si supera la limitación de la jornada y vende generando comisiones, esas ventas serán realizadas en el tiempo en el que el trabajo le provoca mayor penosidad al trabajador. El reconocimiento amplio del derecho a la limitación de la jornada que el texto constitucional realiza sin hacer exclusiones, no autoriza interpretar el ordenamiento inferior en sentido restrictivo y marginando al trabajador retribuido como destajista o como en el caso en examen, con retribución integrada por una porción fija y otra variable".

"Sin duda que la comisión retribuye ventas y no retribuye horas, pero, la razonabilidad indica que cuanto más horas se trabaje mayor chance de vender y producir comisiones. Entonces, la comisión constituye una forma de salario marginal que se genera por las ventas que se realizan en horario de trabajo. El tiempo de trabajo es una de las dos variables -además, la venta- para generar comisiones. Al punto que cuando la ejecución del contrato de trabajo está suspendida -por ej, durante la licencia por enfermedad- el trabajador no trabaja, no vende y no genera comisiones".

"Por lo tanto, dado que las comisiones constituyen salario, atendiendo a la normativa mencionada supra, deben considerarse en la base de cálculo de las horas extra, tal como lo dispuso la decisión recurrida".

DR. RICARDO CESAR PEREZ MANRIQUE DISCORDE: por cuanto entiendo corresponde desestimar el agravio respecto al cálculo efectuado para determinar el valor de la hora extra por los siguientes fundamentos.

Surge de la contestación de la demanda que se controvertió el cálculo efectuado por la actora para determinar el valor de las horas extras, al incluir las partidas "control lechero", "premio leche" y "productividad por cría de terneros"(fs. 168 vto. y ss.), señalando en este sentido la recurrencia que las mismas no se deben considerar al efecto, por tratarse de rubros que no guardan relación con el rendimiento del trabajador.

Considero que este agravio no es de recibo.

Sobre el punto, resultan trasladables "mutatis mutandi" los fundamentos expuestos en discordia extendida a la Sentencia No. 898/2012 en la que se expresó:

"... en el orden internacional el Convenio Interamericano de Trabajo No. 95 señala en el art. 1 que: 'A los efectos del presente Convenio, el término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar'".

"A su vez, en nuestro derecho el art. 1 de la Ley No. 15.996 establece que: 'En las actividades y categorías laborales cuya jornada diaria esté limitada, legal o convencionalmente, en su duración, se consideran horas extra las que excedan el límite aplicable a cada trabajador'".

"Las horas a que refiere el párrafo anterior se pagarán con el 100% (cien por ciento) de recargo sobre el salario que corresponda en unidades hora cuando se realicen en días hábiles..."

"Es así que, como lo señala el órgano de mérito, conforme lo establecido por la referida norma, el salario que se debe tener en cuenta a efectos de calcular el monto hora extra, 'es el generado en unidades hora, que significa que en su hecho generador tenga incidencia el tiempo trabajado medido en horas...'"

"En efecto, las comisiones constituyen salario, por cuanto es un beneficio económico que percibe el trabajador como contrapartida de su trabajo (las ventas), y cuyo monto dependerá del tiempo de trabajo.

En este sentido indicó el Tribunal, si se trabaja más horas- superando la limitación de la jornada- tiene la chance de generar más salario, no sólo más salario fijo sino también, de realizar más ventas y por ende generar más comisiones".

"... no basta con atribuirle a un rubro la naturaleza de salarial para incluirlo en la base de cálculo de las horas extras, es fundamental que su hecho generador se encuentre unido al tiempo de trabajo....".

Partiendo de éste orden de ideas, considero que los extremos señalados se configuran en autos, en la medida que el hecho generador del "control lechero", "premio leche" y "productividad cría terneros" se encuentra unido al tiempo de trabajo, es decir que cuánto más horas se trabaje mayor será la posibilidad de producir y en consecuencia de generar más salario, representando ello una ventaja económica para el trabajador.

Por lo que, resulta ajustado al contenido y espíritu de la norma, incluir para el cálculo del valor de la hora extra los aspectos referidos a "control lechero", "premio leche" y "productividad cría terneros".