

//tencia No.192

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ

Montevideo, veinte de junio de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "GUIMARAENS, DIANA Y OTROS C/ COMISIÓN DE APOYO DE LOS PROGRAMAS ASISTENCIALES DE A.S.S.E. Y OTRO - PROCESO LABORAL ORDINARIO LEY Nº 18.572 - CASACIÓN", IUE: 2-50243/2014, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la codemandada A.S.S.E. contra la sentencia definitiva Nº 194/2015 dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva Nº 13 del 4 de mayo de 2015, la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia del Trabajo de 18º Turno desestimó las excepciones opuestas y la demanda promovida, sin especial condenación procesal (fs. 872-888).

II) Por sentencia definitiva Nº 194 del 11 de noviembre de 2015, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno, con las voluntades conformes de los Sres. Ministros Dres. Nanci Corrales, Luis Tosi y Silvia de Camilli y la discordia de la Sra. Ministra Dra. Gabriela Merialdo,

falló:

"Confirmando la sentencia recurrida en lo resuelto con referencia a los descansos intermedios.

Revócase y en su lugar se condena a las demandadas a pagar los rubros reclamados según liquidación de la demanda, más reajuste e intereses legales, multa y daños y perjuicios preceptivos que se estiman en un 10% sobre los rubros objeto de condena.

Costas del grado a cargo de la parte demandada, sin especial condena en costos (...)" (fs. 939-946 vto.).

III) Contra dicha sentencia, la codemandada A.S.S.E. interpuso el recurso de casación en estudio (fs. 950-958) por entender que el Tribunal infringió o aplicó erróneamente las siguientes normas: las leyes 10.449 y 14.791; el decreto 138/05; y los arts. 137, 140, 141, 197, 198 y 257 del C.G.P.

En tal sentido, expresó, en síntesis, los siguientes agravios:

a) En las normas que la Sala transgredió, se prevé la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo para determinar la inclusión de los trabajadores en los distintos grupos de actividad. Dicha competencia, evidentemente, no le pertenece al Poder

Judicial.

b) El tribunal *ad quem* no tuvo en cuenta que la Comisión de Apoyo no brinda servicios de salud de manera directa, sino que su función es asistir a la gestión hospitalaria.

c) El Tribunal se equivocó al condenar a pagar las primas por presentismo y antigüedad, diferencia de nocturnidad, atención directa al paciente, block quirúrgico, licencia reglamentaria, salario vacacional, licencia maternal, tickets, uniformes y lavado. Este error radicó en que el órgano de segundo grado consideró aplicable lo previsto para el Grupo 20.

IV) La codemandada Comisión de Apoyo de Programas Asistenciales Especiales de A.S.S.E. Unidad Ejecutora 068 y la parte actora evacuaron el traslado del recurso de casación interpuesto (fs. 971-973 vto. y 975-979 vto., respectivamente).

V) Franqueada la impugnación (fs. 981), los autos fueron recibidos en este Alto Cuerpo el 24 de febrero de 2016 (fs. 987).

VI) Por auto N° 213 del 29 de febrero de 2016, se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia (fs. 988), a cuyo término se acordó el presente pronunciamiento en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por el quórum legalmente requerido (art. 56 inc. 1 de la ley 15.750), relevará de oficio la falta de legitimación pasiva de la codemandada A.S.S.E. y, en su mérito, desestimaré la demanda promovida en su contra.

II) La estructura procesal para tramitar pretensiones laborales contra Administraciones públicas

Con carácter liminar, corresponde que la Corporación se pronuncie sobre la estructura procesal por la cual se debieron haber tramitado las pretensiones acumuladas en el presente proceso, ya que ello tiene incidencia en la forma en la que se tramitó el recurso de casación.

A juicio de este Colegiado (en tesitura que comparten sus cinco miembros naturales), las pretensiones acumuladas en autos debieron haberse tramitado por la estructura del proceso ordinario de conocimiento prevista en el Código General del Proceso, y no -como se hizo de hecho- por la estructura del proceso ordinario regulada por la ley 18.572.

El art. 7 de la ley 18.572 dispone:

“(Ámbito de aplicación).

Con excepción de lo establecido en normas que prevean procedimientos especiales, en materia laboral el proceso se regirá por lo previsto en esta ley”.

A su vez, el art. 2 de la citada ley define a la materia laboral como: “asuntos originados en conflictos individuales de trabajo”; definición que coincide con la brindada por el art. 106 de la Ley 12.803.

El concepto de conflicto individual de trabajo fue legalmente limitado por el art. 341 de la ley 18.172, en cuanto dispone:

“Declárase que los conflictos individuales de trabajo a que refiere el artículo 106 de la Ley N° 12.803, de 30 de noviembre de 1960, no incluyen aquellos casos en los que, cualquiera sea la naturaleza de la relación, una parte en la misma sea una Administración estatal”.

La norma continúa vigente, por ser una disposición especial que no puede considerarse derogada por la ley del proceso laboral.

Por ello, la estructura procesal que resulta aplicable a los procesos en que se juzguen conflictos individuales de trabajo en los que sea parte una Administración estatal no es la del proceso laboral ordinario previsto en la ley 18.572, sino la del proceso ordinario de conocimiento regulado

en el Código General del Proceso.

La duda interpretativa se instaló en la doctrina de forma casi inmediata a la entrada en vigor de la ley.

Sobre esta cuestión, Klett plantea:

"De todas formas, no corresponde soslayar las dificultades que pueden plantearse en torno a la interpretación del art. 2 de la Ley, para armonizarlo con lo dispuesto en la Ley N° 18.172. En tal sentido cabría preguntarse, si resultan de aplicación estas nuevas estructuras, en los procesos en que el objeto del proceso lo constituye un conflicto individual de trabajo, cuando una parte es una Administración pública estatal. Y, ello aunque se entienda que esta competencia permanece en los Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo y en los Jueces de Paz según la cuantía del asunto" (Klett, Selva, "Proceso ordinario", en *Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral. Ley N° 18.572*, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, febrero de 2010, pág. 163).

En esta misma línea de razonamiento, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, en su sentencia N° 541/2012, expresó:

"No deben confundirse las normas competenciales, que meramente determinan qué

órganos jurisdiccionales han de conocer en un asunto, con las sustanciales (de Derecho Laboral o Administrativo) que pueden resultar aplicables al objeto del litigio como solución de fondo ni con las procedimentales, que establecen simplemente cuál es el trámite que ha de seguir el asunto sometido a decisión.

Por ejemplo, que se trate de un conflicto individual de trabajo contra el Estado solamente determina que en el plano competencial resulten convocadas para conocer del asunto, en Montevideo y en el Interior, en primera instancia, las sedes con competencia contencioso-administrativa, y en alzada, los Tribunales de Apelaciones en lo Civil.

Pero ello no determina la procedencia de las estructuras procesales previstas por la Ley n° 18.572 ni condiciona el régimen sustantivo aplicable a la pretensión, en ningún sentido. Lo último constituye una cuestión de mérito a examinar en la eventual sentencia definitiva a recaer. A su vez, la temática relativa al procedimiento es independiente del Derecho Sustantivo que resulte aplicable, y en los conflictos individuales contra el Estado, se apliquen o no normas laborales, la vía procesal a seguir no es la de la Ley n° 18.572 (en mayor ni menor cuantía) sino la ordinaria del Código General del Proceso.

La vía ordinaria es la

común, la procedente a falta de otra específica designada, de acuerdo con lo establecido por el art. 348 del Código General del Proceso, y resulta ser la indicada en el presente caso, porque la parte actora incurre en error al sostener que se rige, en procedimiento, por la Ley n° 18.572.

Esta última prevé en su art. 2 que 'Los Tribunales de la jurisdicción laboral entenderán en los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo' y en el 7° que 'Con excepción de lo establecido en normas que prevean procedimientos especiales, en materia laboral el proceso se regirá por lo previsto en esta ley'.

Por consiguiente, una pretensión laboral típica ingresa en la competencia laboral especializada y ha de ser tramitada por las vías que la Ley citada prevé 'en materia laboral'.

Pero un conflicto de trabajo que involucre al Estado se rige desde el punto de vista de la competencia por el art. 341 de la Ley n° 18.172, norma especial cuya vigencia bien fundó la apelada; y en cuanto al procedimiento, dado que ya no configura materia laboral típica, sino la especial con participación del Estado, o contencioso-administrativa, no ingresa en el art. 7 de la Ley n° 18.572 y carece de norma que le asigne otro procedimiento extraordinario o

especial, de manera que ha de sustanciarse por la vía común, procedente toda vez que no existe otra señalada, que es la estructura ordinaria del Código General del Proceso'".

En los supuestos de acumulación inicial de pretensiones conforme al art. 120 del C.G.P. (una, de materia laboral; y otra, no estrictamente laboral -por imperio del art. 341 de la ley 18.172-), corresponde aplicar la estructura que brinda mayores garantías.

Como ha expresado la doctrina, cabe destacar que:

"La otra cuestión que se plantea, es si es viable la acumulación de pretensiones sometidas a tractos procesales diferentes. La respuesta afirmativa se impone, en función del principio dispositivo, en tanto el accionante, a quien beneficia la abreviación estructural, puede renunciar a la misma para optar por la deducción conjunta de dos pretensiones, las que obviamente habrán de tramitarse por la estructura que revista las mayores garantías.

Esta solución no emana de la letra directa de la ley, la que tampoco lo prohíbe. En aplicación de la norma de integración (art. 15) es lícito recurrir a un instituto de ratio similar como es la acumulación de autos, respecto del cual el art. 324.8

adopta la tesis que se postula" (Vescovi, Enrique, De Hegedus, Margarita, Klett, Selva, Minvielle, Bernadette, Simón, Luis María, Pereira Campos, Santiago, *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, Tomo 3, Editorial Ábaco, 1995, pág. 216).

Por ello, la Suprema Corte de Justicia considera que el recurso de casación debe ser tramitado con arreglo a lo previsto por el Código General del Proceso, y no de acuerdo con las normas de la ley 18.572.

Como también se ha expresado a nivel doctrinario, en suma, sostener la vigencia del art. 341 de la ley 18.172 implica sostener, simultáneamente, el acotamiento de la definición legal de la materia laboral contenida en el art. 2 de la ley 18.572 (jurisdicción del trabajo). De acuerdo con este postulado, los conflictos individuales de trabajo en que sea parte una Administración estatal ingresan en la competencia de los Juzgados de Paz Departamentales de la Capital o de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo en el Departamento de Montevideo, o bien en la de los Juzgados de Paz del interior (de todas las categorías) y de los Juzgados Letrados de Primera Instancia del interior con competencia en materia contencioso administrativa, siempre dependiendo de la cuantía del asunto. Y, en

todos los casos, la estructura procesal aplicable será la del proceso ordinario de conocimiento previsto en el Código General del Proceso (Olivera Rangel, Germán, "La regulación legal de la competencia laboral y su relación con la estructura procesal aplicable en caso de procesos en que sea parte una Administración estatal", en *R.U.D.P.* 2/2011, pág. 1029).

Ello, sin perjuicio de que se entienda que, en casos como el de autos, la parte actora puede optar -en caso de que los codemandados sean un particular y una Administración pública- entre presentar su demanda ante la Justicia del Trabajo o ante la Justicia Contencioso Administrativa (como entienden los Sres. Ministros Dres. Chediak, Hounie y Martínez; cf. sentencias Nos. 1.726/2009, 1.996/2009, 2.317/2010, 420/2012, 788/2013, 1.769/2013, 1.941/2014 y 1.189/2015, 2.185/2015 y 105/2016 de la Corporación, entre muchas otras); o bien que se considere que, aun en tales hipótesis de acumulación, la competencia exclusiva la ostentan los Juzgados con competencia en materia contencioso administrativa -por imperio del art. 341 de la ley 18.172- ya sean de Paz o Letrados, dependiendo de la cuantía del asunto (opinión de los Sres. Ministros Dres. Larrieux y Pérez Manrique; cf. sentencia N° 1.696/2012 de la Corporación; y discordias extendidas por los referidos Sres. Ministros en las sentencias Nos.

1.529/2013, 1.804/2013 y 2.091/2015 de este Alto Cuerpo, entre otras).

Finalmente, el hecho de que ambas instancias hayan sido tramitadas por la estructura ordinaria regulada en la ley 18.572 y de que las partes lo hayan consentido resulta irrelevante para la Corporación al efecto de la tramitación del recurso de casación, por el carácter indisponible de las normas procesales y por no existir preclusión al respecto.

III) La ausencia de legitimación de la codemandada A.S.S.E.

A juicio de la mayoría que concurre a dictar el presente pronunciamiento (integrada por los Sres. Ministros Dres. Larrieux, Chediak, Pérez Manrique y Hounie), A.S.S.E. carece de legitimación pasiva en causas como la que se promovió en estos autos.

Ahora bien, la circunstancia de que la referida codemandada no haya opuesto la excepción correspondiente y de que la cuestión tampoco se haya mencionado en ninguna de las dos sentencias de mérito no obtura en lo más mínimo el poder-deber que ostenta la Corporación para relevar de oficio la ausencia de legitimación pasiva (art. 133.2 inc. 1 del C.G.P.), por cuanto, como es sabido, se trata de un presupuesto procesal.

Con relación a este poder-

deber, la Suprema Corte de Justicia ha expresado, en términos que corresponde reiterar, que:

"(...) la temática relativa a la legitimación de las partes resulta relevante de oficio por lo que no puede sostenerse que el Tribunal no se encontraba habilitado para ingresar a la consideración de tal aspecto, lo que deja carente de sustento el agravio ejercitado.

Al efecto corresponde recordar que Vescovi en 'Derecho Procesal Civil', tomo II, pág. 164, al analizar el presupuesto de la legitimación expresa que: 'La falta de capacidad o de personería, si no se opone como excepción dilatoria, no se podrá reclamar luego ...; la falta de legitimación sí; el juez deberá en todo caso examinarla'. En igual línea de razonamiento, el autor argentino Lino Enrique Palacio, en 'Derecho Procesal Civil', tomo I, pág. 411, sostiene que 'El rechazo de la excepción, asimismo, que sólo puede fundarse en la falta de concurrencia de ese atributo, no constituye obstáculo para que el juez, en la sentencia definitiva, declare la inexistencia de legitimación para obrar, aún en el caso de que el demandado no haya opuesto, al contestar la demanda, la llamada defensa de falta de acción'.

Posición coincidente con la sostenida en los pronunciamientos citados en la

Revista Uruguaya de Derecho Procesal No. 3/1995, donde se expresara en caso No. 473: 'La legitimación causal, que es un presupuesto de la decisión de mérito, pero que se examina en la época de dictar sentencia definitiva (salvo la expresa circunstancia de la audiencia preliminar, de aplicación restringida a ese único caso), es totalmente relevable de oficio aún por el Tribunal de alzada si éste lo advirtiera en esa etapa. Dicho presupuesto material resulta relevable de oficio, por lo que carece de trascendencia la circunstancia de que la defensa de falta de acción no haya sido articulada en la oposición a la pretensión' (Trib. 5o., Sent. No. 142/991, RUDP No. 1/992). Así como el fallo emanado del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno No. 152/994 donde se sostuviera: 'La legitimación ad causam puede y debe ser analizada de oficio; la falta de capacidad o de personería, si no se opone como excepción dilatoria no se podrá reclamar luego; la falta de legitimación sí, el Juez deberá en todo caso examinarla' (ob. cit. pág. 409).

En igual sentido la Corte en Sentencia No. 216/2006 señaló que: '... la referida ausencia de legitimación constituye un presupuesto (procesal o material según las distintas concepciones) de la sentencia de mérito que puede hacerse valer de oficio por el tribunal. Así, sostiene Gozaíni que:

'...dado que la legitimación para obrar constituye una típica cuestión de derecho (tanto material como adjetivo), queda entre las potestades del juez apreciar de oficio el tema, de forma tal que aun sin que las partes lo pidan podrá declararse la inadmisión de una demanda, como la negativa a integrar la relación procesal con quien no sea la parte legítima de la relación que se pretende entablar. Dicho examen ... es resorte exclusivo de la función jurisdiccional, y si las partes no lo alegan, no existen limitaciones naturales que impidan investigar el derecho del titular o la resistencia hipotética del demandado, pues ambos supuestos son necesarios para dar validez absoluta al pronunciamiento definitivo ...' ('La legitimación en el proceso civil', pág. 188, Ed. Ediar, año 1996). En la misma línea argumental, G. De Midón expresa sobre el punto que '... sea que hubiera mediado o no denuncia de parte ... tratándose de la calidad o legitimación para obrar de un requisito esencial de la pretensión, el juez debe examinar el tema, que constituye una típica cuestión de derecho. Sólo después de acreditarse las 'justas partes' o las 'partes legítimas' -condición de admisibilidad intrínseca de la pretensión- se entra en el juzgamiento de mérito de lo pretendido ...' ('Lecciones de Derecho Procesal Civil', pág. 312, Ed. Mave, año 1999) (cf. Vescovi y otros, op. cit., T. 3,

pág. 395; Tarigo 'Lecciones de Derecho Procesal Civil', T. 1, pág. 279; Lino E. Palacio: 'Derecho Procesal Civil', T. 1, pág. 411)" (sentencia N° 19/2015 de este Alto Cuerpo).

En otras palabras, pero en la misma línea argumental, la Corporación ha manifestado:

"(...) el art. 133 in fine CGP impone al tribunal el poder-deber de relevar de oficio aquellas cuestiones que considera verdaderos presupuestos procesales. La imposición de tal deber se justifica porque -como dice Barrios de Angelis- el presupuesto procesal es un dato de orden público, cuya trascendencia supera la mera condición de elemento del acto. Su presencia está exigida por el orden público, de modo que su ausencia inficiona no solo un acto, sino toda la serie que carece de él como elemento antecedente.

Concluye el citado autor diciendo que el presupuesto procesal es una circunstancia de hecho o de derecho que hace imposible la promoción o la continuación de un proceso, determinando su inexistencia (Teoría, ps. 129-131, 183; El proceso civil, ps. 128 y 148; cf. Vescovi, E., Derecho Procesal, t. II, p. 313; Vescovi, E. y otros, Código General del Proceso, t. 3, p. 394; Viera, L.,

'Teoría General del acto jurídico y los presupuestos procesales', en Estudios en Homenaje a Eduardo J. Couture, ps. 916-917)" (sentencias Nos. 515/2014 y 338/2015).

La Corporación ya se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la falta de legitimación de A.S.S.E. en casos como el debatido en este expediente.

Así, este Colegiado ha expresado, en términos que es dable reproducir, que:

"La parte actora entabló su reclamo contra ambas Instituciones, fundando su legitimación pasiva en la figura del empleador complejo, alegando que se desempeñaban para ambas empleadoras, existiendo subordinación jurídica respecto de las dos, señalando que la Comisión de Apoyo es quien los contrata, paga el salario, y a su vez los trabajadores se desempeñan en un servicio asistencial perteneciente a A.S.S.E. (...).

Tanto el decisor de primera instancia como el Tribunal 'ad quem' relevaron la falta de legitimación sustancial pasiva de A.S.S.E., en razón de que no existe vínculo funcional entre los promotores respecto de los rubros demandados, decisión que -como se señalara ut supra- si bien es pasible de revisión conforme el art. 268 in fine del C.G.P.,

corresponde su rechazo al compartirse los fundamentos expuestos en ambas instancias para arribar a tal decisión.

Refiriéndose a la figura del empleador complejo, la Corte ha sostenido que ella se da en supuestos '... en los que existe una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y se benefician simultáneamente de los servicios de un trabajador, pero que en principio carecen de lazos de dependencia entre sí y no están sometidas a un mismo centro de dirección, lo que las aleja de la figura del conjunto económico (Castello, Alejandro, responsabilidad solidaria en el D. del trabajo, pág. 125' (Sentencias Nos. 578/2012 y 381/2014).

Tal como precisaran los Tribunales de mérito: '... en la especie no se da el supuesto de empleador complejo reclamado por la accionante. En efecto, como bien lo sostiene la codemandada Comisión de Apoyo a los Programas Asistenciales de A.S.S.E. (fs. 214) la referida teoría del empleador complejo tiene su fundamento en que el trabajador no tiene porque saber quién es jurídicamente su empleador, extremo que no se da en la especie. En efecto, las accionantes tienen pleno conocimiento de que contrataron sus servicios con la referida Comisión de Apoyo y no con A.S.S.E.' (...)

En el subexamine, como fue relevado en ambas instancias, los promotores comenzaron a prestar funciones para la Comisión en el Hospital Pereira Rossell a partir del primero de agosto de 2000, trabajando como auxiliares de enfermería e Instrumentista, celebrando contratos con dicha Comisión, no existiendo vínculo funcional alguno con A.S.S.E., por lo que procede desestimar el agravio deducido.

Con las naturales adecuaciones, resulta trasladable lo expresado por la Corte en Sentencia No. 409/2014: ‘... la Comisión Honoraria del Patronato del Psicópata y el M.S.P. no conforman un conjunto económico, ya que ambos son personas jurídicas independientes, como ya se señalara por la Corte en caso análogo al presente donde, por mayoría, se sostuvo que: ‘... en el caso, la legitimación pasiva del M.S.P. no fue adecuadamente fundada en la demanda, limitándose los accionantes a expresar que el Patronato del Psicópata depende del M.S.P. ..., lo que no es cierto, puesto que se trata de una persona pública no estatal, con su propia estructura jerárquica y cometidos definidos por Ley’ (cf. Sentencia de la Corte No. 408/2003)’.

‘Además, y como correctamente lo señala el tribunal, la Comisión es persona jurídica de derecho público no estatal, conforme Ley No. 11.139 y su modificativa No. 15.594, posee un patrimonio

propio, distinto del M.S.P., con cometidos definidos en su norma de creación" (sentencia N° 830/2014; cf. sentencias Nos. 81/2015, 308/2015, 19/2016, 29/2016 y 56/2016 de la Corporación).

IV) No existe mérito para imponer especiales condenaciones causídicas en la presente etapa (art. 688 del C. Civil y arts. 56.1 y 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

RELÉVASE DE OFICIO LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CODEMANDADA A.S.S.E. Y, EN SU MÉRITO, DESESTÍMASE LA DEMANDA PROMOVIDA EN SU CONTRA, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, 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. CHEDIK 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 PARCIALMENTE, ya que entiendo que corresponde anular la sentencia recurrida y, en su lugar, condenar a las demandadas

al pago de diferencias de salarios, diferencias de licencias, antigüedad y nocturnidad y desestimar la demanda en lo demás, sin especial condena procesal.

1) Sobre la legitimación de ASSE, no coincido con la posición de la mayoría que concurre al dictado de la presente sentencia.

Sobre el particular, reiteraré lo que sostuve al fundar discordia en la Sentencia de la Corporación No. 308/2015, ocasión en la que manifesté:

"Por razones lógicas, corresponde, en primer lugar, analizar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la recurrente, excepción que fue desestimada en dos instancias.

La pretensión fue dirigida contra la Comisión de Apoyo y ASSE por entender que ambas conforman la figura de 'empleador complejo' y, como tal, deben responder en forma solidaria.

Se agravió la impugnante por entender que en el presente caso no se da la hipótesis de la figura de 'empleador complejo', agregando que en la medida que las accionantes celebraron contratos con la Comisión de Apoyo de ASSE, persona jurídica distinta del Estado, creada por el artículo 82 de la Ley 16.002, art. 149 de la Ley 16.170, art. 396 de la Ley 16.736, no puede procesalmente aceptarse la legitimación pasiva en la causa de ASSE. Cabe precisar que la naturaleza jurídica de la relación entre las partes y la calificación de 'patrón complejo' a la que arribaron los Tribunales de mérito, al constituir una 'quaestio iuris', resulta pasible de ser reexaminada en casación. Empero, la plataforma fáctica ('quaestio facti') tenida por probada y que fundamenta la decisión resistida, resulta inmutable en esta etapa.

En este marco, cabe decir que por Ley 15.903, de 10 de noviembre de 1987, se creó

la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE) como organismo desconcentrado dependiente del Ministerio de Salud Pública, con los cometidos que le atribuyó la propia Ley (art. 267).

Bajo este régimen, su competencia era la de 'administración de los establecimientos de atención médica del Ministerio de Salud Pública' y como objetivo se trazó evitar la superposición de servicios y la subutilización de los recursos (art. 269).

Con fecha 19 de diciembre de 2005 por Ley 17.930 se creó el Sistema Nacional Integrado de Salud.

A su vez, el 29 de julio de 2007, ya puesto en funcionamiento el SNIS, la Ley Nro. 18.161 creó con el nombre de Administración de los Servicios de Salud del Estado '... un servicio descentralizado que se relacionará con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Salud Pública'. El órgano creado sustituía al anterior desconcentrado de igual denominación (arts. 1o. y 2o.).

Entre sus cometidos establecidos en el artículo 4, tiene '...el de organizar y gestionar los servicios destinados al cuidado de la salud en su modalidad preventiva y el tratamiento de los enfermos' (art. 4o. ejusdem, literal A).

En el artículo 5, literal G, dispone que al Directorio de ASSE compete suscribir con otros servicios de salud públicos o privados compromisos de gestión concertada evitando la superposición de servicios, 'controlar la calidad de los servicios propios y contratados a terceros'.

Por otra parte, el patrimonio de ASSE se integra con los activos y pasivos del órgano desconcentrado que se transfirieron al nuevo sujeto, con donaciones o legados, con transferencias de activos que le realiza el Gobierno Central, las Intendencias y otros organismos del Estado y que sus recursos entre otros se integran con las asignaciones presupuestales según las pautas previstas por artículo 220 (literal D del artículo 13).

A su vez, la Comisión de Apoyo de Programas Asistenciales Especiales de la UE 068 ASSE, fue creada por Resolución Ministerial No. 312 de fecha 16 de junio de 1993 para el mejoramiento de la gestión de áreas hospitalarias, siendo su deber celar por los fondos públicos que se les transfiere y obtener niveles de prestación de salud equiparable a los servicios privados.

Es también una persona jurídica, sin fines de lucro, que no integra la persona Estado, cuyo objetivo es colaborar con las unidades

ejecutoras en la cual tienen su asiento.

Se trata entonces, de dos personas jurídicas diferentes.

Empero, el art. 396 de Ley Nro. 16.736 habilitó la transferencia de recursos económicos a las Comisiones de Apoyo (ASSE), los cuales deberán ser ejecutados bajo la supervisión del Director de cada unidad ejecutora (Hospital).

Dicha Comisión recibe los rubros de la tesorería General de la Nación y a través de ASSE.

Entonces, ASSE es actualmente un Servicio Descentralizado, con personería jurídica propia y las Comisiones de Apoyo participan de la gestión de las unidades ejecutoras del Ministerio de Salud Pública y no hay dudas que la Unidad Ejecutora tiene injerencia en la prestación del servicio, porque está dispuesto por Ley que supervisa y proporciona los fondos a las Comisiones de Apoyo y lo hace bajo la supervisión del Director de cada Unidad Ejecutora.

De manera que resta por definir si los hechos de autos (que son los mismos que tuvo por probados el Tribunal 'ad quem'), valorados de acuerdo a los criterios legales en la materia (art. 140 del C.G.P.) y dentro del marco normativo que antecede, habilita tener por configurada la figura de 'empleador

complejo' entre ASSE y la Comisión de Apoyo.

(...)

La figura del 'empleador complejo' responde a una elaboración doctrinaria y jurisprudencial que, partiendo de los principios protector y de primacía de la realidad, adjudican responsabilidad a todos aquellos sujetos que directa o indirectamente se benefician con el trabajo humano, aunque no lo hayan contratado.

En este marco, comparto las consideraciones teóricas realizadas por la recurrida a fs. 1071 vta. in fine y ss., a las cuales me remito.

Si define a la figura del empleador complejo la existencia de una pluralidad de empresas, el hecho que ambos demandados sean personas jurídicas diversas, no resulta un argumento suficiente para el rechazo de la legitimación de una de ellas.

Del análisis de la 'razón de ser' de la creación de las Comisiones de Apoyo y el marco regulatorio establecido por el artículo 82 de la Ley 16.002 y los artículos 149 de la Ley 16.170 y 396 de la Ley 16.736 y Decreto No. 193/000, puede concluirse que siendo que el cometido de las Comisiones es el mejoramiento de la gestión de áreas hospitalarias, cuya gestión corresponde a ASSE, es ésta quien se beneficia con el trabajo realizado por los sujetos contratados

como trabajadores por la Comisión de Apoyo, la cual por otra parte no cumple ninguna otra función en los hechos que la de proveer de mano de obra que la Comisión contrata para ASSE, para que los trabajadores realicen tareas propias, en algunos casos como el de autos, del área de salud.

Por otra parte, ASSE no puede negar que ejerce dirección o sentido determinado, primero, a la actividad desplegada por las Comisiones y, segundo, a la desarrollada por los accionantes, por lo que aparece el efectivo y concreto uso o utilización del poder de dirección y fiscalización que son propios de la subordinación jurídica.

No se discute que los trabajadores están bajo la dirección de personal jerárquico de ASSE (Directores y otros mandos medios de los respectivos Hospitales) y es éste quien mandata y organiza su trabajo, en beneficio de ambas demandadas.

Por otra parte, todos los elementos materiales e instalaciones en que los actores prestaban su trabajo, pertenecen a ASSE y el dinero de las retribuciones que abona la Comisión a los trabajadores proviene directamente de transferencias de fondos desde ASSE.

Así las cosas, no puede afirmarse que ésta sea un 'extraño' ajeno a la relación

trabada formalmente entre la actora y la codemandada Comisión de Apoyo.

La circunstancia de que se trate de personas jurídicas diferentes, es insuficiente, pues ambas entidades aparecen, frente a los trabajadores actores, como ejerciendo cometidos indisolubles, relativos a la prestación de salud.

Además, la Comisión de Apoyo fue creada con el único fin de 'servir' a ASSE, pues carece de una existencia real e independiente al Estado, siendo su única finalidad la de que la última de las nombradas pueda prestar los servicios asistenciales.

'... a mi juicio, no existe una clara delimitación de los fines; por el contrario, existe confusión indisimulable de intereses y cometidos entre ambas co-demandadas.

Sobre la base fáctica y normativa relevadas, procede confirmar la calificación jurídica realizada en la recurrida y, en el punto, desestimar el agravio (Cf. Sentencias Nros. 0511-000240/2013, 0511-000263/2013 y 0511-000126/2013 del T.A.T. 3o. T.)'".

2) Respecto de los agravios de fondo, entiendo que son de parcial recibo.

La demandada releva el

hecho de que la sentencia de primera instancia desestima las pretensiones deducidas por un doble orden de argumentos: por un lado, por entender que la demandada pertenece al Grupo 20 de los Consejos de Salarios y, por lo tanto, no le resultaban aplicables las reglas del Grupo 15; por otro lado, por no existir prueba sobre el adeudo de algunos rubros que detalla ("complemento por trabajo en block quirúrgico", "atención directa al paciente", "exposición a radiación ionizante", "entrega y lavado de uniforme").

El Tribunal de segunda instancia solo analiza uno de los supuestos (el referido al Grupo del Consejo de Salarios al que pertenece la demandada Comisión de Apoyo y las normas que se le aplican), sin hacer referencia alguna a la cuestión probatoria.

Efectivamente, le asiste razón a la recurrente, por lo que corresponde acoger el agravio deducido, solo respecto de los rubros: "complemento por trabajo en block quirúrgico", "atención directa al paciente", "exposición a radiación ionizante", "entrega y lavado de uniforme"; únicos respecto de los que existe argumentando referida a la carencia de análisis de la cuestión probatoria y, en su mérito, únicos a cuyo análisis corresponde ingresar.

La recurrente expresa que

esto resulta insuficiente respecto de algunos rubros. Así expresa ASSE: *"La sentencia recaída en primera instancia rechaza el pago de las diferencias de salarios, diferencias de licencias, compensación por antigüedad y compensación por nocturnidad en el entendido que no resulta posible encuadrar la situación dentro del Grupo de actividad N° 15 del Consejo de Salarios.*

Pero respecto de los restantes rubros reclamados, la sentencia analiza los elementos configurativos de cada uno de ellos para rechazar su condena" (fs. 955 y 955 vto.) y a continuación detalla los fundamentos adicionales para rechazar los siguientes: "complemento por trabajo en block quirúrgico", "atención directa al paciente", "exposición a radiación ionizante", "entrega y lavado de uniforme". A ello, agrega la parte: "A diferencia de lo que analiza y resuelve la sentencia de primera instancia, el Tribunal solamente se limita a condenar los rubros reclamados por los actores, sin dedicar una sola frase para revocar el exhaustivo y preciso análisis de la prueba de autos que realiza la sede de primera instancia" (fs. 956 vto.).

Asiste razón a la recurrente.

La sentencia de primera

instancia también refiere a esta cuestión (párrafo final de fs. 882 vto. a 884 vto.) y concluye: *"Siendo así, no es posible acceder a las pretensiones movilizadas por diferencias de licencias descontadas por no aplicación del laudo correspondiente, así como tampoco la compensación por antigüedad y las diferencias por compensación por nocturnidad basadas en que las accionantes prestan tareas comprendidas en el Grupo 15 y porque se da la existencia de un empleador complejo..."*

En el mismo sentido, y con igual argumentación deberá desestimarse la reclamación por complemento de block quirúrgico, atención directa al paciente, incentivo de especialidad y reconocimiento de dos por un año trabajado ante el BPS por trabajo en exposición a radiación ionizante".

Y luego comienza a analizar la prueba referida a estos últimos rubros (fs. 884 a 888), para desestimar cada uno de los ellos.

Por otra parte, expresa que la asignación presupuestal denominada "atención directa al paciente", creada por el art. 247 de la Ley No. 15.903, es un beneficio exclusivo para los funcionarios de ASSE, categoría que excluye a las actoras.

Todo esto fue objeto de apelación y argumentación de la recurrente, y fue

contenido de las defensas de ASSE.

Tal como lo denunciara la actora, el Tribunal no realiza análisis probatorio alguno a efectos de revocar lo resuelto en primera instancia, lo que determina su carencia absoluta de motivación en este aspecto.

La acabada argumentación en materia probatoria que realiza la Sede de primera instancia no merece cuestionamiento alguno desde una perspectiva revisable en casación (criterio que fue sostenido por la suscrita en oportunidad de integrar la Suprema Corte de Justicia en Sentencias Nos. 594/2013, 4248/2011, 408/2000 y a partir de su ingreso al Cuerpo en Sentencias Nos. 20/2016, 21/2016, entre otras).

Respecto de los rubros: diferencias de licencias y las compensaciones por antigüedad y nocturnidad (descriptos por la recurrente a fs. 995, párrafo 28), se coincide con el razonamiento del T.A.T. interviniente.

Todo lo expuesto, me conduce a la solución parcialmente anulatoria.

Las costas y cotos deben ser distribuidas por el orden causado.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA