

//tencia No. 1383

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA ELENA MARTÍNEZ

Montevideo, treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "OLIVERA DASCALAKIS, JOSÉ C/ SP SEGURIDAD - SAN PEDRO CARRATO, MARIO - PROCESO LABORAL ORDINARIO (LEY 18.572) - CASACIÓN" e individualizados con el IUE 2-18846/2018, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación deducido contra la sentencia definitiva de segunda instancia SEF 00511-000149/2019, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 4º Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia nro. 8/2019, de 21 de febrero de 2019, dictada por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 11º Turno, Doctor Hugo Morales, se falló:

"Haciendo lugar parcialmente a la demanda y en su mérito, condénase a la empresa demandada a pagar al actor, la suma de \$ 181.554 más 10% por concepto de daños y perjuicios preceptivos, más 10% de multa legal, más actualización e intereses hasta la fecha de su efectivo pago..." (fs.

568/583vto.).

Dicha sentencia fue ampliada por resolución nro. 144/2019, de 26 de febrero de 2019, que estableció: *"Atento al recurso interpuesto y asistiendo razón a la parte en tanto se consideraron las diferencias solo respecto al salario vacacional y no de la licencia, lo que además surge claramente del considerando respectivo, ampliase el monto de la condena en \$143.946, resultando un total incluido el salario vacacional de \$325.500"* (fs. 587).

II) Por sentencia de segunda instancia SEF 0511-000149/2019, de 29 de mayo de 2019, dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno, integrado por los Doctores Adolfo Fernández de la Vega, Sylvia de Camilli y Rita Patrón, redactada por el Doctor Adolfo Fernández de la Vega, se falló:

"Confírmase la sentencia apelada, salvo en cuanto a la desestimación de las diferencias por prima de antigüedad en lo que se revoca y en su lugar, se hace lugar a las mismas por la suma de \$ 92.360 liquidada en la demanda, en cuanto hace lugar a las diferencias por aguinaldos, en lo que se revoca y en su lugar se absuelve a la parte demandada de la misma, y en cuanto a la liquidación de las diferencias por licencias y salarios vacacionales, fijadas respectivamente en \$ 143.946 y \$ 125.743, en lo que se revoca y

en su lugar, se fijan en \$ 53.461 y \$ 105.618; debiendo adicionarse daños y perjuicios preceptivos (10%), multa, reajustes e intereses hasta su pago efectivo, siendo fácilmente liquidable" (fs. 663/677).

III) La parte actora interpuso recurso de casación (fs. 680/691) y, luego de fundar su admisibilidad, expresó en síntesis que:

1) El Tribunal infringió los artículos 137, 139, 140 y 141 del Código General del Proceso, así como los principios de realidad y debido proceso, en tanto entendió que no existieron salarios pagados "en negro".

El Tribunal aplicó erróneamente normas básicas relativas a la carga de la prueba.

Como surge de los estados de cuenta agregados (confirmados por el Banco Santander) y del detalle agregado en planilla Excel, en el período de 43 meses (desde agosto 2014 hasta febrero 2018) se le abonó al actor, por fuera de su salario, la suma de \$ 669.726, lo que arroja un promedio mensual de \$ 15.575 pagados "en negro".

Existían pagos para combustible, pero por montos pequeños, de \$ 1.000 o \$ 1.500 y se encuentran referenciados en los depósitos bancarios como "T nafta". Sin embargo, existen \$669.726

que no responden a ningún concepto en particular. Ese monto corresponde, en realidad, a salarios "en negro".

Además, todos los testigos propuestos por la parte demandada afirmaron que la empresa guardaba todos los recaudos relativos a los supuestos gastos en los que incurría el actor.

El testigo Andrés San Pedro (hijo del demandado), quien afirmó ser el responsable de hacer las transferencias bancarias, manifestó en referencia al documento de fs. 465 vto., del cual surgían varios depósitos: "puede ser por algún préstamo que haya solicitado. Varias veces se le prestó dinero. Fue a solicitar un préstamo y se le dio para sacarlo de entre las chapas que vivía". Ante otra consulta manifestó no saber a qué correspondían esos montos.

El demandado sostuvo que dichos depósitos respondían a viáticos con rendición de cuentas y los testigos aseguraron que se guardaban en la empresa todos los resguardos de dichos supuestos gastos. Sin embargo, la parte demandada no agregó prueba alguna.

Habida cuenta de que la parte demandada afirmó que dichos depósitos respondían a viáticos con rendición de cuentas, era su carga probar sus dichos mediante la agregación, al menos parcial, de los documentos correspondientes.

De esta forma, la Sala infringió los artículos 137 y 139 del CGP en cuanto vulneró y omitió aplicar las cargas probatorias, máxime teniendo en cuenta que la empresa alegaba poseer en su poder dicha prueba. Esta vulneración implica también una violación del debido proceso, lo que, a su vez, supere una violación del principio protector del Derecho del Trabajo. Todo lo que conlleva a incurrir en un absurdo evidente al valorar favorablemente a la parte empleadora la prueba producida.

Comparte y se remite en el punto a la fundada valoración probatoria realizada por el a-quo.

2) El Tribunal no hizo lugar al reclamo por horas extras en días comunes y en días de descanso, ni al reclamo por trabajo en días de descanso, confirmando la sentencia de primera instancia.

Considera que el Tribunal infringió el art. 140 del CGP, ya que de la evaluación de la prueba surge en forma indubitable la realización de trabajo extraordinario.

La Sala incurre en un absurdo evidente al omitir analizar las declaraciones de testigos sospechosos, violando de forma flagrante los principios en materia de carga probatoria.

3) El Tribunal no hizo

lugar al reclamo por despido, ni despido abusivo, confirmando la sentencia de primera instancia, infringiendo los artículos 72.1, 137, 139 y 140 del Código General del Proceso. En efecto, el empleador despidió al actor casi 6 meses después de acaecidos los eventos que configurarían la mala conducta, vulnerando el principio de inmediatez.

IV) A fs. 696/700, la parte demandada evacuó el traslado conferido, abogando por su rechazo, por entender que el recurso interpuesto es improcedente.

V) Recibidos los autos por la Corte (fs. 707), por decreto nro. 1582/2019 se dispuso el pase a estudio y se llamó autos para sentencia (fs. 708vto.).

VI) Concluido el estudio, se acordó el dictado de la presente sentencia para el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por la unanimidad de sus integrantes naturales, hará lugar parcialmente al recurso de casación deducido y, en su mérito, anulará la recurrida en cuanto no hizo lugar a la pretensión de cobro de diferencias en el pago de licencia, salario vacacional y aguinaldo derivadas del denominado salario "en negro" y,

en su lugar, condenará al pago de ese rubro. Asimismo, desestimaré las restantes impugnaciones. Todo ello en mérito a la fundamentación que se expondrá a continuación.

II) Agravios relativos al reclamo por horas extras, despido común y abusivo.

Corresponde desestimar este sector de la impugnación por no resultar admisible de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 268 del Código General del Proceso.

A criterio de los Ministros Eduardo Turell, Luis Tosi, Tabaré Sosa y la redactora, no es posible revisar en casación aquellas cuestiones que han sido objeto de dos pronunciamientos judiciales coincidentes. Esta es la actual interpretación del artículo 268 inciso 2 del Código General del Proceso, en la redacción dada por el artículo 37 de la ley 17.243 (cf. sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nros. 24/2003, 410/2016 y 1.787/2016, entre otras).

La Doctora Bernadette Minvielle, por su parte, estima que los agravios resultan admisibles por los fundamentos expuestos en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia Nro. 837/2017 (en igual sentido véase Barreiro, María Virginia y Tejera, Mariela: "Admisibilidad de la casación ante la

doble confirmatoria y sin discordia"; Landoni, Ángel; González Miragaya, Santiago y Cabrera, Rafael: "Procedencia del recurso de casación y alcance en hipótesis de confirmatoria parcial de la sentencia apelada" ambos en AA.VV: "XIVas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colegio de Abogados - IUDP, Colonia del Sacramento, 2009, págs. 187/196 y 151/168 respectivamente y Landoni, Ángel: "El recurso de casación", XVIIas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colegio de Abogados del Uruguay - IUDP, Rivera, 2015, págs. 229/254).

Sin perjuicio de ello, tampoco ingresará al análisis de los agravios atento a la posición de la mayoría.

III) Agravio relativo a la desestimatoria de la condena por diferencias de licencia, salario vacacional y aguinaldo.

La condena al pago de aguinaldos, licencias y salario vacacional se vio disminuida porque el Tribunal entendió que no existieron salarios pagados "en negro".

El Tribunal entendió que esos pagos correspondían a reintegro de combustible y otros gastos del vehículo utilizado por el actor. Por tratarse de pagos no regulares ni permanentes, a criterio de la Sala, la empresa no tiene la obligación

de aportar los comprobantes

La parte recurrente sostiene que el Tribunal infringió lo dispuesto por los artículos 137, 139, 140 y 141 del Código General del Proceso, así como los principios de realidad y debido proceso.

A criterio de la Suprema Corte de Justicia, corresponde hacer lugar al recurso deducido.

En la sentencia se transgreden las reglas de la sana crítica y debe relevarse que la valoración de la prueba realizada resulta absurda.

En cuanto a los agravios referidos a la valoración de la prueba no existe consenso entre los integrantes de la Corporación, según se expondrá a continuación.

1) A criterio de los Ministros Doctores Eduardo Turell, Bernadette Minvielle, Luis Tosi y la redactora, respecto de la casación fundada en errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, adhieren a la posición que entiende que dicha causal se reduce a los supuestos en los cuales se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada; o, en el caso de que corresponda aplicar el sistema de la sana crítica,

cuando se incurra en absurdo evidente, por lo grosera e infundada de la valoración realizada (criterio sostenido por la mayoría de la Corporación en Sentencias 408/2000, 52/2010, 4248/20, 594/2013, 640/2017, entre otras).

En este punto corresponde destacar que las reglas de la sana crítica son reglas legales de valoración de la prueba, según el claro tenor literal del artículo 270 Código General del Proceso. Por lo tanto, en cuanto a las normas de Derecho, no están excluidas del control casatorio.

Sucede que, la sana crítica, por su contenido conceptual, imbuido de las reglas de la razón y de la lógica, se violan o desconocen en hipótesis de absurdo o arbitrariedad.

La parte cumple con alegar cuál es el concreto motivo de agravio y en qué sentido no comparte la valoración de la prueba realizada por el Tribunal, imputando a éste un proceder absurdo al formular el juicio de los hechos (artículos 270 y 273 del Código General del Proceso).

2) A criterio del Doctor Tabaré Sosa, la valoración probatoria realizada por parte del Tribunal de alzada no resulta excluida del control casatorio.

Señala Hitters (citando a Bolaños) que: "*...la problemática del control de la*

aplicación de las reglas de la sana crítica en casación. En efecto, tiempo atrás se planteó la duda de si dichos preceptos son 'normas jurídicas' o 'simples reglas lógicas' que gobiernan el pensamiento; y la temática no es puramente ateneísta, sino que tiene profunda raíces prácticas, ya que si pudiéramos encarrilar a estas reglas dentro de la primera corriente -la tesis normativista- su infracción entraría fácilmente dentro de los limbos de la inaplicabilidad de ley o doctrina legal (art. 279 del cód. de Proced. Civil y Com. De la Prov. de Bs. As.); en cambio si nos adscribimos a la otra postura -la tesis directista- al no constituir dichos esquemas otra cosa que pautas o simples consejos de prudencia, su violación para entrar en el ámbito casatorio debe llegar al extremo del absurdo o de la arbitrariedad" (Hitters, Juan Caros, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2da ed., Ed. LEP, La Plata, 1998, ps. 459-460).

A juicio del Doctor Tabaré Sosa, el error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal, esto es, constituyen "verdaderas leyes o normas de prueba, y por ende su infracción podía [puede] alegarse en casación...". (Cf.

Hitters, Juan Caros, Ob. Cit. pág. 460).

En conceptos trasladables Fernando de la Rúa concluye que "*La sana crítica es, pues, un sistema consagrado por las normas jurídicas; su infracción viola éstas...*" (de la Rúa, Fernando, *El recurso de casación*, Víctor P. De Zavalía -Editor-, Buenos Aires, 1968, pág. 405).

Una transgresión a las pautas legales de valoración probatoria previstas por el artículo 140 del Código General del Proceso constituye causal casatoria, dado que, tal hipótesis resulta subsumible en los supuestos previstos en los artículos 270 y primera parte del art. 277.3 *ejusdem*, aun cuando la infracción no pueda ser calificada como grosera, arbitraria o absurda (cf. Van Rompaey, Leslie, Rev. Col. Abog. Urug. No. 137, págs. 6 y ss.).

En este sentido, la mayoría no comparte tales fundamentos en función del desarrollo argumental formulado en el numeral 1 del Considerando III.

3) Ahora bien; sin perjuicio de las diversas posiciones, la Suprema Corte de Justicia comparte la valoración probatoria realizada por el Señor Juez a-quo, en cuanto sostuvo:

"En cuanto al salario 'en negro', le asiste razón a la parte actora, ello por

cuanto existen sumas depositadas en la cuenta del actor, que no figuran como sueldo o lo hacen solo en alguna ocasión, y respecto de las cuales la accionada no logró dar una fundada explicación como le imponía su propio interés.

De acuerdo al cotejo de los depósitos que la empresa demandada efectuaba en la cuenta del actor, y los recibos de sueldo, puede inferirse que algunos de los depósitos no han sido justificados, y ello resulta trascendente por cuanto, la misma invocó que los depósitos en cuestión correspondían a viáticos con rendición de cuenta, sin perjuicio de que algunos serían adelantos de sueldo. Es decir, mes a mes el demandado no solo depositaba el sueldo del actor en la cuenta de éste, sino otros montos de dinero que aunque variables, no se probó que correspondieran a viáticos. Repárese en el hecho de que esos pagos adelantados estarían destinados a cubrir gastos, de los cuales el principal sería el de combustibles (los otros gastos invocados refiere a envíos, encomiendas, tickets de bajo valor, etc.). Es más, algunas sumas depositadas, están consignadas como gastos de nafta.

Por otra parte, la accionada debería haber hecho un mayor esfuerzo para demostrar la razonabilidad de los montos, que afirma depositaba mes a mes, por concepto de viáticos.

Pero lo que es aún mas trascendente, la accionada afirmó que se trataba de viáticos con rendición de cuenta, por tanto, debía justificar los mismos mediante los recaudos respectivos (facturas, tickets, etc.). Nada aportó en ese sentido la reclamada, incumpliendo con su carga probatoria de acuerdo al art. 139 CGP. Repárese en las declaraciones de los testigos propuestos por la demandada al respecto cuando refieren a documentación que la empresa no la ha aportado.

Así el hijo del titular de la empresa, Sr. Andrés San Pedro (fs 486) señaló que 'a los supervisores se les adelanta dinero para encomiendas, nafta, estacionamiento, cosas para la oficina...' y que esos gastos 'los enviaba en una planilla todos los meses al contador'. Igualmente el testigo expresó 'las facturas de gastos se guardaban en un bibliorato'.

En igual sentido, en la declaración de parte demandada luego de señalar que Andrés San Pedro maneja la parte administrativa dijo que al actor se le daba dinero para gastos cuyo monto variaba entre \$ 12.000 y \$ 15.000 y que debía rendir cuentas a la parte administrativa (fs. 547). Más adelante agrega 'la empresa guarda todas las boletas de gastos'. Asimismo preguntado sobre depósitos concretos

no supo dar ninguna explicación y a que respondían los mismos.

Agregó que si sobraba dinero muy pocas veces el supervisor lo devolvía.

Por otro lado, el reclamante argumenta que las sumas eran variables, y que no se ajustaba con los aumentos salariales del sector, como hubiese ocurrido, según Convenio Colectivo vigente, si fuesen viáticos sin rendición de cuentas, pero justamente, el salario en negro, trata de disimularse o esconderse, y por eso no es extraño que las sumas varíen sin un criterio uniforme. Cabe agregar que es obvio, que esas características, también pueden responder y muchas veces así ocurre, al propósito de la empleadora de cubrirse ante eventuales reclamos.

En consecuencia, se hará lugar al reclamo por concepto de aguinaldo sobre salarios en negro y se estará a la liquidación formulada por el actor en tanto la de la accionada no realizó la que para el caso de una eventual condena sería la correcta" (fs. 582/583).

Tal y como surge de autos, la demandada alegó al contestar la demanda (lo que fuera corroborado por los testigos por ella propuestos) que existían (facturas y tickets) que acreditaban los viáticos abonados al actor, pero, sin embargo, nada de

ello fue acreditado documentalmente, como correspondía y era su carga.

No se incorporó en autos ningún elemento que permitiera imputar los pagos a viáticos.

La Corporación no comparte lo sostenido en la recurrida en cuanto a que el reintegro de gastos "... explica razonablemente los depósitos realizados en la cuenta del actor..." (fs. 674 vto.)

Por el contrario, la solución sostenida por el Tribunal responde debe calificarse como un supuesto de arbitrariedad en la valoración de la prueba.

4) En carácter de argumento adicional, corresponde decir que, asimismo, la sentencia transgredió las reglas de la carga de la prueba.

El actor alegó y acreditó el depósito de sumas de dinero que respondían a salario "en negro".

La demandada tenía la carga de probar los hechos impositivos, modificativos o extintivos de la pretensión, a través de la prueba idónea, la cual estaba constituida por las facturas y tickets que manifestó tener.

Era la demandada, en aplicación del principio de disponibilidad del medio probatorio, quien se hallaba en mejores condiciones de probar la naturaleza de dichos depósitos, ya que los tenía o debía tener en su poder.

Así siguiendo al Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1º turno: *"Un empleador que tiene la disponibilidad, de elaborar documentos sinceros, mal puede venir al proceso a batallar con testigos. En consecuencia, las propias reglas de la lógica y la experiencia, en particular estas últimas que remiten a la realidad de la vía sustantiva, autorizan afirmar que no puede pretenderse acreditar con testigos el hecho que el "buen empleador" hubiera podido ilustrar con documentos (CGP Comentado, anotado y concordado. Enrique Vescovi y colaboradores. T.4 pág. 277)"* (En Anuario de Jurisprudencia Laboral del año 2013; c. 576; pág. 545).

IV) En cuanto la liquidación de la condena y la incidencia de lo resuelto en esta sentencia.

La sentencia recurrida modificó la condena porque relevó que la liquidación formulada en la demanda tuvo en cuenta el último salario y no los valores históricos, tal como hubiera correspondido.

La solución ha de ser mantenida.

En primer lugar, porque no fue objeto de agravio por la parte actora.

En segundo lugar, tal como sostuvo la Corporación con anterioridad: *"...si bien es correcto que la parte demandada tiene la carga de formular una liquidación alternativa cuando, a su juicio, la confeccionada por la contraparte resulta errónea, no es menos cierto que el Tribunal (que conoce el Derecho, según aforismo "iura novit curiae"), tiene el poder-deber de controlar la regularidad jurídica de la liquidación formulada por el accionante"* (cf. sentencia 1.226/2019).

Por tanto, tal como lo resolvió el Tribunal: *"Corresponde, para calcular las diferencias de salarios, tomar los valores históricos de la hora de trabajo para cada período reclamado y actualizarlos por la variación del IPC. Se debe emplear como parámetro el valor histórico que se corresponde con el momento en el que se hizo exigible el crédito, valor que debe corregirse del efecto inflacionario mediante la actualización por IPC"*.

Por tanto, las diferencias en el pago de licencia, salario vacacional y aguinaldo, deberán liquidarse tomando en cuenta los \$ 15.575

mensuales correspondientes a los referidos pagos "en negro" (fs. 268 vto.), con más reajustes e intereses desde la exigibilidad de cada rubro.

V) No corresponde imponer especial condena en costas y costos (artículo 279 del C.G.P.).

Por lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad,

FALLA:

ANÚLASE LA RECURRIDA EN CUANTO NO HIZO LUGAR A LA PRETENSIÓN DE CONDENA AL PAGO DE DIFERENCIAS DE LICENCIA, SALARIO VACACIONAL Y AGUINALDO DERIVADAS DEL DENOMINADO SALARIO "EN NEGRO" Y, EN SU LUGAR, CONDÉNASE A LA DEMANDADA A SU PAGO, SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 20 B.P.C.

PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

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

**DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

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

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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