

//tencia No. 227

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, ocho de marzo de dos mil dieciocho

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "SASSON KAMINITZ, ALEGRE C/ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PRIMERA DE SOCORROS MUTUOS - PROCESO LABORAL ORDINARIO LEY 18.572 - CASACIÓN", IUE: 2-31205/2015.

**RESULTANDO:**

I) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 10 de fecha 23 de marzo de 2017 dictada por el Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 20° Turno, a cargo de la Dra. María Cristina ZAS (fs. 1815/1840 Pieza 7) se amparó parcialmente a la demanda y, en su mérito, se condenó a la Asociación Española Primera de Socorros Mutuos a pagar a Alegre SASSÓN KAMINITZ las diferencias de salario fijo conforme las pautas establecidas en el CONSIDERANDO V, valor hora policlínica, valor hora guardia retén, nocturnidad, valor mínimo actos quirúrgicos, pacientes vistos, horas extras, llamados de retén, fondo de categoría, prima de solidaridad conforme se estableciera en los Considerandos respectivos más el 10% por conceptos de daños y perjuicios preceptivos más el interés legal del 6% y la actualización conforme el D.L. 14.500 hasta su

efectivo pago. Desestimó los demás rubros reclamados de acuerdo a los Considerandos correspondientes (fs. 1815/1840 Pieza 7).

II) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia DFA No. 0013-000374/2017 SEF No. 0013-000273/2017 de fecha 20 de setiembre de 2017 el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno, desestimó la apelación diferida interpuesta. Asimismo, confirmó la sentencia apelada, salvo en cuanto no dispuso la condena al pago de horas extras en policlínica, la condena al pago de licencia, salario vacacional y aguinaldo y la diferencia por antigüedad en lo que se revocó y, en su lugar, se dispuso el pago de la diferencia por horas extras en policlínica, el pago de licencias, salarios vacacionales y aguinaldo y la diferencia por antigüedad según surge de los respectivos considerandos (fs. 2293/2299 Pieza 8).

III) Contra la sentencia de la Sala, la parte demandada interpuso recurso de casación (fs. 2308/2313 vta. Pieza 8) en base a los siguientes fundamentos.

Expresó que se omitió conferir traslado a su parte del recurso de apelación interpuesto por el actor. Ello le impidió conocer directamente los agravios de la contraria y elementalmente defenderse de ellos. La sentencia de

segunda instancia señaló erróneamente que su parte no evacuó el traslado del recurso de apelación interpuesto por el actor. Justamente, porque el traslado jamás le fue notificado personalmente por imperio del art. 87 num. 7) del C.G.P.

Añadió que el cedulón No. 503 es el que debería haber conferido traslado del recurso del actor en la casilla de su parte, pero aquél fue anulado y jamás salió. Razón por la cual, resulta imposible defenderse de algo que no se conoce al siquiera conocer cuáles son los agravios del actor sobre la sentencia de primera instancia.

IV) Del recurso interpuesto se confirió traslado a la parte actora (fs. 2314 Pieza 8) el que fue evacuado a fs. 2317/2320, abogando por su rechazo.

V) Por Decreto No. 2158 de fecha 13 de noviembre de 2017 (fs. 2328 Pieza 8), se dispuso el pase a estudio y autos para sentencia, la que se acordó en legal forma.

**CONSIDERANDO:**

I) En el caso, examinados los autos, la Corporación por mayoría integrada por los Sres. Ministros, Dres. Elena MARTINEZ, Felipe HOUNIE, Jorge CHEDIAK y la suscrita redactora, amparará el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia,

anulará la recurrida, en base a los siguientes fundamentos.

II) No ha sido controvertido por las partes que del recurso de apelación interpuesto por la parte actora se confirió traslado a la demandada y la Oficina libró el cedulón No. 503 que fue "eliminado". Es más, si se repara con atención la anotación de fs. 2249 Pieza 8, el cedulón No. 503 aparece tachado.

Pese a ello, el punto que separa a actor y demandada, es la consecuencia jurídica frente al desvío ritual padecido. El actor al evacuar el traslado del recurso de casación interpuesto (recurso cuyo motivo de impugnación fue la ausencia de notificación y, por ende, que la demandada no tuvo conocimiento del medio impugnativo interpuesto por la contraria) señaló que concurrió a la Oficina del Juzgado Letrado para interiorizarse sobre qué había sucedido.

En tal sentido, sostuvo que le informaron los funcionarios que el cedulón librado había sido eliminado y que esa circunstancia "seguramente" obedeció a que la contraparte había tomado conocimiento del recurso "en la baranda". Con lo cual, ningún perjuicio se le ocasionó a la demandada, fundamento suficiente para descartar la nulidad por el supuesto vicio adjetivo padecido.

III) En criterio de la Corte, la fundamentación ensayada por el actor no resulta de recibo. El hecho de que un cedulón librado para notificar a una de las partes haya sido "eliminado" no habilita a inferir, en modo alguno, que aquélla hubiere tomado conocimiento del acto del procedimiento.

Por el contrario, para enervar el supuesto de indefensión que supone la ausencia de notificación del decreto que dispuso dar traslado del recurso de apelación, es necesario que el conocimiento al que hipotéticamente refiere el accionante sea irrefragable, indubitable.

No es posible aventurar o conjeturar sobre lo sucedido, sin una base fáctica seria que acredite que la demandada pese a que no consta la notificación, en puridad, conoció el acto procesal.

Ninguna práctica burocrática justificada verbalmente a una de las partes -en el supuesto de que ello haya ocurrido- santifica el apartamiento a las formas ni elimina el perjuicio derivado de no poder ejercer la parte su defensa en tiempo y forma.

No puede compartirse, como pretende el actor, atribuir la "eliminación" del cedulón como única explicación racional posible a que la demandada tomó conocimiento del decreto que confirió

traslado del recurso interpuesto por el actor.

La negativa se impone. No toda vicisitud que ocurre en el proceso tiene justificación racional, pues generalmente este tipo de quebrantamientos carece de un motivo real, tangible.

IV) Por ello, el perjuicio está razonablemente acreditado y ello deriva de la ausencia misma de notificación de un acto del procedimiento. Si no se produjo comunicación válida, el menoscabo consiste en la imposibilidad fáctica o material para poder ejercer la parte su defensa. La sustanciación del recurso de apelación interpuesto por una parte supone la existencia de una instancia procedimental apropiada para que la contraria exprese su punto de vista.

Así señalan VESCOVI y colaboradores que, en esencia, si el fin legal de todos modos fue alcanzado o es susceptible de ser alcanzado, no cabe la nulidad, como reiterada y pacíficamente lo reclama nuestra jurisprudencia.

Y ponen como ejemplo que si el cedulón de la notificación a domicilio no es entregado en éste, sino en cualquier otro lugar, al mismo sujeto que se ha de notificar, aunque existe apartamiento formal no hay nulidad, porque el fin perseguido (brindar conocimiento) se cumplió pese a la

irregularidad (VESCOVI, Enrique; DE HEGEDUS, Margarita; KLETT, Selva; MINVIELLE, Bernadette; SIMON, Luis María y PEREIRA, Santiago: "Código General del Proceso Comentado, anotado y concordado", Tomo 2, Editorial Ábaco, Montevideo, 1993, pág. 439).

V) Tampoco, estima la Corporación, se trata de un acto que pese a la alteración de las formas (en particular de la operación material notificación que le da publicidad) haya cumplido su finalidad. La notificación, justamente es un instrumento para que las partes tomen conocimiento de los actos del procedimiento.

Si no existe prueba de que por otra vía el interesado hubiere conocido del recurso, no resulta posible descartar la trascendencia del error detectado.

VI) Por lo demás, no asiste razón a la parte actora en cuanto considera que, aun para el caso de ampararse el recurso de casación interpuesto por la demandada, la anulación de la recurrida no debería alcanzar el segmento de la misma que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

Entiende la Corporación que la sentencia como expresión de voluntad y unidad documental, al ampararse el recurso de casación por

error in procedendo, no admite ser fragmentada artificialmente en desmedro del retrotraimiento del proceso al estadio procedimental en el que se configuró el error.

VII) Por último, corresponde descartar el argumento del actor de que hubiera correspondido la presentación de una demanda incidental de nulidad (fs. 2318 Pieza 8). Y ello, por cuanto entiende que el recurso de casación no admite el diligenciamiento probatorio.

Empero, lo que el actor no considera adecuadamente, es que pretende que la parte pruebe un hecho negativo (ausencia de notificación o de conocimiento), cuando ello se prueba con la ausencia del hecho positivo contrario (Cf. KLETT, Selva: "Proceso ordinario en el Código General del Proceso", Tomo I, FCU, Montevideo, 2014, pág. 213), esto es, no está acreditada la notificación o conocimiento por una vía idónea para alcanzar el fin debido.

Como destacan VESCOVI y colaboradores, aunque el C.G.P. no lo mencione expresamente en este artículo -en referencia al 115.2-, si se reclama por nulidad contra sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de definitivas en segunda instancia, resulta procedente el recurso de casación, que contempla entre sus causales posibles hipótesis de



nulidad de procedimiento por error de derecho (Cf. VESCOVI, Enrique; DE HEGEDUS, Margarita; KLETT, Selva; MINVIELLE, Bernadette; SIMON, Luis María y PEREIRA, Santiago: "Código General del Proceso...", cit., págs. 460 a 461).

Por otra parte, la forma que el acto procesal omitió (traslado del recurso de apelación interpuesto por la actora), por su magnitud en sí mismo evidencia el perjuicio. No tenía, la recurrente en casación, la carga de teorizar sobre el posible perjuicio.

El franqueo del recurso no pudo ser convalidante de la nulidad, puesto que en sí mismo se presentaba como incoloro ante la impugnación de la demandada.

Por último, en fundamento particular agrega la suscrita redactora, que en el caso hubiera correspondido la incidencia de nulidad, pues se ataca un acto de la Oficina Actuarial y no una resolución judicial.

Las limitaciones probatorias no pueden decidir la vía a utilizar, máxime, como en la especie, en que toda la probanza surgía del propio expediente.

Sin perjuicio de lo dicho, ello no perjudica el medio impugnativo por el principio

de canjeabilidad de los actos procesales.

VIII) En definitiva, por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, en mayoría,

**FALLA:**

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA, DEBIÉNDOSE SUSTANCIAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA ACTORA CONFORME A DERECHO, PARA REMITIR LUEGO LOS AUTOS AL TRIBUNAL SUBROGANTE A EFECTOS DE DICTAR UNA NUEVA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

A LOS EFECTOS FISCALES, FÍJANSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 20 BPC.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO.

PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DRA. ELENA MARTÍNEZ  
PRESIDENTE 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. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ**  
**MINISTRA DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**

**DR. EDUARDO TURELL**  
**MINISTRO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**

**DISCORDE** En el recurso interpuesto por la demandada, se denuncia la existencia de vicio de procedimiento en virtud de la ausencia de notificación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, lo que generó una situación de indefensión.

Se trataría de un error de derecho en el procedimiento, que de ser recibido por la Corporación impondría declarar la nulidad de lo actuado, y remitir las actuaciones a un Tribunal subrogante (C.G.P., artículo 277.2).

Estimo que corresponde desestimar los cuestionamientos formulados, en la medida en que el recurrente no alegó perjuicio sustancial alguno por el vicio de procedimiento.

No resultó controvertido que el Cedulón No. 503 que confería traslado al demandado del recurso de apelación interpuesto por la actora, resultó eliminado, no siendo notificada del recurso interpuesto por el actor, como impone el art. 87 num. 7 C.G.P.

Sin embargo no es suficiente para amparar la casación.

Siendo miembro del T.A.C. 4º Turno sostuve: "es cierto que los actos procesales deben cumplir ciertos requisitos básicos en cuanto a la forma, tiempo y lugar en que se cumplen, que operan como garantías, pero aún cuando determinados actos sean irregulares por incumplimiento de algún o algunos de sus requisitos, ello no siempre derivará en su nulidad en mérito a principios de especificidad, trascendencia y subsanación" (de la Sede, Sentencias Nos. 149/05 y 141/06).

Como lo señalara el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno: "Sabido es que no existe nulidad en favor de las formas y que solo se legitima el interés de la parte, mediante la invocación del perjuicio correspondiente (art. 111 C.G.P.)" (Sentencia No. 39/2011, en RUDP 1/2012, caso 52).

De acuerdo a Vescovi y

demás autores, en su obra conjunta sobre el C.G.P. el art. 111 "recoge la antigua máxima pas de nullité sans grief (no hay nulidad sin perjuicio) y permite al agraviado calibrar la verdadera dimensión del perjuicio... Por otra parte, el agraviado no es el único juez de la magnitud o relevancia del perjuicio, ni acerca de la existencia misma de éste, porque cabe a la contraparte y al tribunal el contralor respectivo, habiéndose aceptado pacíficamente en nuestra jurisprudencia que sólo si media perjuicio de relevancia corresponde declarar la nulidad. La relevancia o irrelevancia del perjuicio se vincula por lo general a la real afectación de derechos o intereses legítimos del agraviado, cercenados, vulnerados, retaceados o desconocidos por el acto nulo y en especial, al derecho de defensa" (Código General del Proceso Comentado Concordado y Anotado, Tomo II, págs. 445-446).

Así, se ha sostenido que "no existe nulidad declarable si no se invoca agravio (arts. 671 C.P.C. y 111 C.G.P.)... y esta circunstancia es determinante... No existe la nulidad en favor de las formas, si al mismo tiempo no se aduce un interés concreto, algún derecho (presuntamente) agredido o menoscabado (Gelsi Bidart, Adolfo, De las nulidades de los actos procesales, p. 271). (Sent. T.A.C 3º N° 39/2011).

En el mismo sentido, en análisis del requisito de admisibilidad de la casación, cuando median errores in procedendo, Vescovi señaló que importa reclamar una 'eficacia causal' de la infracción a título de 'conditio sine quanon' para la anulación del fallo como expresó nuestro legislador en el informe de la Comisión. Es decir que un error en el procedimiento, que influya en el fallo, puede ser casable".

"No olvidemos que, como ya lo señalamos, en materia de errores en la forma, esta causalidad es difícil de establecer, por lo cual basta que se admita que procediendo de otra manera (de forma correcta) hubiera existido la posibilidad de otra resolución" (El recurso de casación, 2a. ed., pág. 87).

Con tal base conceptual, es claro que el planteo de nulidad de autos debe ser rechazado.

En el caso se advierte fácilmente que el demandado no invocó perjuicio sustancial alguno, originado en la ausencia de notificación del recurso interpuesto por la actora.

Debió invocar, al menos someramente, la posibilidad de otra resolución a partir de los argumentos que hubiera desarrollado de tener la posibilidad de evacuar el traslado del recurso de apelación.

Su ausencia sella negativamente la suerte del recurso de casación en examen.

Como sostuve con anterioridad "la nulidad que se invoca debe relacionarse con razones de mérito sustanciales y trascendentes pues no corresponde ampararla por meras razones formales ya que sólo se legitima el interés de la parte mediante la invocación de concretos perjuicios lo que se omite" (Sentencia No. 162/01, 237/03, 123/04).

En definitiva los vicios del procedimiento invocados deben relacionarse con los derechos eventualmente conculcados, y al no denunciarse en el caso cuáles serían ellos, el rechazo del recurso se impone.

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