

//tencia No.193

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA ELENA MARTÍNEZ

Montevideo, nueve de marzo de dos mil veintidós

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA C/ BB - PROCESO LABORAL ORDINARIO (LEY 18.572) - CASACIÓN"**, IUE: 2-35273/2019.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva nro. 50, de fecha 21 de setiembre de 2020, el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 9° Turno, falló:

"Haciéndose lugar a la excepción previa de falta de legitimación pasiva interpuesta por los co-demandados CC; DD y EE. No haciéndose lugar a los rubros reclamados por la actora en su demanda. Costas y costos por su orden" (fs. 523-570).

II) Por sentencia definitiva nro. 107, de fecha 21 de mayo de 2021, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno, resolvió:

"Confírmase la sentencia interlocutoria N° 554/20.

Confírmase la sentencia definitiva apelada salvo en cuanto:

a. A la indemnización por

despido abusivo en lo que se revoca y en su lugar se condena a BB a su pago a la actora que se estima en el importe de una indemnización por despido común.

b. A las horas extras en lo que se revoca y en su lugar se condena al pago de horas extras a razón de cinco horas extras semanales e incidencias.

c. En cuanto a la partida salarial abonada en dólares en lo que se revoca y en su lugar se condena a su pago con sus aumentos e incidencias.

Se condena al pago de 10% por concepto de multa de estos rubros y de los que oportunamente se abonaron en concepto de liquidación final. Y 20% por concepto de daños y perjuicios preceptivos.

Costas a la demandada sin especial condena en costos" (fs. 640-657).

III) Contra este último fallo, la co-demandada BB interpuso recurso de casación (fs. 660-692).

En tal sentido, expresó, en síntesis, los siguientes cuestionamientos.

a) Adujo que es improcedente la condena por "partida semestral en dólares" con aumentos e incidencias. El juez de primera instancia

desestimó el reclamo formulado por dicha partida al concluir que no se logró probar que la presunta partida en dólares provenía de BB. No obstante ello, la Sala realizó un análisis erróneo, parcial y aislado de los elementos probatorios, sin integrarlos, arribando a conclusiones ilógicas, absurdas y arbitrarias. En función de ello, transgredió las reglas legales de valoración de la prueba (art. 140 de los arts. 139, 140 y 141 del C.G.P.).

Señaló que no se encuentra fundado el derecho que podría respaldar la condena en la hipótesis por una relación profesional ajena a los servicios prestados para BB. La Sala no invocó figuras tales como: empleador complejo, conjunto económico, etc., por lo que la sentencia es infundada e incoherente en este aspecto. En los hechos, a través del trabajo de la actora en BB, aquélla tuvo oportunidad de acceder a un cargo en FF de Puerto Rico como tutora, siendo dicha relación ajena a BB, sin perjuicio de la cooperación entre las instituciones para el ofrecimiento de programas de formación conjunta.

Argumentó que la Sala omitió relevar en la sentencia la prueba documental consistente en el Catálogo Institucional de FF 2019, en el cual surgen las tareas brindadas por AA para FF como tutora. Claramente cumplía tareas para otra Institución.

El órgano de alzada, asimismo, prescindió de pruebas decisivas, realizó un análisis parcial y aislado de elementos que derivan en una decisión equivocada. El Tribunal valoró únicamente la prueba documental consistente en correos electrónicos donde consta que se le realizaba a la actora ese pago suscrito por GG o HH y depósitos por dicha suma en las cuentas del II de la ex trabajadora. En razón de ello, el Tribunal de Apelaciones consideró que es un hecho no controvertido la realización de dichos pagos y que tales erogaciones no estaban documentados en los recibos que se le extendían a la actora. Esa valoración carece por completo de respaldo en las probanzas, ya que es un hecho controvertido, e incluso surge vasta prueba que demuestra que el pago de honorarios provenía de un tercero.

En ese sentido, destacó que en el correo electrónico suscrito por GG, se indicó que en esa fecha se le había realizado la transferencia por U\$S 4.065 correspondiente a la gestión del primer semestre de 2017 y que el pago había sido realizado desde FF Puerto Rico. En cuanto a los correos de la funcionaria HH, indicó que datan de los años 2013 y 2014 y se encuentran fuera del período comprendido en el reclamo de autos. El Tribunal omitió considerar la prueba documental consistente en el correo electrónico

de la actora dirigido a BB para reclamar aumentos legales de salarios durante la relación laboral. Dicha comunicación revela la estratagema utilizada en la demanda para obtener un beneficio ilegítimo por relación profesional-laboral ajena a BB.

Con relación a la valoración de la prueba documental identificada en depósitos en cuenta del II, manifestó que difiere de la cuenta en la que la actora percibía sus salarios en el JJ, según recibos de salarios agregados en autos. Por igual, con respecto a la cuenta del II titular de su cónyuge, del informe agregado a fs. 475/481, no surge que los depósitos hayan sido realizados por BB. No hay prueba alguna de que BB haya realizado los depósitos que surgen de la cuenta bancaria de la actora.

Asimismo, se agravió por cuanto el Tribunal vulneró las reglas legales de valoración probatoria, por cuanto consideró que los documentos (contratos suscritos por la actora con FF) no cuentan con certificación de firmas y no fueron reconocidos en el proceso. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 130.2 del C.G.P., los documentos fueron agregados con la anuencia de la actora, quien no se opuso a su agregación, lo que implicó su reconocimiento.

Destacó que el razonamiento realizado en el considerando II) de la sentencia

impugnada, se basa en la declaración del cónyuge de la actora, KK y el Cr. LL, profesional que brinda servicios tanto para la actora como para BB. El primero, se trata de un testigo sospechoso (art. 157 del C.G.P.), lo cual no fue relevado por la Sala, su declaración demostró fehacientemente la mala fe. Mientras que respecto de la declaración de LL, la Sala no tuvo en consideración que, como Contador de BB, no registró la existencia de la presunta partida en la contabilidad de la fundación, solamente dijo conocer de su existencia al haberlo escuchado de oídas por parte de la actora, su amiga.

b) Se agravió por considerar improcedente la condena al pago de horas extra, ya que no surge de autos la realización de trabajo extraordinario. La actora con deslealtad no informó el desempeño de tareas para la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias que implicaban el cumplimiento de un horario determinado de lunes a viernes, todo lo cual hacía incompatible el reclamo por horas extra realizado. BB acreditó que la actora no realizaba trabajo extraordinario mediante el informe de un tercero que aloja la plataforma virtual de trabajo "Google Analytics". El Tribunal valoró en forma absurda la prueba, ya que concluyó que el límite convencional de horario pactado entre las partes era de 20 horas mensuales. Tampoco se valora la propia actitud de la

actora, ya que no surge un solo reclamo histórico de horas extra por su parte en toda la documentación agregada. El promedio de horas mensuales en el campus es de 18:29 horas de trabajo mensuales, lo cual dista de las 30 horas semanales por las que fue contratada y mucho más de las 30 horas extra semanales reclamadas (16 de las cuales corresponderían descanso semanal trabajado tal como lo reconoció el Juez de instancia al rechazar el reclamo por esas horas particulares).

Puntualizó que resulta inadmisibile que la Sala sentenciante apele al principio de razonabilidad para determinar el número de horas extra, cuando tiene frente a sí prueba documental, nunca desconocida por la parte actora, de la que surge con toda claridad y más allá de toda duda, el número exacto de horas que insumían cada una de las tareas.

Arguyó que la Sala no comprendió la modalidad de trabajo de la actora, sus tareas, ni las herramientas tecnológicas utilizadas. La reclamante se desempeñaba por 30 horas semanales, por lo que debía cumplir con, por lo menos, 120 horas mensuales. Incluso, en el caso de 20 horas realizadas, debería cumplir al menos 80 horas de trabajo.

c) Se agravio por considerar improcedente la condena por indemnización por despido abusivo. La actora fue despedida el 12 de abril

de 2019, rescisión unilateral por la cual se abonaron todos los rubros que le correspondían por egreso, incluida la indemnización por despido. Aclaró que se probó que el despido se concretó luego de una negociación por reestructura del cargo por motivos económicos de BB. No mediaron en el despido motivos extra-laborales, antijurídicos o discriminatorios, o que tuvieran intención de causarle daño a la actora.

Insistió en que la Sala infringió el art. 139.1 del C.G.P. y las normas aplicables al despido común y abusivo (ley nro. 10.570 y art. 1321 del Código Civil), ya que en nuestro Derecho no es necesario fundar el despido común, claramente confundiendo despido injusto con el despido común. El Tribunal ni siquiera fundó el derecho para la condena por el despido abusivo (arts. 197 y 198 del C.G.P.). Se violentaron las normas de valoración de la prueba (arts. 140 y 141 del C.G.P.), ya que afirmó que la co-demandada BB no ha probado sus alegaciones en base a consideraciones genéricas, cuando existen pruebas en autos que demuestran negociaciones cursadas entre las partes para la continuidad de la relación laboral.

Arguyó que la actora no probó los motivos expresados en la demanda para fundar su reclamo. Antes bien, la Sala entendió que BB debió probar los motivos del despido, claramente confundiendo

los conceptos de despido abusivo con el concepto de despido injusto. La reparación de daños por despido injusto está prevista con el pago de la indemnización por despido común. En cada caso en particular, deberá ser analizado si el proceder del empleador ha sido motivado por razones ilícitas, pero recae sobre quien invocó el abuso de derecho la carga de la prueba. El indicio relevado por el Tribunal en función de la proximidad del despido y los intercambios para reducción del horario de la trabajadora, solamente demuestran que las partes cursaron negociaciones para la continuidad de la relación laboral, lo que torna improcedente calificar dicha conducta como abusiva en el contexto de la responsabilidad del art. 1321 del Código Civil.

d) En subsidio, planteó que, respecto del rubro "partida en negro", la condena por incidencias y reajuste no fue reclamada en el agravio de la apelación, por lo cual existía cosa juzgada al dictar sentencia (fs. 583 vta. a 587 vta. del recurso de apelación de la parte actora). Tampoco fue apelada la "no condena" por el Juez de primera instancia de los rubros relacionados con incidencias de las horas extra (fs. 591 vta. a 595). En caso de entender que no procede la revocación de la condena por estos rubros, se debe revocar la condena de sus incidencias.

En segundo término, plan-

teó como agravio subsidiario, el error en la condena por reajuste por Consejo de Salarios en relación a la partida en dólares. Indicó que no aplica el mecanismo definido por resolución de fecha 9 de marzo de 2009 del M.T.S.S.

En tercer lugar, planteó como agravio subsidiario, que la sentencia de segunda instancia por los rubros objeto de condena, no estableció el monto líquido, incumpliendo lo dispuesto en el art. 15 de la ley nro. 18.572.

Por último, en subsidio, para el caso de que se entienda que corresponde mantener la condena por despido abusivo, solicitó el abatimiento del monto fijado. Señaló que no se acreditó, ni probó, por parte de la actora, daño alguno.

IV) Conferido el traslado de ley (fs. 694 y 699), fue evacuado por la parte actora, en el sentido de que correspondería rechazar la totalidad de los agravios contenidos en el recurso de casación interpuesto (fs. 703-718 vta.).

V) Elevados los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 722 y 725), fueron recibidos el día 12 de agosto de 2021 (fs. 726).

VI) Por auto nro. 926, de fecha 21 de setiembre de 2021, se dispuso el pasaje a estudio de la causa (fs. 728).

VII) Atento a que el Sr. Ministro Dr. Luis TOSI BOERI cesó en su cargo el día 27 de octubre de 2021, la Corte procedió a su integración mediante el sorteo de práctica (fs. 722 y 736), recayendo la suerte en la persona del Dr. Julio Alfredo POSADA (fs. 736), con quien prosiguió el estudio del expediente (fs. 737); finalizado el estudio, se acordó dictar la presente sentencia.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, integrada, hará lugar, parcialmente, a la impugnación movilizada por la parte demandada, por los fundamentos que expresará, pues los agravios articulados como sustento de la casación, referidos a que el Tribunal de Apelaciones omitió liquidar las sumas correspondientes a los rubros objeto de condena, resultan eficientes para resolver en el siguiente sentido.

Los Sres. Ministros Dres. Bernadette MINVIELLE, John PÉREZ, Julio POSADA y la redactora, estiman que la omisión referida, cuya anulación se declara, debe extenderse a la totalidad de los rubros que fueron objeto de condena en segunda instancia, correspondiendo remitir el expediente al Tribunal de Apelaciones subrogante, a fin de que practique la liquidación de ley.

Si bien el Sr. Ministro Dr. Tabaré SOSA coincide con la decisión de la mayoría, entiende, sin embargo, que el reenvío no puede alcanzar a la condena por "horas extra" e "incidencias", puesto que, respecto a esos rubros, estima que corresponde anular y absolver a la demandada de su pago, extendiendo discordia en ese sentido.

Seguidamente, se pasará a fundamentar la decisión a la que se arriba.

II) Agravio relacionado al reclamo de "partida salarial semestral en negro" (fs. 661-670).

La Corte, por unanimidad, aunque por diferentes fundamentos entre sus miembros, entiende que esta fase impugnativa resulta de rechazo.

II.1) A juicio de la mayoría de la Corte (Sres. Ministros Dres. MINVIELLE, PÉREZ, POSADA y la redactora), este sector de la impugnación no puede recibir el amparo jurídico que se reclama, por los siguientes fundamentos.

Se toma nota que FUNIBER, en su recurso de casación, indebidamente pretende una revalorización completa del material fáctico.

Es decir, pretende que la Corte revise el juicio fáctico del Tribunal de Apelaciones, sin limitación alguna. Si bien cabe

reconocer el esfuerzo de la impugnante, que refiere a la existencia de absurdo, lo cierto es que el análisis que realiza -a lo largo y ancho de su escrito- es la fragmentación y análisis parcial de diversos elementos de prueba.

La recurrente omite considerar que la casación no es una tercera instancia, siendo el razonamiento probatorio de la Sala revisable en circunstancias excepcionales, cuando existe una infracción a las reglas de valoración de la prueba de la sana crítica configurativas de un supuesto de absurdo evidente.

Efectivamente, a juicio de la mayoría de este Colegiado, la errónea valoración de la prueba como causal de casación presenta ciertas particularidades en nuestro ordenamiento jurídico: no cualquier error en la valoración puede ser invocado como error de derecho revisable en casación, sino solo aquellos errores groseros, que configuren un absurdo evidente o un razonamiento probatorio manifiestamente desacertado.

En este punto, la Corte ha sostenido desde larga data, con base en el art. 270 del C.G.P.:

"A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de

casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, al ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia Ley prescribe que verificándose ciertos presupuestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado.

En jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revalorización de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador (...).

A mayor abundamiento: El ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el art. 140 C.G.P. revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible

(...)”, (cf.: Sentencias nros. 829/2012, 508/2013, 484/2014, 593/2017 y 647/2018, entre muchas otras).

Este criterio impone, lógicamente y legalmente, dos condiciones necesarias para el progreso de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba.

Primera condición: quien recurre en casación debe, en primer término, denunciar, alegar, un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improcedente. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está condicionada a ninguna fórmula sacramental, más sí requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación.

Segunda condición: la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado.

En el caso, la acumulación de críticas puntuales a cómo la Sala valoró diversos

medios probatorios, no cumple siquiera con la primera condición para la consideración de este tipo de agravios; esto es: no se denunció un error en el razonamiento probatorio que suponga un absurdo o una arbitrariedad superlativos, más allá de los giros lingüísticos empleados.

Basta con examinar las razones explicitadas por la Sala, los elementos de prueba considerados y precisamente valorados (fs. 645-652), para advertir que sus conclusiones probatorias se encuentran ampliamente respaldadas; tienen "anclaje" en las pruebas disponibles.

En suma, no se verifica, en ninguna hipótesis, un notorio error de percepción del Tribunal de Apelaciones de las pruebas rendidas, ni que haya soslayado pruebas cruciales que determinaran una solución divergente, lo que conduce a desestimar el agravio.

II.2) El Sr. Ministro Dr. Tabaré SOSA coincide con la solución desestimatoria propuesta por la mayoría de la Corte; sin embargo, arriba a ella por fundamentos distintos, acorde con su posición acerca de que la valoración probatoria realizada por un órgano de segunda instancia no resulta, de regla, excluida del control casatorio (cf.: sentencia de la Corte nro. 70/2021).

En ese sentido, el Sr. Ministro toma nota de que, en el punto, la recurrente destacó que la actora omitió señalar que mantuvo una relación profesional con la Universidad Internacional Iberoamericana de Puerto Rico (FF), por la cual percibe honorarios profesionales al desempeñarse como tutora para dicha institución.

Estimó la demandada que la Sala de segundo grado valoró en forma errónea la prueba al concluir que la partida que percibía en forma semestral era abonada por la demandada, cuando en realidad dicha suma de dinero guarda relación con su tarea como tutora para FF (relación totalmente ajena a BB).

Narró que BB agregó los contratos suscritos por la actora con FF, los que luego fueron realizados en nombre de su esposo, KK, para efectivizar el pago de sus honorarios.

Remarcó que la prueba testimonial fue incorrectamente valorada por la Sala.

Ahora bien, previo a analizar la sentencia recaída y los agravios formulados por la demandada, corresponde repasar los escritos introductorios de ambas partes.

La actora, al demandar, señaló que en el mes de marzo de 2008 se la registró

formalmente en el MM como trabajadora dependiente, pero con una parte mínima del salario y no con el real, dado que se le pagaba una suma "en negro" de cuatro mil dólares semestrales.

A los efectos de acreditar el pago "en negro" señaló que basta con comparar el estado de cuenta expedido por el II del cual surgen los depósitos semestrales y los correos remitidos por personal de BB que dan aviso de las mencionadas transferencias.

Por su parte, la demandada, al contestar señaló que la partida era abonada por la Universidad Internacional Iberoamericana de Puerto Rico "por contratación ajena a la del objeto del reclamo de autos".

Y bien, analizadas las alegaciones de las partes, el cúmulo probatorio obrante y las afirmaciones realizadas por la recurrente, se observa que las conclusiones a las cuales arribó la Sala no merecen reproche alguno, pues el recurrente -más allá de su versión- no logró enervar las sólidas conclusiones de la misma.

Como bien señala la Sala, la existencia de los pagos es un hecho que no resultó controvertido. La cuestión se centra en determinar si los mismos fueron realizados por BB o FF.

Un elemento central, que el demandado pretende desvirtuar pero no lo logra, es que conforme surge de los correos enviados son los propios funcionarios de BB (HH y GG) los que le confirman a la actora el pago de las sumas semestrales.

En tal sentido, véase correo electrónico de junio de 2016 enviado por HH que informa la transferencia realizada. En la aclaración de la emisora luce que su cargo es de Dirección Administrativa, Contabilidad y Finanzas de BB. Otra comunicación similar ocurrió en diciembre de 2016 (fs. 18 vta.).

El 4 de junio de 2018 la actora envió correo electrónico a Luisa y Jaime a los efectos de coordinar el "pago del semestre" y al día siguiente, GG (Coordinador de Contabilidad y Finanzas de BB), confirmó que "se ha procedido con el pago del primer semestre de 2018" (fs. 20). Similar correo surge glosado a fs. 21 que guarda relación con diciembre de 2017.

Bajo tal constatación resulta sumamente justificada la conclusión de la Sala que da cuenta que *"entonces carece de fundamento que sean funcionarios de la demandada quienes arreglen con la actora el pago y le avisen del depósito si éste era realizado por un tercero que no tenía nada que ver con*

ellos. Pero además en las varias veces que la actora reclamó que iba a pasar con esa partida, ningún funcionario de BB le responde que se ignore por ellos de que partida está hablando" (fs. 645).

Por último, si bien la parte demandada -siguiendo lo concluido por el "A Quo"- busca dar una versión diferente de lo declarado por el testigo EE (contador, asesor externo de la empresa, que liquidaba los sueldos de la Fundación), no puede perderse de vista, como con total acierto efectúa la Sala, que el testigo declaró que tenía *"algún conocimiento que ella cobraba una partida en dólares"* y que tal extremo lo sabía porque asesoraba a la actora respecto de la declaración de IRPF y al ser interrogado del origen señaló *"creo que venía del exterior supongo de autoridades de la Fundación a nivel internacional"*.

Si bien, nobleza obliga, corresponde señalar que las apreciaciones formuladas por la parte demandada pueden generar cierta interpretación diversa con relación a este testigo, sopesada la prueba en su conjunto, en especial, los correos electrónicos intercambiados y que ningún funcionario respondió ignorando el desconocimiento de la mentada partida, es que corresponde concluir que el razonamiento de la Sala por el cual concluyó que no siendo controvertida la realización de los pagos, el cúmulo probatorio permite

-en forma razonable- concluir que los mismos fueron realizados por BB.

En definitiva, la desestimatoria del agravio con relación a la "partida en negro", se impone con todo fulgor.

III) Agravio referido a la condena a pagar "horas extra" (fs. 670 "in fine"-683 vta.).

III.1) Para la mayoría de la Corte (Sres. Ministros Dres. MINVIELLE, PÉREZ, POSADA y la redactora), los argumentos expresados en ocasión de analizar el agravio que antecede, sirven, igualmente, para rechazar este sector de la impugnación; esto es, la parte recurrente no alegó en forma el agravio, no invocó un supuesto de absurdo o arbitrariedad en la ponderación de la prueba realizada por el Tribunal de Apelaciones.

III.2) Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Tabaré SOSA mantiene un criterio divergente al de la mayoría, razón por la cual extenderá discordia, por entender que corresponde amparar el agravio y, en su mérito, anular la condena a pagar cinco "horas extras semanales" e "incidencias".

IV) Del agravio asociado a la condena a indemnizar por "despido abusivo" (fs. 683 vta.-689).

Este Colegiado, por unani-

midad, entiende que este sector de la recurrencia resulta de rechazo, en base a las siguientes razones.

El Tribunal de Apelaciones, en su sentencia, sostuvo que se configura un supuesto de "despido abusivo represalia". Para ello, suministró una serie de razones que, a su juicio, avalan la versión histórica de la parte actora.

Veamos.

En primer lugar, la Sala consideró que la hipótesis de despido "represalia" no fue objeto de controversia específica.

En segundo término, el órgano de alzada consideró que la prueba diligenciada no permite concluir que existe una razón lógica para el cambio de criterio operado entre la decisión de reducir horas y el despido.

En tercer lugar, señaló que un indicio más que relevante es la proximidad entre el reclamo y la decisión de despedirla. En la cadena de correos electrónicos se le comunicó la reducción horaria y surge en todo momento que jamás se había valorado despedirla. No es real que la actora no aceptó lo que se le proponía.

Pues bien, en el caso, la Corte estima que los hechos que la Sala tuvo por probados, califican adecuadamente como un supuesto de

“despido abusivo”.

Como enseña MANGARELLI, el “despido abusivo” debe quedar reservado a situaciones de especial gravedad, de hechos éticamente graves, de un actuar “particularmente” objetable del empleador. Hay acuerdo en la jurisprudencia en torno a considerar “abusivo” el despido, entre otros, por **represalia por efectuar un reclamo al empleador** (MANGARELLI, Cristina: “Despido abusivo y Daño Moral”, en *Judicatura*, N° 45, Montevideo, 2007, págs. 292-293).

En idéntica orientación, expresa GIUZIO que la jurisprudencia ha entendido en forma cuasi-monolítica, que el despido es un derecho reconocido y el análisis respecto de la procedencia o no de una indemnización más allá de la tarifada, supone partir de la base de que ha existido un abuso en el derecho a despedir. Asimismo, en esta línea de pensamiento, el despido incausado o sin justa causa, no es por sí solo abusivo, se exige la comprobación de dolo, culpa o motivos o fines ilícitos (cf.: GUIZIO, Graciela: “Concepto de despido abusivo”, en *Revista de Derecho Laboral*, Tomo LVII - N° 253, enero-marzo, FCU, Montevideo, 2014, pág. 149).

Entonces, no se discute que el empleador tiene el derecho o facultad para rescindir unilateralmente el contrato de trabajo, sino

si los elementos de prueba incorporados al proceso, con suficiencia, sirven de base para acreditar que el móvil del empleador es ilegítimo como consecuencia del reclamo por partidas salariales abonadas a la trabajadora "en negro".

Este es el punto relevante, pues la crítica de la recurrente -que en ningún sentido tiene razón- se basa en considerar que el Tribunal, ora invirtió la carga de la prueba, ora valoró en forma equivocada los elementos disponibles en la causa que operaron como motivo o hecho determinante de la ruptura de la relación laboral.

En el expediente, corresponde insistir que el órgano de alzada no invirtió la carga de la prueba, es más, así lo aclaró en la fundamentación del fallo al señalar que: *"Es indiscutible que quien tiene que probar la abusividad es la actora, pero eso no exime al demandado de probar los hechos en los que se funda para controvertir esa pretensión (art. 139 C.G.P.). En otras palabras, si nada acreditara la accionante en cuanto a la ilicitud está claro que las omisiones en el cumplimiento de la carga probatoria del demandado serían inocuas porque la pretensión carece de sustento, y por ende no hay nada que repeler. Pero si como en el caso surgen acreditados una serie de indicios que sustentan la versión de la*

accionante, el hecho que el demandado no pruebe las causas que afirma lo determinaron a despedir, constituye un indicio más a valorar en contra de sus intereses” (fs. 654 vta.-655).

El indicador de mayor relevancia puesto de manifiesto por la Sala, es justamente que la trabajadora estuvo en negociaciones -con propuestas y contrapropuestas- con la empleadora; manifestó en todo momento su necesidad de mantener la fuente laboral, luego de lo cual ante las interrogantes planteadas sobre el pago de partidas semestrales, no recibió nunca respuestas y, en criterio divergente al que se venía manejando desde BB (de reducción de su labor diaria), se la despide.

Debe tenerse presente que, los móviles aviesos, ilegítimos, para activar en forma desviada la potestad rescisoria del empleador, en muchas ocasiones no se presentan a través de la prueba directa de la intención, sino que el ejercicio disfuncional y desviado del derecho a despedir se extrae o infiere de diversos indicadores contextuales.

Uno de ello es, obviamente, la proximidad del despido frente un reclamo efectuado por el trabajador.

No se trata de que el empleador deba justificar el despido, sino de aventar

cualquier suspicacia en los motivos que guiaron su accionar. Si existía -como se señaló- una reestructura y problemas económicos, la disponibilidad de esos medios de prueba es del empleador, ya que se encuentra en las mejores condiciones objetivas de aportar información de calidad al proceso sobre los cambios organizativos y que habrían ambientado y acreditado los hechos extintivos de la pretensión.

En el caso, en la crítica que formula la recurrente en casación, simplemente reivindica la "contingencia económica" de la propia Fundación que derivó en la reestructura.

Como indica ROSEMBAUM, comentando jurisprudencia de la propia Corte, no puede desconocerse el hecho de que resulta improbable e imposible que el trabajador acredite de manera directa la motivación del acto de despedir decidido unilateralmente por el empleador. Ello por cuanto se trata de un elemento subjetivo que, sin mediar confesión de parte, ni encontrarse acreditado documentalmente, el empleador no lo manifestará directamente, sino que se lo reservará en su fuero íntimo en la generalidad de los casos. Señala el autor, que la jurisprudencia ha entendido en un caso en el que se produjo **el despido de un trabajador que efectuara un reclamo interno en la empresa por horas extra, se ha hecho énfasis en que**

corresponde al empleador acreditar que el despido se encuentre justificado, y que dicho acto sea proporcional y razonable, al exigirle, por ejemplo, que pruebe las causas de una reestructura empresarial, así como que los motivos por los que desestimó otras posibilidades que comprendieran la continuidad del trabajador (cf.: ROSENBAUM CARLI, Federico: "El despido pluricausal en el ordenamiento jurídico uruguayo", en AA.VV.: "Actualidad del pensamiento jurídico laboral de Américo Plá Rodríguez. Estudios en celebración del centenario de su nacimiento", FCU, Montevideo, 2020, págs. 241, 243 y 244, el destacado no pertenece al original).

Asimismo, la demandada argumentó que el hecho de negociar las condiciones para mantener el puesto de trabajo demuestra la voluntad de conservación del empleo de la actora.

Tampoco en este plano le asiste razón.

Ciertamente, las negociaciones previas al despido en cuanto a la modificación horaria y retributiva de la actora, eran demostrativas, en determinado momento, de la voluntad de mantenimiento del vínculo; sin embargo, la impugnante no logra lacerar el razonamiento probatorio de la Sala, por cuanto no logró articular -en el curso del proceso- una razón objetiva, una explicación razonable para decidir el

despido en función del hacer previo: ¿qué cambió? ¿qué circunstancias variaron para que la idea inicial de proponer una reducción de horas haya implicado, sin más, el despido?

No hay respuesta de ello en el expediente.

La única realidad probada es que, ante las preguntas insistentes de la trabajadora en múltiples correos (ver fs. 11 y 13), BB envía al día siguiente el 12 de abril de 2019, un correo electrónico comunicando la decisión de prescindir de sus servicios (fs. 53).

Por si lo expuesto no fuera suficiente, el "ad-quem", con criterio irreprochable, indicó que el fundamento del despido abusivo -la "represalia"- no fue objeto de controversia específica.

Basta con leer el escrito de la contestación de la demanda (fs. 341-344) para advertir que genéricamente BB señaló que no se resolvió la desvinculación como "represalia", pero no logra enlazar el cambio intempestivo de criterio (proponía la reducción horaria) y el despido. Ese salto lógico, que resulta inexplicable, demuestra que en ningún pasaje del acto de proposición pudo estructurar una razón que legitime el acto rescisorio.

En suma, por las razones

precedentes, la Corte mantendrá firme la condena por "despido abusivo".

V) De la impugnación subsidiaria (fs. 689-691).

V.1) Agravio referido a la condena por "incidencias" y "reajuste" respecto del rubro "horas extra" (fs. 689).

En este ámbito, se agravió la recurrente (para el caso de que se mantuviera la condena por el rubro "horas extra"), por entender que la condena por "incidencias" y "reajuste" no fue solicitada al apelar.

V.1.1) A criterio de la mayoría de la Corte (Sres. Ministros Dres. MINVIELLE, PÉREZ, POSADA y la redactora), el agravio es de pleno rechazo.

La parte actora apeló la sentencia de primera instancia que había desestimado la condena por pago de las "horas extra", razón por la cual, el hecho de que se haya agraviado y dirigido una crítica concreta contra esa desestimatoria, va de suyo que la Sala al resolver el recurso de apelación, se encuentra plenamente habilitada para dictar un fallo condenatorio, con el estricto límite de la pretensión ejercitada y plasmada en el acto de proposición inicial.

Si se repasa con atención

el acto de proposición, se advierte que la actora reclamó las "horas extra", las "incidencias" y los "reajustes" (ver fs. 118 vta. y petitorio II, fs. 121 vta.).

Como destaca PERERA, es razonable que respecto de aquellos puntos que son dependientes o están en una relación de conexión con los que han sido específicamente indicados en el medio impugnativo, sean considerados dentro del agravio y puedan ser conocidos en la alzada (cf.: PERERA, Jorge Carlos: "Apelación y segunda instancia", Amalio M. Fernández, 2ª Edición actualizada, Montevideo, 2009, pág. 169).

En el caso, si lo que solicitó al apelar es la revocatoria de la desestimatoria del rubro objeto de reclamo, va de suyo que esa crítica -con independencia de si se detalló o no en el petitorio del recurso- lo que busca es que se deje sin efecto la sentencia de primera instancia y se haga lugar a la requisitoria formulada en la demanda.

Sin perjuicio de lo anterior, BB omite señalar que en el recurso de apelación, la actora reclamó el pago de las "incidencias" y la "actualización" (fs. 599/599 vta.); de tal suerte, que el agravio no puede prosperar.

V.1.2) El Sr. Ministro Dr.

SOSA, coherente con la solución que propone, en el entendido de que corresponde anular el fallo respecto de la condena por "horas extra", estima que el agravio de marras es de recibo, razón por la cual extenderá discordia en ese sentido.

V.2) Agravio relacionado a la condena por "incidencias" y "reajuste" respecto del rubro "partida abonada en negro" (fs. 689).

Al respecto, se agravió la recurrente (para el caso de que se mantuviera la condena por el rubro "partida abonada en negro"), por entender -nuevamente- que la condena por "incidencias" y "reajuste" no fue solicitada al apelar.

La Corte, por unanimidad de sus miembros, estima que el agravio es de rechazo.

Este Colegiado toma nota de que, respecto al rubro en cuestión ("partida abonada en negro"), las "incidencias" y la "actualización" también fueron solicitadas en la demanda (fs. 118 vta. y petitorio II, fs. 121 vta.) y al interponerse recurso de apelación (fs. 599-599 vta.).

Sin perjuicio de lo anterior, y aun dando por bueno -como pretende la demandada- que no fue planteado expresamente por la actora en el recurso de apelación, lo cierto es que, al requerir la condena y dejar sin efecto la desestimatoria

de la demanda, implícitamente pretendió que el Tribunal de Apelaciones hiciese lugar, sin limitaciones, a lo reclamado en el acto de proposición inicial que incluyó las "incidencias" y la "actualización".

V.3) Agravio referido a la condena a los aumentos legales que correspondieran, respecto de la "partida en negro" (fs. 689 "in fine" y vta.).

Esta Corte, por unanimidad, estima que la recurrente incumple flagrantemente con el art. 273 del C.G.P., motivo por el cual desestimaré el agravio.

En efecto, BB se limitó a relacionar la fundamentación del Juez de primera instancia para desestimar el rubro reclamado y, luego, las razones dadas por la Sala para revocar la decisión de primer grado.

A ello, únicamente agregó que el Tribunal no aplicó el mecanismo definido por resolución de fecha 9 de marzo de 2009 del MTSS, pero no explicita con suficiencia y rigor en qué consistió el error en el procedimiento comparativo previsto en la citada resolución.

Es más, la Sala, en criterio que se comparte, sostuvo que: "*En cuanto a los aumentos legales se entiende que aunque se le*

pagara en dólares, estos corresponden, porque el fundamento de las mismas está en que no se les concedieron los aumentos fijados por los Consejos de Salarios y no que estuviera por encima o debajo del laudo lo que se le pagara... La moneda en la que paga es una decisión del empleador, pero eso no habilita a no conferir los aumentos que correspondieran" (fs. 646 y vta.).

La demandada no objeta la procedencia del aumento, sino que denuncia como error de derecho, no realizar un procedimiento comparativo sin señalar en qué consistió el mentado apartamiento por parte de la Sala.

Tal estrategia defensiva, en casación, resulta inoperante.

V.4) Agravio relacionado a la infracción al art. 15 de la ley nro. 18.572 (fs. 690).

La Corte, por unanimidad (salvo en cuanto a las "horas extra" e "incidencias", condena respecto de la cual el Sr. Ministro Dr. SOSA estima que corresponde anular y desestimar el reclamo), estima que corresponde anular el fallo de segunda instancia -en la medida que dirá- puesto que entiende que la Sala debió, tal como lo ordena la ley, liquidar los rubros objeto de condena y no lo hizo.

La sentencia de primera

instancia había desestimado la demanda entablada, razón por la cual la Sala, al revocar y condenar, debió proceder a liquidar los rubros correspondientes.

En ese sentido, el Tribunal de Apelaciones, o bien consideraba correcta la liquidación practicada por la parte actora, o bien elaboraba una distinta y alternativa, máxime cuando las "horas extra" objeto de condena -que la mayoría de la Corte estima corresponde mantener- difieren de las reclamadas en la demanda.

Este error de Derecho, de carácter puramente formal, por violentar un procedimiento legalmente previsto para establecer las sumas líquidas, trae aparejado el reenvío parcial al Tribunal subrogante para que formule la liquidación que ha sido omitida por el órgano de mérito (art. 277.2 del C.G.P.).

En atención al vicio formal detectado, el reenvío debe ser parcial y ceñirse estrictamente a este punto litigioso.

Sabido es que el reenvío puede ser total (cuando se anula toda la sentencia impugnada) o parcial (se anula una parte de la sentencia impugnada). En este supuesto, será tarea del Tribunal del reenvío procurar armonizar entre los puntos decididos directamente y las pautas que se fijaron respecto de los otros puntos de casación, procurando

dictar una sentencia coherente, autosuficiente, pero fundamentalmente que respete las reglas de la fundamentación lógica (cf.: MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: "Recurso de casación. Aspectos sustanciales, argumentales y procesales", Advocatus, 1ª Edición, Córdoba, 2016, pág. 276).

En suma: la divisibilidad de los aspectos examinados por el fallo, permite que un Tribunal subrogante se aboque exclusivamente a dar solución concreta al tópico concerniente a la liquidación del "despido abusivo", "partida en negro", "incidencias", "reajustes" y los "aumentos legales", así como -por decisión de la mayoría de la Corte- de las "horas extra".

Sería un verdadero contrasentido que el efecto invalidante y anulatorio se extendiera a toda la esfera decisional, cuando el vicio detectado no alcanza a todo el documento, sino a una parte de éste.

Es ciertamente posible el reenvío parcial (v.gr.: la Corte ya ha anulado parcialmente una sentencia de segunda instancia y dispuesto el reenvío, cf. sentencia nro. 1.538/2018), debiendo el Tribunal subrogante ajustarse a las coordenadas fijadas por este fallo de la Corte.

V.5) Agravio que guarda rela-

ción con las bases de liquidación de la condena por indemnización especial del "despido abusivo" (fs. 690 "in fine"-691).

Este Colegiado, por unanimidad de sus integrantes, resolverá desestimar el agravio.

Entiende que los órganos de mérito tienen cierta discrecionalidad en la fijación de la base de cálculo y en la apreciación de los daños sufridos por el trabajador.

En ese sentido, la Sala de segundo grado fijó el "quantum" en el importe de una indemnización por despido común, dentro del guarismo razonable, no advirtiéndose que el monto fijado sea absurdo e irrisorio por exceso o por ínfimo.

VI) De las costas y costos.

La correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (art. 688 del C. Civil, arts. 56.1 y 279 del C.G.P.).

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

FALLA:

I) AMPÁRASE, PARCIALMENTE, EL

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA,
EN CUANTO EL TRIBUNAL DE APELACIONES OMITIÓ LIQUIDAR LOS
RUBROS OBJETO DE CONDENA Y, EN SU MÉRITO, DISPÓNESE
REMITIR LAS ACTUACIONES AL TRIBUNAL SUBROGANTE A TALES
EFECTOS. DESESTÍMASE EN LO RESTANTE; SIN ESPECIAL
SANCIÓN PROCESAL.

II) HONORARIOS FICTOS: 20

B.P.C. PARA CADA UNA DE LAS PARTES.

III) PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE A
DOMICILIO Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
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. JULIO POSADA
MINISTRO

DISCORDE -EN PARTE-: Por
entender que corresponde

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

acoger el agravio expre-
sado por la parte

demandada que guarda relación con el rubro horas extra y, en consecuencia, en el punto, me pronuncio por anular la condena al pago de cinco horas extra semanales y sus respectivas incidencias, absolviendo a la recurrente del pago de las mismas, siendo ello así por lo subsiguiente.

A los efectos aclaratorios, el estudio de la cuestión se realizará siguiendo el siguiente orden: en primer término, se describirá el agravio tal como fue invocado por la recurrente. Renglón seguido, se analizarán los actos introductorios y en tercer término -en base a lo anterior y el cúmulo obrante en la causa-, se pasará a analizar el razonamiento del Tribunal.

A juicio de la demandada, de la prueba de autos no surge que la trabajadora haya realizado trabajo extraordinario.

Señaló que la actora reclamó 30 horas extra semanales por sus últimos cinco años de trabajo en BB, pero ni siquiera informó del desempeño de tareas laborales para la caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias que implicaban el cumplimiento de un horario determinado de lunes a viernes.

Además, enfatizó que acom-

pañó informe de Google Analytics que acredita que la actora no realizó trabajo extraordinario.

Afirmó que el Tribunal revocó la sentencia de primera instancia y condenó al pago de una hora extra diaria en base a la declaración de la testigo Gurascier.

Recordó que el Tribunal parte de un grave error de derecho al afirmar que la actora trabajaba veinte horas mensuales para Funiber. No tuvo presente que a lo largo de la demanda la actora afirmó que la cantidad de horas eran semanales. Además la carga horaria semanal surge de la declaración del testigo Bellani que desempeñaba tareas como tutor (al igual que la actora).

Remarcó que la sentencia de segunda instancia no puntualizó en la declaración de dos testigos que dan cuenta del escaso tiempo mensual que insumían las tareas presenciales de representación en la empresa que realizaba la actora.

Delimitado los puntos que comprenden el agravio se pasará al estudio de lo actuado en el expediente.

Recordemos que, a juicio de la Sala, aplicando el principio de razonabilidad, estimó oportuno concluir que el *quantum* de las horas extra era de cinco semanales.

Ahora bien, a los efectos de la resolución del presente caso, corresponde remarcar que, tal como ha sucedido en más de una oportunidad, la cuestión de las horas extra es quizás el ejemplo más nítido en el cual se diferencian las posturas de quienes integramos la Corporación, pues en muchos casos -como el presente- ocurre que el razonamiento de la Sala no es absurdo ni arbitrario pero a juicio del dicente, corresponde acoger el agravio, pues la errónea valoración de la prueba no requiere de tales notas.

En efecto, tal como se señaló en Sentencia No. 92/2020 de esta Corporación: *"...la valoración probatoria realizada por el órgano de alzada no resulta, en principio, excluida del control casatorio.*

En tal sentido, señala HITTERS, en cuanto a '... 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 sí 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' (cf. HITTERS, Juan Carlos: 'Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación', LEP, 2ª Edición, La Plata, 1998, págs. 459/460).

(omiss)

'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 Carlos: 'Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación', pág. 460).

(omiss)

En conceptos trasladables, citando a DE LA RÚA concluye que: 'La sana crítica es, pues, un sistema consagrado por las normas jurídicas; su infracción viola éstas...' (cf. DE LA RÚA, Fernando,

'El recurso de casación', Víctor P. De Zavalía -Editor-, Buenos Aires, 1968, pág. 405).

A partir de lo anterior y, en la medida en que se ha invocado como causal de casación la vulneración o errónea aplicación del art. 140 del C.G.P., es posible ingresar al análisis de la hipotética infracción a las reglas legales de la sana crítica, sin requerirse la concreción de supuesto de absurdo evidente.

En efecto, una transgresión a las pautas legales de valoración probatoria previstas por el art. 140 del C.G.P. constituye causal casatoria, dado que, tal hipótesis resulta subsumible en los supuestos previstos en el art. 270 del C.G.P. 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: 'Casación y las Reglas de la Sana Crítica' en Tribuna del Abogado, No. 137, marzo-mayo, Montevideo, 2004, págs. 6 y ss.).

(omiss)

Por último, la solución técnico-jurídica que postula el hoy redactor, se robustece y aumenta su relieve si se tiene presente, además que, las concepciones más modernas sobre valoración racional de la prueba y el derecho a ésta

como exigencia jurídica de racionalidad, señalan, como lo hace JORDI FERRER BELTRÁN, que el derecho a la prueba se integra de cuatro elementos fundamentales que no pueden desconocerse: a) a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrarla verdad de los hechos que fundan la pretensión; b) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; c) derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas y d) la obligación de motivar las decisiones judiciales (Cf. FERRER BELTRÁN, J. <<La valoración racional de la prueba>>, Marcial Pons, Madrid, 2007, Págs. 52 y ss.)”.

Delimitada la postura, se pasará a analizar el caso de autos.

Leídas las actuaciones, una primera apreciación se impone. La actora siempre alegó que trabajó veinte horas semanales. En efecto, en su demanda señaló: “comencé a trabajar para Fundación Iberoamericana (en adelante FUNIBER) en el mes de mayo de 2007 habiendo sido contratada para laborar de lunes a viernes por 20 horas semanales (sin perjuicio de que, tal como se relatará en este escrito, dicha carga horaria siempre fue superada con creces)” (fs. 108).

Ahora bien, en el capítulo “liquidación de los rubros adeudados”, señaló que “respecto del horario extraordinario, se reclama mensualmente: 22 horas extras realizadas de lunes a

viernes y 8 horas extras realizadas los días sábados y domingos" (fs. 117 vto.).

En buen romance, de su demanda se desprende que se la contrató y se le abonó por veinte horas semanales pero además realizaba, y en consecuencia peticionó, treinta horas extras mensuales.

Por su parte, la demandada al contestar fue algo confusa, pues, por un lado, a fs. 333 -al referirse al cargo de la actora- señaló: *"la modalidad de la contratación era de trabajo remoto, a distancia o teletrabajo, siendo el cargo de tutor un trabajo flexible para profesionales universitarios, en el caso en particular de la actora, contaba con una contratación de 30 horas mensuales que podían ser libremente dispuestas por ella"*.

Sin embargo luego, a lo largo de su contestación, siempre se refirió a horas semanales y no mensuales. En tal sentido, a fs. 333 vto. expresó: *"el incremento salarial correspondiente surge de la demanda, ya que originalmente se le contrató por 20 horas, ampliándose su carga horaria a 30 horas semanales por estas tareas"*.

La cuestión se complejiza aún más si observamos que la demandada al analizar el reclamo por horas extras centró su defensa en señalar que las mismas no se constataron, pero partió de un

supuesto errado dado que su premisa fue "*la actora formula en su demanda reclamo de 30 horas extras semanales*" (fs. 336 vto.). Sin embargo, de la lectura de la demanda se observa que el reclamo de horas extra -a diferencia de la descripción de su tarea- lo fue por 30 horas extra mensuales y no semanales (22 de lunes a viernes y 8 los fines de semana).

En primera instancia no se amparó el rubro, pues a juicio del "*A Quo*", la prueba obrante no permite concluir que efectivamente la actora haya realizado horas extra. Enfatizó que el informe de Google Analytics que se encuentra sólidamente respaldado por la prueba testimonial obrante da cuenta de 18:29 horas mensuales, suma menor a las 30 horas extra reclamadas y "*a las 30 horas semanales de trabajo por la cual la actora fue contratada por la Fundación*" (fs. 556).

Sin perjuicio de ello, la confusión con relación al reclamo entablado aún se mantiene dado que en la propia sentencia, al referirse al punto, se señaló "*es así que reclama mensualmente la existencia de 22 horas extras realizadas de lunes a viernes y 8 horas extras realizadas los días sábados y domingos. Lo que hace un total de 30 horas extras semanales*" (fs. 553).

Aquí, nuevamente no queda

claro si el reclamo refiere a 30 horas extra semanales o mensuales, pues en el mismo párrafo se concluyen ambas cuestiones.

Ahora bien, recordemos, como ya señalamos, que la actora al demandar manifestó que su sueldo era por 20 horas semanales y su trabajo además consistía en 30 horas extra mensuales. Al apelar, remarcó que la sentencia dio por bueno lo dicho por los demandados de que fue contratada por 30 horas semanales, pero tal extremo no tiene respaldo probatorio que lo acredite. Además, enfatizó que su tarea es de 20 horas semanales (fs. 892 vto. y 894 vto.).

Ahora bien, frente al escenario que antecede, la regla de los dos pasos efectuada por el Tribunal sin dudas es esencial para clarificar la cuestión. En efecto, como bien señala la Sala *"un primer punto a analizar es cuál era el límite convencional pactado, porque la actora alega 20 horas y la sentencia concluye en 30 horas"* (fs. 648). Y, recién luego de determinado el límite, sí se podrá analizar si efectivamente existieron horas extra.

En forma liminar, acierta totalmente la Sala en señalar que el límite de 30 horas semanales no surge de la prueba de obrados.

Ahora, en lo que no tenemos el honor de compartir es el salto que da el

Tribunal -sin alegación alguna- para concluir que las horas de trabajo pactadas convencionalmente eran de 20 mensuales. Antes bien, a nuestro juicio, son 20 semanales.

Tal extremo se desprende de la propia demanda y como bien señala la actora al apelar, el testigo NN, quien se desempeña como tutor -al igual que la actora- tiene una carga horaria de 20 horas semanales.

En otras palabras, las 20 horas semanales surgen de la propia afirmación de la actora al demandar y de la prueba testimonial ofrecida. Por otra parte, como bien señaló la Sala, las 30 horas alegadas por la demandada no pasan de ser una mera alegación carente de respaldo probatorio.

En el punto, no tenemos el honor de compartir lo dicho por la parte actora al evacuar el recurso de casación, pues la conclusión de la sala no fue un mero error de "tipeo" al concluir que las 20 horas eran mensuales y no semanales (fs. 713).

Y bien, los motivos por los cuales concluimos que no fue un error de "tipeo" se centran en que el razonamiento de la Sala, al analizar la prueba de obrados, lo fue bajo el cálculo de que las 20 horas eran mensuales cuando en realidad debían ser semanales.

Más aún, lo concluido por el Tribunal es exactamente lo contrario a lo alegado por la parte actora al demandar.

Veamos.

Como se señaló, en la demanda se estableció que el trabajo consistía en veinte horas semanales y al mismo tiempo peticionó por treinta horas extras mensuales que no fueron pagas. Tales afirmaciones se dan de bruce con las conclusiones del Tribunal. En efecto, se argumentó en la sentencia: *"si el contrato mensual era por 20 horas eso conlleva unas 5 horas a la semana de trabajo regular, es decir una hora por día de lunes a viernes. Si le agregamos las 22 horas extras semanales que se reclama, se adiciona una carga horaria de más de 4 horas por día, que se agrega a la otra jornada de la actora ya referida"*.

Cuando exactamente la plataforma fáctica era la contraria. En otras palabras, a nuestro entender se equivoca la Sala en señalar que se debe abonar por una hora extra diaria cuando en realidad a su juicio -en aplicación del criterio de razonabilidad- quedó acreditado que además de veinte horas mensuales (una hora por día), ha quedado claro que la actora laboraba una hora más por día.

En buen romance, la Sala en el mejor de los casos, entendió que la actora

laboraba dos horas por día, la primera en base a lo pactado (20 horas mensuales equivalente a una diaria) y la segunda como extra.

Sin embargo, como se señaló, la labor de la actora, era de 20 horas semanales y, a nuestro entender no existe prueba acompañada a la causa que dé cuenta que efectivamente, en cada semana se hayan laborado más de 20 horas.

En efecto, ha quedado acreditado, a pesar del silencio de la actora, que trabajaba para la Caja de Jubilaciones desde las 12:50 a las 19:20 extremo al que debe sumarse el tiempo de traslado.

Además, en una carga horaria de 20 horas semanales, el promedio de lunes a viernes es de cuatro horas diarias.

Si bien, como señala la Sala, existe cierto tiempo de trabajo realizado que queda por fuera del campo virtual (tal como lo señaló el testigo NN), no puede perderse de vista que los registros de Google Analytics que se acompañan deben ser sopesados en el cúmulo, pues, claro está al informe de 18:29 horas mensuales que arroja debe sumarse razonablemente el tiempo que queda por fuera del registro, pero va de suyo que por más sumatoria que se haga no se llegaría como mínimo a más de 80 horas mensuales

pactadas convencionalmente (dado que son 20 semanales).

Si bien resultan valederas las apreciaciones realizadas por la Sala con relación al registro que se agregó, la prueba sopesada en el cúmulo da cuenta que dicho documento en nada dista de lo que efectivamente emerge de obrados. Tal como lo señaló el Juez "A Quo", *"el usuario 'ann_rodriguez' es reconocido por la actora como suyo, al incorporar acta notarial a fs. 60 y 61 donde se aprecia dicho usuario y el Campus virtual de Funiber (...) esta modalidad de trabajo fue reconocida por los testigos ÑÑ, OO y NN. Todos los testigos expresaron que la actora se desempeñaba como tutora y fueron claros en manifestar que los tutores 'trabajan a través de una plataforma' (...)"* (a mayor desarrollo véase foja 557 del expediente).

Por otra parte, no puede perderse de vista que la tarea presencial realizada en la empresa (conforme surge de los propios relatos de los testigos), era ínfima y en un par de ocasiones al mes.

En definitiva, a las más de ocho horas diarias que implicaba su labor en la Caja de Jubilaciones (tiempo efectivo más traslado), más las cuatro horas de trabajo para la demandada (dado que se acordó trabajar por veinte semanales) y analizada la prueba en su conjunto, no se logra visualizar que efectivamente haya quedado probado la existencia de

trabajo extraordinario.

En otras palabras, prueba de la existencia concreta de horas extra no se rindió, siendo la carga de probarlas de la actora, esto es, debía destruir la presunción legal de que no se sobrepujaba el horario de trabajo establecido convencionalmente (Cfme. Sentencia No. 388/2011 TAC 2°).

Tal como señala la jurisprudencia de esta Corporación: *"La actora alegó la realización de horas extras, por tanto era su carga acreditar la existencia de las mismas, de acuerdo a lo que prácticamente en forma unánime sostiene la jurisprudencia. No obstante, en el ocurrente se tuvo por acreditado que el actor cumplía horario extraordinario. Así, acreditada la facción de trabajo extraordinario, corría por cuenta de la empleadora la prueba de la cantidad de horas extras. Tal afirmación encuentra apoyatura en el mentado principio de disponibilidad del medio probatorio ampliamente recepcionados por la jurisprudencia laboral. De la Cueva sostiene que si se probó la existencia de trabajo extraordinario, aun en forma vaga y general, será el patrón a quien corresponda probar que las horas extras trabajadas fueron menos, porque tiene los medios para probar que la empresa no se excedió las horas de la jornada ordinaria (Anuario de Derecho Laboral, año*

1999, caso 677, pág. 300-301)" (Cfme. Sentencia No. 312/2003 en LJU 129077).

En definitiva, no habiendo cumplido la actora con la carga, corresponde acoger el agravio introducido y desestimar el reclamo. Asimismo, también corresponde absolver al demandado del pago de las incidencias por dicho rubro.

DR. JUAN PABLO NOVELLA HEILMANN
PRO SECRETARIO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA