

//tencia No.337

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, veintiuno de diciembre de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "**ANDRZEJUK MALACRE, Mario c/ SILVERA CÁCERES, Enrique. Demanda laboral. Casación**", IUE 317-641/2012, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia identificada como SEF 0014-000217/2015, dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3^{er} Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 27/2014, el entonces titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Fray Bentos de 2° Turno, Dr. Marcelo Malvar, condenó a Enrique Álvaro Silvera Cáceres a abonar a María Imelda Acosta Anderson, a Bettiana Loreley y a Alex Esteban Andrzejuk Malacre, en sus calidades de causahabientes de Mario Alexis Andrzejuk, por los conceptos detallados en el considerando 14 de su decisión, la suma total de \$ 1.502.759, más los reajustes e intereses legales hasta su efectiva cancelación (fs. 372-398).

II) En segunda instancia, entendió el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3^{er}

Turno, integrado por los Sres. Ministros, Dres. Lina Fernández, Nanci Corrales, Cristóbal Nogueira y Juan Carlos Contarin, órgano que, por sentencia definitiva identificada como SEF 0014-000217/2015, dictada el 28 de julio de 2015, confirmó la sentencia recurrida, salvo en cuanto incluyó la prima por productividad en el cálculo del valor de las horas extras, en lo que la revocó, y desestimó tal pretensión (fs. 519-526).

La Sra. Ministra, Dra. Lina Fernández extendió discordia parcial, por entender que correspondía confirmar el valor de la hora extra determinado en la sentencia apelada (fs. 527-532).

III) Los actores interpusieron recurso de casación (fs. 538-548 vto.).

Sostuvieron, en lo medular, lo siguiente:

La propia Sala sostuvo que el recurso de apelación interpuesto por su contraria no cumplía con los requisitos del art. 253.1 del C.G.P., por lo que, en vez de rechazarlo, se expidió sobre el fondo, vulnerando, así, el art. 18 de la ley 18.572 (en la redacción dada por la ley 18.874), el art. 31 de la ley 18.572 y el art. 253.1 del C.G.P.

El Tribunal incurrió en una errónea valoración de la prueba al haber descontado una parte del salario al momento de calcular el valor de

la hora extra.

Se probó que existió una parte de la remuneración percibida por el causante que no fue declarada en los recibos de sueldo, pero que se le había abonado fuera del recibo formal, ya sea como productividad, trabajo a destajo o salario en negro (fs. 541).

Estos importes, abonados fuera de los recibos de sueldo, no fueron desconocidos por la demandada, quien tampoco desconoció los documentos que acreditaban su pago, extremo que fue corroborado por los testigos de ambas partes (fs. 541).

La Sala no valoró que la demandada incumplió con la carga de probar sus dichos.

No sólo no desconoció los documentos agregados a fs. 181-232, sino que tampoco acreditó cuáles eran las bases y la composición del salario del causante.

Como el valor de la hora extra incluye todas las partidas que retribuyen la actividad del trabajador (convenio internacional N° 95), los importes que se le abonaron a Mario Andrzejuk fuera de su recibo de sueldo (ya sea como productividad o como trabajo a destajo) deben ser considerados para calcular el valor de las horas extras que realizó (fs. 548).

En definitiva, solicitaron

que se casara la sentencia recurrida y se confirmara el fallo de primera instancia.

IV) La demandada evacuó el traslado del recurso de casación, abogando por su rechazo (fs. 554-561).

V) Por providencia N° 0014-000074/2015, dictada el 2 de setiembre de 2015, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3^{er} Turno resolvió conceder el recurso de casación para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 563).

VI) El expediente se recibió en la Corte el 4 de setiembre de 2015 (fs. 567).

VII) Por providencia N° 1363/2015 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 568).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, hará lugar al recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anulará la sentencia recurrida en cuanto no incluyó la prima por productividad en el cálculo del valor de las horas extras, confirmando la sentencia de primera instancia en este aspecto.

II) En el caso, los hijos y la esposa de Mario Andrzejuk, fallecido el 29 de enero de 2013, promovieron demanda laboral contra la empresa

unipersonal Enrique Silvera.

Expresaron que el causante trabajó para la empresa demandada desde el 8 de noviembre de 2010 hasta su egreso el 30 de marzo de 2012, como chofer de camión semirremolque.

La empresa Enrique Silvera se dedica al transporte de carga forestal y fue contratada por Forestal Oriental para realizar el transporte de la madera desde diversos montes situados en diferentes departamentos del país hacia la planta de UPM.

El trabajo de Mario Andrzejuk consistía, precisamente, en transportar madera desde los montes hacia dicha planta, para lo cual debía realizar numerosos viajes y su jornada laboral se extendía entre catorce y dieciséis horas, promedio.

La dinámica laboral se desarrollaba de la siguiente manera: el chofer salía de la empresa, ubicada en la localidad de Nuevo Berlín, departamento de Río Negro, a escasos kilómetros de la ciudad de Fray Bentos y de la planta de UPM. Se dirigía a los montes que se le indicaba, que se encuentran situados en distintos puntos del país, tanto en localidades cercanas a la planta industrial como en departamentos lejanos, tales como Tacuarembó, Durazno, Florida y Paysandú, entre otros. Allí se cargaba la madera y

luego el chofer, de regreso, la conducía hasta la planta de UPM, donde se hacía la descarga. Este recorrido insume entre 12 y 20 horas, dependiendo de las distancias entre la planta y la ubicación de los montes (fs. 249).

Luego de referir, con detalle, al horario extraordinario realizado por el causante, reclamaron, entre otros rubros, el pago de las horas extras efectivamente trabajadas y sostuvieron que, para su cálculo, correspondía incluir la partida por productividad.

En tal sentido, destacaron que esta partida conforma, en gran parte de los casos, hasta un 50% de la masa salarial, porque la empresa abona el salario en base a las toneladas transportadas y a las tarifas de la madera que el trabajador transporta en los viajes (fs. 252 vto.).

Se trata de una partida que es una remuneración típica de esta rama de actividad y es la forma que tiene la empresa de exigir eficiencia en el combustible, en la seguridad y en la calidad de conducción de los choferes.

A través de ella, se incentiva al chofer a conducir con precaución, con un consumo de combustible ajustado al viaje que realiza (fs. 253).

Por su parte, Enrique Silvera admitió que Mario Andrzejuk había ingresado a trabajar en su empresa el 8 de noviembre de 2010, como chofer de camión de transporte forestal, y que había egresado, por renuncia, el 30 de marzo de 2012, pasando a desempeñarse, como chofer, para otra empresa que giraba en el mismo rubro: la empresa Forestec (fs. 282, 288 y 289).

Expresó que entre ambos se había entablado una relación laboral convencional, en la que se pautaron las condiciones normales de la tarea a cumplir y que el salario se fijó de acuerdo con el laudo aplicable a ese sector de actividad.

Nunca se firmó un contrato de trabajo ni se pautó ningún otro beneficio económico más que los previstos legalmente. Así, no se pactó pago de porcentaje ni productividad alguna, como surge de los recibos de sueldo agregados en autos (fs. 289 y 294).

El valor de la hora extra se calcula tomando en cuenta el sueldo mensual, por lo que el criterio de la parte actora es inaplicable, no sólo porque no se pagaba productividad ni porcentaje alguno, sino porque, en ningún caso, se puede incluir en el cálculo de las horas extras el valor de porcentajes, viáticos, propinas u otros beneficios que el trabajador perciba ocasionalmente y por diferentes causas (fs.

290).

Hasta aquí los principales hechos y argumentos de las partes (en especial, en torno a la existencia de la partida de productividad) que, en apretada síntesis, entendimos del caso reseñar en aras de una mejor comprensión de los temas en litigio.

III) En cuanto al incumplimiento de los arts. 18 de la ley 18.572 y 253.1 del C.G.P.

El agravio no es de recibo.

Los recurrentes señalaron que, a pesar de que la Sala expresó que el apelante no había cumplido con la carga de fundar debidamente su recurso, revocó la sentencia apelada, decisión que vulneró las normas indicadas.

No les asiste razón a los recurrentes.

Luego de exponer las razones por las cuales el rechazo de la apelación por ausencia de fundamentación es admisible en materia laboral (fs. 522-523), el Tribunal expresó: "Sin perjuicio de tal conclusión, pese a la ausencia de análisis racional, crítico y circunstanciado en el escrito de la parte demandada, igualmente se ingresará al examen de su mérito, privilegiando las garantías

inherentes al doble grado de jurisdicción" (fs. 523 "in fine"). En consecuencia, pese a las carencias señaladas, parece claro que la Sala consideró que el recurso estaba suficientemente fundado para poder ingresar al análisis de los agravios.

Corroborada esta conclusión el hecho de que tales carencias no impidieron que la contraparte contestara y controvertiera -como lo hizo- los agravios formulados (fs. 420-428), lo cual demuestra que se cumplió con la garantía de la debida defensa.

IV) En cuanto a la inclusión de la partida de productividad en la base del cálculo de la hora extra.

La mayoría de los ministros que conforman este fallo entiende que el agravio es de recibo.

Si bien es cierto, como señaló el Sr. Juez "a quo" en el considerando 9 de su decisión (fs. 389), que en los recibos agregados en autos no figura la prima por productividad y que los actores no los controvertieron en forma contundente -lo cual es lógico, dada su falta de conocimiento directo de los hechos, por tratarse de la esposa y de los sucesores del trabajador-, surge acreditado que existían pagos que se le abonaban al causante por fuera de lo que consta en los recibos de sueldo.

En tal sentido, el referido magistrado sostuvo que: "(...) se puede concluir que no era que existiera un rubro productividad, sino que la productividad era su verdadero salario, tratándose, por así decirlo, de un trabajador destajista que percibía una remuneración conforme a la carga que transportaba" (fs. 390).

Esta conclusión fue corroborada por el testigo Luis Alcides Arbelino (también chofer de la empresa demandada y compañero de trabajo de Mario Andrzejuk), quien declaró: *A mí me pagaban por porcentaje, a un 13% del valor de la tarifa de UPM (...); sé como se llegaba [a calcularlo] porque nosotros pedíamos a UPM el precio del monte; entonces, uno controlaba el kilo que se tiene y el porcentaje del valor. Uno multiplica por el porcentaje que tiene y se saca la ganancia, y luego se suma a lo que se hace en todo el mes (...). Nos daban un recibo de sueldo y luego en otra hoja el detalle de cada viaje de cada chofer y el porcentaje. En el recibo no venía especificado todo lo que se cobraba; sólo estaba el monto de los montes que hacíamos (...). La cifra que figuraba en el recibo no coincidía con el porcentaje; esa cifra era inferior; era lo que nos aportaban. Lo que yo ganaba mensualmente era variable; yo cobraba en la mano desde 25 a 35.000 pesos. El Sr. Andrzejuk creo que también tenía el mismo*

suelo que yo; ahí no había grados; todos ganábamos lo mismo (...), (fs. 342-343).

A este testimonio se suman otros indicios -acertadamente relevados por el "a quo"- que confirman que se remuneraba a los choferes por productividad. Así, Juan Francisco García (que trabaja como chofer para la empresa demandada desde hace siete u ocho años, y que era también compañero de trabajo del causante), (fs. 329), declaró: *A fin de mes, la empresa Silvera nos muestra la tarifa, pero el control de lo trabajado lo lleva cada uno; no se nos muestra una lista de los viajes que se hicieron, porque nosotros sabemos los viajes que hicimos y lo que debemos cobrar (...). La tarifa es lo que le paga F.O. a la empresa por el viaje, por tonelada (...), (fs. 332).*

Por su parte, el Tribunal "ad quem" consideró que dichos pagos conformaban una partida por productividad y, como tal, entendió que no correspondía computarla para calcular las horas extras.

Ello, por cuanto si bien tiene naturaleza salarial, carece de relación directa con el tiempo en horas que el trabajador dedica a su empleo, es decir, no puede medirse en unidades-hora (fs. 525).

Ahora bien, más allá de la naturaleza que se le asigne a esta retribución, esto es,

si se trata de una remuneración única a destajo o si tenía un componente fijo, lo cierto es que debe computarse a los efectos de integrar la base para el cálculo de las horas extras, por cuanto se probó que estaba relacionada directamente con la unidad-hora de trabajo.

Según lo dispuesto por el art. 1 inc. 2 de la ley 15.996 y por el art. 2 de su decreto reglamentario (Nº 550/989), las horas extras se pagarán con el 100% de recargo sobre el salario que corresponda en unidades-hora, cuando se realicen en días hábiles.

En cuanto a cuáles son las partidas accesorias al salario base que deben ser tenidas en cuenta para el cálculo de la hora extra, resultan trasladables al presente caso, con las naturales adecuaciones, las consideraciones que el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique realizó en la discordia extendida en la sentencia Nº 898/2012 de la Corte, donde sostuvo que: (...) *el Convenio Internacional 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 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 (...)".

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 de la hora extra, "es el generado en 'unidades horas', que significa que en su hecho generador tenga incidencia el tiempo de trabajo 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 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 estas premisas, cabe concluir que el salario de los destajistas se determina en función de las unidades producidas, por lo que se encuentra unido al tiempo de trabajo. Cuanto más tiempo se trabaje, mayor será la posibilidad de producir y, en consecuencia, de generar un mayor salario, con la consiguiente ventaja económica que ello representa para el trabajador.

Como señaló en su discordia la Sra. Ministra, Dra. Lina Fernández: *Las comisiones y destajos se toman en cuenta para determinar si lo abonado a un trabajador cubre el salario mínimo correspondiente, también la productividad, según afirma Pérez del Castillo (cf. Manual de Práctica de Normas Laborales, duodécima edición, pág. 44). Lo que es indicativo de que también las partidas marginales que se generan en función de diversos supuestos fácticos o unidades de cómputo, integran el salario a todos los*

efectos (...).

En cuanto a los destajistas, el salario se determina en función de las unidades, piezas producidas. Pero tampoco en esta hipótesis el factor tiempo es ajeno a la determinación del salario, pues se prevé que mediante las jornadas limitadas a ocho horas el destajista logre una retribución igual al jornal mínimo (cf. Pérez del Castillo, ob. cit. pág. 45, con cita de jurisprudencia RDL 147, pág. 657 y ss.). En las hipótesis antes mencionadas, entonces, lo percibido por el trabajador guarda relación sinalagmática con la prestación de su trabajo y en función de ello (...) sea que el monto de la retribución se compute por unidad de tiempo o por unidad de producción, se abone en dinero o en especie, en ningún caso ello altera la naturaleza y las características que resultan ser medulares en la determinación de lo que ha de considerarse retribución salarial (fs. 529 vto.).

Por consiguiente, de acuerdo con tales conceptos, y con el contenido y el espíritu de la normativa aplicable, resulta correcto incluir la prima por productividad en el cálculo del valor de la hora extra.

En el caso, como bien señaló el "a quo", la productividad (que se obtiene a razón de más toneladas y más días de trabajo por mes)

implica un premio a la mayor dedicación del trabajador, por lo cual su naturaleza salarial es evidente (considerando 9, fs. 392).

Por su parte, la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez señala que, en el marco de los arts. 1 inc. 2 de la ley 15.996 y 2 del decreto reglamentario 550/989, no corresponde, en términos generales, incluir en el cálculo de la hora extra los elementos marginales o beneficios adicionales al salario (sin perjuicio de que tengan o no naturaleza salarial) si no tienen relación con la unidad-hora (cf. sentencias N^{os} 858/2012 y 898/2012 de la Corte).

En tal sentido, la Corte, siguiendo a Mario Garmendia, ha dicho que "(...) la consideración de una partida a los efectos de cálculo de hora extra 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 (...)".

En el caso, a juicio de la referida ministra, la partida de productividad debe ser incluida en el cálculo de la hora extra, en el bien entendido de que es uno de los ejemplos típicos de partidas que pueden ser reducidas a salario en unidades-hora. Ello, porque la partida de productividad que percibía el causante, como chofer de la empresa

Enrique Silvera, estaba estrechamente ligada a la unidad-hora de trabajo, tal como claramente surge del debate entre las partes y de los fundamentos de la sentencia de primera instancia

V) La conducta procesal de las partes no justifica imponer, en esta etapa, especiales condenaciones en gastos causídicos (art. 279 del C.G.P.).

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

FALLA:

Anúlase la sentencia recurrida en cuanto no incluyó la prima por productividad en el cálculo del valor de las horas extras y, en su lugar, confírmase el pronunciamiento de primera instancia, sin especial condenación procesal.

Y devuélvase.

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
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

DR. JORGE O. CHEDIK GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

DISCORDES :

por cuanto
correspon-
desestimar
el recurso

de casación interpuesto.

Entendemos que la partida salarial "Productividad" no debe incluirse en la base de cálculo del valor hora del jornal diario, para determinar el valor hora extra, ya que se trata de partida de naturaleza salarial que carece 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, 898/2012 y 411/2013).

En efecto, de los dichos del actor en su demanda surge claro y sin hesitaciones que la denominada partida "Productividad" no guarda relación con "unidades-hora" de trabajo, sino con la cantidad de trabajo realizado.

En este sentido, el actor en su demanda a fs. 252 y vto. expresó:

"Es una partida que se origina del trabajo desarrollado por el compareciente...la empresa lo abonaba y liquidaba a través de las planillas mencionadas...En las mismas,

consta el nombre del monte al que se realizó el viaje, las toneladas, y la tarifa. Sobre esta ecuación la empresa abonaba el 13% por concepto de productividad al chofer.

(...)

35. Es de destacar que esta partida remuneratoria conforma en gran parte de los casos, hasta un 50% de la masa salarial, puesto que la empresa abona el salario **en base a las toneladas transportadas y las tarifas de la madera** que transporta el trabajador en los viajes" (destacado no original).

Resulta claro que la partida "Productividad" no guarda relación con la cantidad de horas de trabajo realizadas por el transportista, sino por la cantidad de toneladas transportadas de madera y la tarifa a la que se comercializó ésta.

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 traba-

jador 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 incluyen 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 este 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", en la especie, la partida "Productividad", más allá de la relevancia que pueda revestir en el total de la remuneración para el caso concreto.

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