

//tencia N° 560

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"FUENTES SIMONETTI, Claudia c/ LOS CIPRESES S.A. Proceso laboral ordinario. Ley N° 18.572. Casación"**, IUE 2-26455/2015, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° Turno el 21 de julio de 2016, identificada como SEF 0013-000076/2016.

RESULTANDO:

I) A fs. 218-255, Claudia Fuentes promovió demanda laboral contra Los Cipreses S.A. (Buquebus).

Sostuvo que ingresó a trabajar para la demandada el 1° de setiembre de 1992 y que, en virtud de sus méritos e intachable conducta, obtuvo diversos ascensos llegando a ocupar diversos cargos gerenciales. Fue despedida el 20 de febrero de 2015. Alegó haber sufrido un ejercicio abusivo del *ius variandi* (que le generó un gran padecimiento moral) y que fue despedida con abuso. Reclamó un total de \$3.883.362,44 (tres millones ochocientos ochenta y tres

mil trescientos sesenta y dos pesos uruguayos, con 44 centésimos) por concepto de comisiones impagas, licencia, salario vacacional, aguinaldo, daño moral, despido común, despido abusivo, daños y perjuicios preceptivos y multa legal, más los reajustes e intereses legales hasta el efectivo pago.

Los Cipreses S.A. no contestó la demanda.

II) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 16/2016, dictada el 11 de abril de 2016 por la Dra. Mónica Pereira, titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de la Capital de 12° Turno, se acogió la demanda y se condenó a la demandada a pagar los rubros reclamados, según la liquidación formulada en la demanda, más un 15% por concepto de daños y perjuicios preceptivos (fs. 280-287vto.).

III) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3^{er} Turno, integrado por los Dres. Nanci Corrales, Luis Tosi y Juan Carlos Contarin, órgano que, por sentencia definitiva identificada como SEF 0013-000340/2016, dictada el 21 de julio de 2016, confirmó la sentencia apelada, salvo en cuanto a la condena por despido abusivo y por daño moral, que dejó sin efecto (fs. 334-339).

IV) La actora interpuso recurso de casación (fs. 342-377vto.). Luego de justificar la procedencia formal de su medio impugnativo, sostuvo, en lo medular, lo siguiente:

1) La Sala, al considerar que no se probó la ocurrencia de un despido abusivo, erró en la subsunción que realizó de la plataforma fáctica que tuvo por probada: los hechos narrados en la demanda no contestada.

Ese error la llevó a desestimar tales hechos y a poner el foco en la ausencia de culpa de la demandada al despedir, lo cual constituye un error jurídico susceptible de ser corregido en casación.

Asimismo, omitió aplicar lo dispuesto en el artículo 1344 del Código Civil, conforme al cual se incurre en culpa leve cuando el agente no presta la diligencia de un buen padre de familia, figura que equivale a la del "buen empleador".

Ello es lo que surge del caso de autos, por el modo en que la empresa comunicó el despido: estando trabajando en Paraguay, luego de 23 años de servicio en la empresa, y habiendo llegado ser Gerente Comercial en Paraguay, se le comunicó telefónicamente desde Montevideo que iba a ser enviada al seguro de paro por cuatro meses. Una vez transcurrido el

plazo, fue despedida por telegrama colacionado, sin la menor consideración, pese a su cargo y antigüedad en la empresa, lo que supone una violación de las reglas básicas de cordialidad y respeto. Agregó que su puesto no fue suprimido y que se designó un nuevo Gerente Comercial en Paraguay.

Fue despedida con mala fe y sin justa causa, lo que supone una infracción a lo dispuesto en el artículo 1322 del Código Civil.

En tal sentido, para poner fin a una relación de trabajo, el empleador debe tener una causa justificada relativa a la capacidad o conducta del trabajador, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, tal como lo establece el Convenio Internacional del Trabajo N° 158 de la OIT.

Además, tratándose de una trabajadora con 23 años de antigüedad en la empresa y que ocupaba un cargo gerencial, la empleadora debió al menos, por imperio del principio de buena fe, comunicarle el despido con una antelación razonable, con explicación de causa.

2) La Sala incurrió en error al entender que los hechos narrados en la demanda no configuraban un abuso del *ius variandi* generador de daño moral, error que supone una infracción del principio de reparación integral del daño (artículo 1342

del Código Civil).

Al no haberse contestado la demanda, únicamente cabía calificar los hechos reseñados en la demanda (artículo 130.2 del C.G.P.) y la prueba documental aportada, so pena de vulnerar los artículos 130.2 del C.G.P. y 13 de la ley 18.572.

Por otra parte, como al apelar, la demandada no hizo ninguna referencia a cuestiones de valoración probatoria, la Sala mal podía analizar esa temática sin violar el principio dispositivo y el de congruencia, así como la cosa juzgada.

Además, en cuanto al daño moral, la Sala incurrió en un vicio de ausencia de fundamentación, lo que torna ilegítima su decisión por arbitraria.

3) En definitiva, solicitó que se anulara la sentencia recurrida y que, en su mérito, se confirmara íntegramente el pronunciamiento de primer grado.

V) La demandada evacuó el traslado del recurso de casación oportunamente conferido a fs. 383-393, abogando por su rechazo.

VI) Por providencia identificada como MET 0013-000054/2016, dictada el 31 de agosto de 2016, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º

Turno resolvió elevar el recurso de casación para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 396).

VII) El expediente se recibió en la Corte el 1º de setiembre de 2016 (fs. 400).

VIII) Por providencia N° 1362/2016 se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 402vto.).

IX) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, acogerá parcialmente el recurso de casación interpuesto.

II) En cuanto al despido abusivo.

Como se reseñó en el resultando IV, numeral 1, de esta decisión, la recurrente se agravió porque la Sala, al no considerar que los hechos relatados en la demanda encartaban en un supuesto de despido abusivo, habría incurrido en un error de subsunción y, por esa vía, en diversas infracciones normativas: 1º) no aplicó lo dispuesto en el artículo 1344 del Código Civil, que preceptúa que incurre en culpa leve quien no actúa según el estándar del "buen empleador"; 2º) aplicó erróneamente lo

establecido en el artículo 1321 del mismo Código al no haber advertido la ausencia de justa causa y buena fe en el despido de la actora; y, 3º) violó lo establecido en el Convenio N° 158 de la OIT.

Habida cuenta de que el agravio se basa en la errónea subsunción jurídica de los hechos tenidos por probados en la causa, a raíz de la falta de contestación de la demanda, se impone considerar cuáles son los hechos que la actora relató en su acto inicial de proposición.

En cuanto al despido abusivo, expresó:

Con fecha 31 de diciembre de 2013 se me designó Gerente Comercial de Paraguay, comenzando a ocupar el cargo en marzo de 2014. Este nuevo puesto implicaba que debía estar en dicho país cuatro o cinco días a la semana, lejos de mis afectos, y sin ningún tipo de mejora en los ingresos en relación a lo que percibía ocupando el cargo de Gerente de Mercados Internos. Tal como se dijo anteriormente, este nuevo cargo significó una pérdida de las horas de descanso, puesto que además de trabajar la misma cantidad de horas que en el Uruguay, debía viajar semanalmente y los traslados insumían gran cantidad de tiempo. Pese a todo, y siendo fiel a mi estilo, puse lo mejor de mí para cumplir con todas mis obligaciones laborales. Así,

conseguí y decoré un local, cuidando en todo momento los costos y contratando una vendedora. En el período que estuve a cargo (marzo a setiembre de 2014) conseguí aumentar drásticamente las ventas. Pese a ello, y a que nunca se me había manifestado ningún tipo de disconformidad con mi tarea, el 17 de setiembre de 2014, trabajando en Paraguay, recibo una llamada de la señora Daniela Blanco de la Oficina de Personal, por la cual me comunica que debía retornar de inmediato a Montevideo porque iba a ser despedida y se me iba a enviar al Seguro de Paro. Con fecha 24 de setiembre de 2014, se me notifica que a partir del día 21 de octubre de 2014 se me enviaría al Seguro de Paro hasta el 17 de febrero de 2015. Finalmente, el 23 de febrero del corriente, habiendo finalizado el período en el Seguro de Paro, me confirman el despido que me fuera anunciado por Daniela Blanco.

Resulta trascendental destacar a la Sede que el despido fue absolutamente incausado y arbitrario. Ni en la oportunidad en que se me comunicó telefónicamente la intención de la empresa de desvincularse de mi persona, ni cuando regresé a Montevideo, se me brindó ni una sola razón que explicara la decisión radical que había tomado. Luego de haber desarrollado toda mi carrera profesional en la empresa, a la cual le dediqué prácticamente todos los días de mi

vida desde que ingresé a la misma, en la cual logré obtener el puesto de Gerente Comercial, con una conducta intachable, donde en ninguna oportunidad se me manifestó algún tipo de disconformidad o queja respecto a mi desempeño, sino todo lo contrario, y con 23 años de antigüedad, sorprendentemente, sin causa alguna se me despide de la empresa. Luego de que di el máximo de mis esfuerzos para que la aerolínea operara en Paraguay, encontrándome allá me avisan vía telefónica con total ligereza y desinterés que se me iba a despedir. Y ello, como dije, sin motivo alguno. Esto configura sin lugar a dudas, un claro caso de despido abusivo. No solo que el despido no fue atribuible a una justa causa, lo que de por sí ya configuraría el despido abusivo (...), sino que también, fue ejercido de mala fe, con deslealtad, incurriendo en culpa. La prueba de ello, radica en que una vez que fui despedida, el puesto que yo ocupaba como Gerente Comercial de Paraguay no fue suprimido, sino que fue ocupado por el Sr. Claudio Olaz, resultando por tanto, totalmente arbitrario el despido. Sumado a ello, no se respetó un mínimo de delicadeza en la forma en que me fue transmitido el despido, apartándose el empleador radicalmente de la conducta que debe desplegar alguien que comunica a un trabajador tal decisión. La actitud asumida por la empresa dejó en claro que no se me brindó la más mínima contención ante un hecho tan angustiante

como el despido, dejando de lado la moral, las buenas costumbres y la ética que se inscribe en cualquier relación laboral (fs. 236vto.-237vto.).

Tal como surge de la transcripción precedente, el carácter abusivo del despido radicaría en la ausencia de justa causa para despedir, así como en la falta de consideración hacia el trabajador cuando se le comunicó su cese.

La Corte, en coincidencia con el criterio de la Sala, no comparte que los hechos narrados por la actora en la demanda configuren un supuesto de despido abusivo.

En puridad, el cuestionamiento de la recurrente supone que cualquier despido sin justa causa constituye una hipótesis de despido abusivo, lo cual no está en consonancia con nuestro ordenamiento legal.

Tal como ha manifestado la Corte, el despido abusivo (doloso o culposo) constituye un supuesto excepcional, ya que, de acuerdo con la legislación, el empleador tiene, de regla, derecho a despedir en forma unilateral, con cargo a pagar la indemnización tarifada que marca la ley (sentencia N° 325/2015).

De los propios hechos que narró la actora en la demanda y de la documentación que

acompañó, no surge que el accionar de Los Cipreses S.A. encarte en un supuesto de despido abusivo.

Véase que la actora fue informada por su empleadora, por medio de funcionarios del sector de recursos humanos, de que iba a pasar a "seguro de paro" y, a poco de vencido este, se le notificó por telegrama su cese definitivo.

Las calificaciones que hace la actora en punto a que el despido fue arbitrario (por no expresarse causa) y que fue ejercido de mala fe y con deslealtad no son más que eso: calificaciones de una parte interesada que, como tales, no vinculan al juez ni se encuentran comprendidas en lo que debe tenerse por acreditado por la llamada "regla de admisión", que se aplica únicamente a los hechos.

La Corte, en su actual integración, ha dicho, revalidando jurisprudencia y doctrina en igual sentido, que el despido abusivo configura únicamente situaciones de abuso flagrante, notorio, del derecho de despedir que nuestro ordenamiento legal laboral otorga al patrono.

Así, en sentencia N° 325/2015, expresó: *Sobre el particular, además, cabe citar la posición expresada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3^{er} Turno que, en Sentencia N° 85/2005, "(...) expresa el profesor De Ferrari que (...)*

la indemnización por despido abusivo procede cuando existe culpa o falta del patrono" (*Derecho del Trabajo*, 1969, T. II, págs. 431 y ss.). Por su parte, Plá Rodríguez refiere que: "Es una aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil que se suele ejercer en aquellos casos en que resulta particularmente chocante o arbitrario el despido" (*Los Principios del Derecho del Trabajo*, pág. 174); Mantero afirma que no sólo el despido que tiene una causa ilícita es abusivo sino también el que obedece a una causa aparentemente lícita pero que se cumple con intención de dañar (*R.D.L.*, T. XV, pág. 400); Ermida Uriarte señala que "(...) Se admite con carácter general que todo despido causa un daño al trabajador. Pero en la teoría del abuso del derecho y para quienes admiten su aplicabilidad al despido, dicho daño sólo dará mérito a una indemnización especial por daños y perjuicios cuando no haya sido provocado en ejercicio normal de la facultad o derecho de despedir, si no excede los límites de tal potestad (...). Cristina Mangarelli y Jorge Rosenbaum sostienen que para que deba ser reparado el daño moral o material derivado de un despido abusivo o especialmente injustificado, tiene que mediar un incumplimiento del empleador o un hecho ilícito distinto del incumplimiento del deber de no despedir sin justa causa. Sostienen estos autores que dicha ilicitud o

inobservancia se traducirá en un comportamiento particularmente injustificado del empleador, en casos especialmente graves, y señalan que tanto en la posición que cuestiona el derecho de despedir como en la que lo reconoce libremente, se sostiene que es necesario que el empleador cometa un hecho ilícito o actúe en forma particularmente objetable, para que se configure una situación de despido especialmente injustificado o abusivo (El Despido Abusivo en el Derecho Uruguayo, R.D.L., T. XXXI)", (cf. Sentencia N° 85/2005, del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3^{er} Turno).

Sobre el tema, la Corporación también ha expresado que: "(...) no basta, entonces, con que el despido parezca como injustificado (...) para que se configure una hipótesis de despido abusivo, sino que el trabajador debe probar que existió dolo, culpa o negligencia de parte del empleador (...)"; "(...) el despido abusivo o ejercicio abusivo de rescindir el contrato de trabajo, que implica causas dolosas, ilícitas, mal intencionadas y con ánimo de dañar económica o moralmente al trabajador, [es] lo que genera la aplicación de las normas del abuso de derecho" (cf. Sentencia N° 767/94).

Esta figura jurídica debe quedar reservada para situaciones excepcionales, particularmente arbitrarias o de ejercicio grosero, del

derecho de despedir (Sentencias de la Corte N^{os} 537/2000 y 600/2012).

(...) en nuestro sistema jurídico vigente el despido no requiere causación alguna, siendo un derecho potestativo del empleador que, de ejercerse abusivamente, conlleva la necesaria indemnización especial.

Se requiere la existencia de causa ilícita, que se manifieste en: los motivos (causas ajenas a la relación laboral); en la finalidad (desproporcionado y conducente a causar un daño gratuito), o en la forma (denigrante o lesiva para la dignidad y honor del empleado).

Además, deben quedar reservadas para situaciones de excepción, particularmente arbitrarias o de ejercicio grosero del derecho de despedir, tal como ha indicado la Corte en [las] sentencias ya individualizadas.

Como se advierte de los términos de esta extensa pero necesaria cita, la sinrazón de los agravios de la recurrente es clara, ya que en la demanda, como se señaló, los hechos que relata describen, simplemente, un supuesto de despido incausado, circunstancia que, sin alegación o prueba adicional, no permite calificarlos como despido "abusivo".

Se descarta, así, la ocu-

rrencia de un error de subsunción y, consecuentemente, la violación de las disposiciones normativas alegada.

Es cierto que los hechos narrados en la demanda en cuanto a cómo la demandada despidió a Claudia Fuentes -una funcionaria con 23 años de antigüedad y desempeño satisfactorio, que culminó su carrera en un cargo gerencial- pueden ser calificados por cualquier observador razonable como prueba de una frialdad y falta de cortesía profesional significativas según los usos sociales de nuestro medio; en particular, en el marco de una relación laboral de las características apuntadas.

Pero también es cierto que tal actitud, de acuerdo con los parámetros de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, no puede considerarse abusiva.

III) En cuanto al ejercicio abusivo del *ius variandi* y al daño moral consecuente.

III.1) Tal como se consignó en el resultando IV, numeral 2, de esta decisión, la recurrente cuestionó la decisión de la Sala de absolver a la demandada de la condena a indemnizar el daño moral provocado por el ejercicio abusivo del *ius variandi*.

En puridad, tal cuestionamiento se funda, nuevamente, en la denuncia de una incorrecta subsunción jurídica de los hechos alegados en

la demanda, hechos que, en virtud de la falta de contestación de la demanda, se deben tener por ciertos en el marco de lo dispuesto en el artículo 130.2 del C.G.P.

Pues bien, en la demanda, la pretensión de resarcimiento del daño moral se basó en los siguientes hechos:

1º) Imposición intempestiva e inconsulta en cuanto al goce de la licencia anual generada en el año 2012. La actora, luego de haber trabajado durante todo el año 2012, acordó con su empleadora que en el mes de abril del año 2013 gozaría de diez días de licencia, por lo cual debía reintegrarse el 2 de mayo de 2013. Encontrándose en los Estados Unidos gozando de su quinto día de licencia, recibió una llamada del sector Recursos Humanos de Los Cipreses S.A. comunicándole que debía gozar el resto de la licencia.

En tal sentido, el 25 de abril de 2013, se la conminó por correo electrónico en estos términos: "(...) te tenés que tomar los restantes 16 días generados en el 201[2]; en vez del 02.05.2013, te reintegrás el 22.05.2013 (...)", (fs. 69). La actora requirió a la empresa por diversos medios que se le explicara tal imposición, incluso dirigiéndose a quien dirigía la aerolínea de Buquebus, Juan Patricio López (fs. 220-220vto.), sin obtener respuesta alguna.

2°) Cambio perjudicial de cargo, con disminución de ingresos. En el mes de mayo de 2013, cumpliendo la licencia que le fuera impuesta, sin previo aviso y para su sorpresa, se le comunicó que se la nombraba Gerente Comercial de Mercados Internos. Esto significó una rebaja considerable de su categoría, ya que pasó de ocupar el puesto de Gerente Comercial de BQB Líneas Aéreas a Gerente de Mercados Internos. No solo se le disminuyó el salario, sino que se le asignaron tareas de menor relevancia, confinándola a una oficina sin ventanas, fuera del local de la empresa y sin personal a cargo. Sufrió descrato y falta de consideración por parte de la empresa, dado que no se le brindó ninguna explicación de la rebaja dispuesta.

Alegó que sufrió angustia y humillación, además de estar expuesta a todo tipo de suposiciones entre los empleados y operadores del ramo (fs. 220vto.-221).

3°) Supresión del ingreso por comisión por ventas de la aerolínea. Desde mayo de 2013 hasta noviembre de 2013, su salario se vio reducido, ya que se le quitó la comisión variable del 0,35% de todas las ventas de BQB que superaran los U\$S400.000 mensuales, lo que le implicó una rebaja salarial del orden de los U\$S1.400 por mes (fs. 221).

4°) Supresión del ingreso

por comisión fija. En el mes de diciembre de 2013, la empleadora dejó de pagarle el importe fijo que percibía por concepto de comisiones, que ascendía a \$31.665 mensuales, lo que implicó una segunda y considerable reducción de su salario (fs. 221).

5°) Nuevo cambio de cargo, traslado internacional del lugar de trabajo y discriminación. El 31 de diciembre de 2013, a las 21 horas aproximadamente, en forma absolutamente intempestiva y sorpresiva, su empleadora le comunicó, vía correo electrónico, que pasaría a ser la Gerente Comercial de Paraguay, lo cual implicaba que permaneciera cuatro días por semana en dicho país, sin que se incrementaran sus ya disminuidos ingresos. Es decir, se le cambió de cargo y se la envió a trabajar a otro país, con todo lo que ello implica. Asimismo, sufrió un trato discriminatorio en relación con el resto de los gerentes que trabajan en distintos países para la empresa, ya que a ellos les hacían entrega de un vehículo y les arrendaban un apartamento, en tanto que, en su caso, debía viajar todas las semanas, alojándose en hoteles (fs. 221vto.).

6°) Imposición de la fecha del goce de la totalidad de la licencia anual generada en el año 2013. En el año 2014, por segunda vez consecutiva y al igual que lo sucedido en el año 2013, se le impuso cuándo debía gozar la licencia y que no

podía fraccionarla (fs. 221vto.).

A juicio de la Corte, esta plataforma fáctica, que debe tenerse por cierta, encarta sin dificultad en un supuesto de ejercicio abusivo del *ius variandi*, en sintonía con lo expuesto por estudios especializados sobre el punto (Eduardo Ameglio y Leonardo Slinger, "Las variaciones del contrato de trabajo", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2000, Número 1, págs. 149-175, "Cambios en el contrato de trabajo"; Natalia Carbajal Macías, "Cambios en el contrato de trabajo", *XI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo*, FCU, 1999, págs. 27-32; Cristina Mangarelli, "Algunas reflexiones acerca del *ius variandi* y de su aplicación en el Derecho uruguayo", *XI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo*, FCU, 1999, págs. 7 y sgtes.).

En dos oportunidades, la empleadora forzó a la trabajadora a hacer uso de su licencia anual, cuando previamente habían acordado otra cosa; se la relegó y rebajó de categoría; se le redujo el salario en dos ocasiones y, finalmente, se la trasladó a cumplir funciones a otro país (Paraguay) sin los beneficios que se brindaban usualmente en esos casos.

Tales hechos pueden ser calificados sin esfuerzo como ejercicio abusivo de la

potestad del empleador de variar aspectos esenciales del contrato de trabajo.

Al respecto, el Tribunal realizó un somero análisis de los hechos, pues, en pocos párrafos, únicamente se detuvo a considerar el traslado operado a Paraguay (fs. 338 *in fine*-338vto.), omitiendo considerar los otros episodios alegados en la demanda, los cuales, por sus características, implicaban groseras violaciones del contrato de trabajo vinculante.

En función de lo expuesto, la Corte coincide con la recurrente en que la Sala subsumió erróneamente los hechos narrados en la demanda configuradores de un ejercicio abusivo del *ius variandi*, lo cual implica, por vía de consecuencia, otras infracciones normativas, como la alegada infracción del derecho a la reparación integral del daño.

En este punto, el cambio de trascendentes condiciones de trabajo puede generar un daño moral, aun cuando el trabajador opte por no denunciar el contrato o por considerarse indirectamente despedido, máxime cuando, como en el caso, la actora se encontraba fuertemente endeudada con una institución bancaria de plaza (fs. 76), circunstancia que hace presumible que la constreñía a conservar el trabajo pese a los incumplimientos de la empleadora.

Por otra parte, cabe re-

saltar que la indemnización por despido tarifada no contempla las infracciones contractuales anteriores, simultáneas o posteriores al cese.

Por consiguiente, tanto el eventual sufrimiento moral padecido por la ejecución del contrato de trabajo como la indemnización consecuente son independientes de la indemnización por despido tarifada.

Ahora bien, en el caso de autos y ante la ausencia de producción de prueba específica, cabe establecer si las circunstancias apuntadas realmente pudieron provocar un daño no patrimonial en la esfera de la trabajadora, con un grado de suficiencia y gravedad tal que permita tenerlo por acreditado *in re ipsa*. Ello supone, como es sabido, que los extremos fácticos constitutivos o determinantes del sufrimiento se reputan probados por la propia naturaleza de las cosas, por lo que normalmente acaece, sin que sea dable exigir una prueba acabada o concluyente de la existencia del daño para que se otorgue la indemnización correspondiente.

Partiendo de la indiscutida naturaleza alimentaria del salario, no podemos soslayar que la actora sufrió dos reducciones salariales muy significativas, una rebaja de categoría y que fue trasladada a Paraguay sin los beneficios que recibían

los otros gerentes de la empresa que trabajaban en el exterior. Como es razonable advertir, todos estos episodios suponen vivencias sumamente angustiantes, que mortifican severamente a quien las sufre.

Tales eventos no describen una mera molestia, sino que dan cuenta de una aflicción seria y efectiva, generadora de daño extrapatrimonial cierto, relevante e indemnizable, máxime tratándose de una trabajadora con cargo jerárquico, que prestó sus servicios por más de 20 años para su empleador en forma destacada. Ello surge corroborado por la prueba documental agregada (historia clínica de fs. 92-217 e informes de fs. 92-93).

En definitiva, a juicio de la unanimidad de los integrantes de la Corte, hay mérito para anular la recurrida en cuanto desestimó la reclamación por daño moral.

III.2) En cuanto al monto del daño moral, existe divergencia entre los integrantes de la Corporación.

La mayoría de la Corte, integrada por los Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak, Ricardo Pérez Manrique y el redactor, considera que corresponde fijar un importe menor al que se estimó en primera instancia.

En este punto, la parte

demandada no interpuso recurso de casación ni de adhesión a la casación, porque ningún agravio le ocasionaba la sentencia de segunda instancia, que desestimó el rubro, conforme a lo peticionado en el recurso de apelación (fs. 302). En este sentido se han pronunciado estudios especializados: Jorge Perera, "Apelación y segunda instancia", 1ª edición, pág. 149 y sgtes.; Santiago Labat y Alfredo Taullard, "Algunos aspectos prácticos en materia de adhesión a la apelación", en las XIV Jornadas de Derecho Procesal.

Al respecto, la Corte ha señalado: *Se cuestiona la decisión de la Sala en cuanto aplicó, en mayoría, la teoría del agravio eventual.*

Será recibida la impugnación; se comparte el criterio sustentado en la discordia, por cuanto no correspondía, conforme a derecho, que la parte actora interpusiera recurso de apelación ni adhesión a la apelación respecto a un pronunciamiento que no le causaba ningún agravio, dado que había condenado a la parte demandada por el total de la suma reclamada en la demanda.

Exigirle a la parte gananciosa en un juicio, cuya sentencia es apelada por el perdedor, que adhiera a la apelación para el caso eventual de que sea revocada en su perjuicio, implica un exceso, porque va de suyo que en el caso propuesto, el

contestar la apelación de la contraparte y rebatir los agravios por ella esgrimidos, implica que se aboga por la confirmatoria de ese fallo.

Si la impugnación es el remedio jurídico para remover una desventaja emergente de la decisión judicial, es imposible imaginar un recurso interpuesto por quien sostiene al mismo tiempo que la sentencia no le causa gravamen (De la Rúa, 'El recurso de casación', pág. 53, Ed. 1968, arts. 242, 248, 249, 253.1 y conc. C.G.P.), (sentencia N° 1334/2010).

Y Jorge Perera enseña: Quien resultó victorioso carece de interés en recurrir, aunque la sentencia le hubiera otorgado la razón por argumentaciones diferentes. Inclusive el instituto de la adhesión a la apelación, supone también la sucumbencia y no una mera reiteración de defensas, alegaciones y/o argumentaciones (...).

Ahora bien. En estos casos si su contraparte apela, todas las defensas que oportunamente fueron planteadas por el victorioso quedan sometidas y deben ser consideradas por el Tribunal superior (...).

Naturalmente que la parte victoriosa, al evacuar el traslado de la apelación, podrá reiterar sus argumentos e inclusive aquella defensa que no fue considerada. Algunos autores

extranjeros, denominan esto 'adhesión implícita a la apelación', lo que puede inducir a confusión ya que el régimen uruguayo consagra la adhesión en forma amplia pero sobre la base de la sucumbencia. (...) aún en el caso de no contestarse la apelación principal o no reiterar las defensas al evacuar ese traslado, las mismas de cualquier manera quedan sometidas al 'ad quem', en el supuesto de que en la segunda instancia se revoque el pronunciamiento anterior ("Apelación y segunda instancia. Proceso Civil y Penal", Amalio M. Fernández, págs. 149-150).

Aclarado tal extremo, cabe recordar que este Colegiado ha indicado reiteradamente que el monto de la reparación del daño moral es tarea eminentemente discrecional del juzgador, por lo que no puede configurarse infracción a ninguna norma de derecho, salvo que se fijara una cifra arbitraria o absurda, por ínfima o desmesurada (sentencia N° 394/2015, entre otras).

En el caso concreto, la suma fijada (y respecto a la cual se agravió la demandada al fundar el recurso de apelación) asciende a \$893.456,56 (ochocientos noventa y tres mil cuatrocientos cincuenta y seis pesos uruguayos, con 56 centésimos) resulta absurda por ser extremadamente exagerada, mayor, inclusive, al importe con el cual se

indemniza la pérdida de funciones vitales o la vida. En efecto, el importe reclamado (y condenado), que casualmente coincide con el importe de la indemnización por despido, se aparta claramente de los parámetros jurisprudenciales, por lo que, sin desconocer las dificultades que ello implica, se considera adecuado fijarlo en \$200.000 (doscientos mil pesos uruguayos).

A juicio del redactor, cabe precisar que, más allá de la procedencia genérica de la categoría jurídica del "agravio eventual" en determinados supuestos, no cabe su aplicación en el caso, ya que, encontrándose dentro de las facultades de la Corte resolver sobre la existencia misma del daño moral, nada obsta a que pueda también modificar su cuantía en un monto menor al reclamado en autos.

IV) En cuanto al error *in procedendo*.

Tal como se reseñó en el resultando IV, numeral 2, de esta decisión, la recurrente se agravió de que la Sala hubiera valorado la prueba aportada en relación con la procedencia de la indemnización por despido abusivo y daño moral. Adujo que tal proceder, atento a las consecuencias de la falta de contestación de la demanda, violó lo dispuesto en el artículo 130.2 del C.G.P., así como lo establecido en el artículo 13 de la ley 18.572.

La crítica articulada no es de recibo ya que, en lo medular, el agravio consiste en otra denuncia de un error de subsunción jurídica de los hechos tenidos por probados por la Sala. Se trata, entonces, de un error *in iudicando*, subsumible en lo expuesto en los considerandos precedentes.

V) El contenido de este fallo obsta a imponer, en esta etapa, especiales condenaciones en gastos causídicos (artículo 279 del C.G.P.).

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

FALLA:

Anúlase la sentencia recurrida en cuanto desestimó la pretensión por resarcimiento del daño moral y, en su lugar, condénase a la demandada a pagar a la actora la indemnización correspondiente a dicho rubro en iguales términos que en el pronunciamiento de primer grado, salvo en cuanto al importe de la indemnización, que se fija en \$200.000 (doscientos mil pesos uruguayos).

Sin especial condenación procesal.

Y devuélvase.

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE PARCIAL: por
cuanto entiendo que co-
rresponde mantener firme
la condena por daño moral
dispuesta en primera ins-
tancia, por los siguientes

fundamentos.

Entiendo que si bien el
monto indemnizatorio (que no estaba alcanzado por la
admisión de los hechos), no puede significar una suma
figurada o simbólica, sino una verdadera reparación del

daño moral infringido, lo cierto es que, en el caso, el monto dispuesto en primera instancia como condena (\$893.4546,56) resulta excesivo.

Empero, como la demandada -en desafortunada defensa- no se agravió "ad adventum" para el caso de arribarse a un fallo anulatorio y, a causa de ello, no solicitó se morigerara la condena, la Corte ahora se ve impedida de modificar el alcance del fallo de primera instancia (Cf. Jorge Perera en "*Apelación y segunda instancia...*", 3era. Ed. corregida, ampliada y actualizada según Leyes Nos. 19.090 y 19.293...", A.M.F./2015, pág. 63 y ss.; Selva Klett en "*Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*", T. III, F.C.U./2014, págs. 70 y ss.).

Tal circunstancia me lleva a votar por mantener firme la condena recaída en primer grado.

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA