

//tencia No.1032

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, primero de abril de dos mil diecinueve

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **"PAGNUSSAT CRESCENTE, FREDDY C/ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PRIMERA DE SOCORROS MUTUOS - PROCESO LABORAL ORDINARIO (LEY 18.572) - CASACIÓN"**, IUE: **2-11752/2017**, venidos a conocimiento de la Corporación en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora.

**RESULTANDO:**

I) A fs. 65-80 compareció Freedy PAGNUSSAT CRESCENTE a demandar a la Asociación Española Primera de Socorros Mutuos.

Sostuvo que se prestó servicios por 17 años para la demandada en el marco de una relación de trabajo subordinado, desempeñándose a la fecha de su egreso como Jefe del Servicio de Psiquiatría, Jefe del Departamento de Salud Mental y médico psiquiatra de policlínica.

El 27 de abril de 2016 se le comunicó que el Consejo Directivo de la Asociación Española había dispuesto su cese como Jefe del Servicio de Psiquiatría y Jefe del Departamento de Salud Mental de la institución, sin que se le abonara ninguna

indemnización.

Alegó que su cese supuso un ejercicio abusivo del derecho del empleador a modificar las condiciones de trabajo. Pasó de percibir un salario nominal de \$U 283.814 (doscientos ochenta y tres ochocientos mil catorce pesos uruguayos) a uno de \$U 60.829 (sesenta mil ochocientos veintinueve pesos uruguayos).

Reclamó el pago de diversos créditos laborales, a saber: licencia no gozada, salario vacacional, aguinaldo, diferencia de salario, indemnización por despido indirecto, indemnización por daño moral y multa legal (art. 29 de la Ley 18.572).

El monto de la condena solicitada ascendió a U\$S 50.000 (cincuenta mil dólares) por concepto de daño moral y a \$U 4.525.855,25 (cuatro millones quinientos veinticinco mil ochocientos cincuenta y cinco con 25/100 pesos uruguayos) por los restantes rubros.

II) En primera instancia, por sentencia No. 27/2018 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 8° Turno, dictada por su titular, Dra. María del Rosario BERRO, se amparó la demanda, condenándose en consecuencia a la Asociación Española Primera de Socorros Mutuos a pagar al actor los rubros y montos reclamados recién consignados (fs.

452/486).

III) La parte demandada interpuso recurso de apelación (fs. 646/681 vta.).

IV) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno que, por sentencia definitiva identificada como SEF-0013-000251/2018 (fs. 695/704), revocó la sentencia apelada únicamente en cuanto a la condena al pago de las diferencias de salarios y al monto de la indemnización por despido. Y, en su lugar, desestimó la pretensión de condena al pago de diferencias de salarios y disminuyó el importe de la indemnización por despido, fijándolo en el liquidado por la Asociación Española en su contestación de la demanda: \$U 890.412 (ochocientos noventa mil cuatrocientos doce pesos uruguayos) más multa legal, y reajuste e intereses hasta la fecha de su pago.

V) A fs. 707/719 vta., compareció el representante judicial del actor e interpuso recurso de casación.

Luego de fundar la admisibilidad de ese medio impugnativo, sostuvo, en síntesis:

1) La Sala, al revocar la condena al pago de las diferencias de salario reclamadas, infringió el principio protector del salario, el principio de irrenunciabilidad y el de

intangibilidad del salario.

Las diferencias de salario reclamadas corresponden al período posterior al cese del actor como Jefe de Psiquiatría y Jefe de Salud Mental, durante el cual el actor siguió prestando servicios como médico psiquiatra de policlínica (del 26 de abril de 2016 al 8 de setiembre de 2016).

El cese del Dr. PAGNUSSAT en los cargos de gestión referidos, supuso una reducción de su salario dispuesta por el empleador sin el consentimiento del trabajador, lo que le da derecho a cobrar la diferencia reclamada.

En la medida que el órgano de mérito ratificó que la Asociación Española ejerció en forma abusiva su derecho a variar las condiciones de trabajo, cesando al actor de sus cargos de "Jefe de Psiquiatría" y "Jefe de Salud Mental", debió mantener la condena al pago de las diferencias salariales, ya que reconocida la ilicitud del cese se configuró el derecho a cobrar tales diferencias.

El razonamiento del órgano de alzada presupone que si un empleador rebaja unilateralmente el salario de un empleado y el empleado soporta tal rebaja, luego no puede reclamar por esa rebaja "por no haber continuado desempeñando la misma categoría".

2) La Sala, al reducir el importe de la indemnización por despido tomando como base la liquidación de la demandada, infringió los principios del derecho del trabajo referidos al enunciarse el anterior agravio: protector del salario, de irrenunciabilidad y de intangibilidad del salario. Se infringe además el art. 4 de la Ley 10.489 y no se aplica correctamente el art. 4 de la Ley 12.597.

El Tribunal entendió, como lo había postulado la demandada al apelar, que la base salarial de la liquidación es variable. Por ello, liquidó la indemnización por despido promediando salarios y haciendo dos liquidaciones distintas en base a los distintos cargos del actor (Jefe del Servicio de Psiquiatría, Jefe del Departamento de Salud Mental, médico psiquiatra de policlínica), restando además de la base de cálculo dos rubros salariales: "Acuerdo SMU" y "Fondo Categoría".

La Sala consideró que la remuneración del actor era variable por considerar lo que cobraba previo a su despido indirecto (circunstancia confirmada por la Sala) y, separadamente, lo que cobró en los meses que siguió trabajando luego de su despido indirecto como médico de policlínica.

De acuerdo con el principio de "primacía de la realidad", el salario del actor

al día de su cese ilegítimo era de \$U 283.814; sobre esa base se liquidó la indemnización por despido y los rubros por egreso (rubros que fueron consentidos por la Asociación Española).

El actor no percibía una "remuneración variable": era un trabajador mensual que percibía un salario fijo todos los meses.

El "promedio" que pretende aplicar la demandada y que recibió la Sala es un intento de la primera de beneficiarse de su propio incumplimiento al disminuir ilícitamente el salario del actor.

El Dr. PAGNUSSAT mantuvo una única relación laboral con la Asociación Española, relación que desde el año 2013 incluía los dos cargos de dirección referidos: Jefe de Psiquiatría y Jefe del Área de Salud Mental, cargos a los que fue ascendido por sus méritos, con el consecuente incremento salarial.

3) En definitiva, solicitó que se anulara la recurrida y que, en su lugar, se condenara a la demandada también al pago de las diferencias de salarios reclamados y a la indemnización por despido según su liquidación.

VI) A fs. 849/879 vta. compareció la parte demandada, contestó el recurso de su contraria y bregó por su rechazo.

VII) Por decreto No. 3020 de

fecha 10 de octubre de 2018 (fs. 886) se dispuso el pasaje a estudio y autos para sentencia.

En las presentes actuaciones, el Dr. Luis TOSI BOERI suscribió la sentencia de segunda instancia objeto de impugnación, razón por la cual se declaró inhibido de oficio para conocer en estos autos.

Atento a ello, la Corte convocó a audiencia de sorteo para proceder a la integración respectiva (fs. 891). Realizado el sorteo, el azar designó para integrar la Corporación al Dr. Juan Carlos CONTARIN (fs. 895).

**CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia, debidamente integrada y por unanimidad, acogerá el recurso de casación interpuesto por la parte actora por los fundamentos que se explicitarán a continuación.

II) **Agravio por haberse remitido la Sala a la liquidación de la indemnización por despido de la demandada.**

II.I) A modo de necesaria síntesis es de tener presente que el recurrente se agravió de lo resuelto en relación a la base de cálculo de la indemnización por despido, por entender que el proceder del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2°

Turno, al revocar la remisión a su liquidación en la demanda y, en su lugar, mandar a estar a la de la Asociación Española, infringió varios principios del derecho del trabajo: el principio de irrenunciabilidad y los principios protector y de intangibilidad del salario; además, se infringió el art. 4 de la ley 10.489 y no se aplicó correctamente el art. 4 de la ley 12.597.

La Sala entendió, como lo había postulado la demandada al apelar, que la base salarial de la liquidación es variable. Por ello, liquidó la indemnización por despido promediando salarios y haciendo dos liquidaciones distintas en base a los distintos cargos del actor (Jefe de Psiquiatría, Jefe de Salud Mental, médico psiquiatra de policlínica), restando además de la base de cálculo dos rubros salariales: "Acuerdo SMU" y "Fondo Categoría".

El órgano de alzada consideró que la remuneración del actor era variable por considerar, por un lado, lo que cobraba previo a su despido indirecto y, separadamente, lo que cobró en los meses que siguió trabajando luego de su despido indirecto como médico de policlínica.

De acuerdo con el principio de "primacía de la realidad", el salario del actor al día de su cese ilegítimo era de \$U 283.814; sobre esa base se liquidó la indemnización por despido y los

rubros por egreso (rubros que fueron consentidos por la Asociación Española).

El actor no percibía una "remuneración variable": era un trabajador mensual que percibía un salario fijo todos los meses.

El "promedio" que pretende aplicar la demandada y que recibió la Sala es un intento de la primera de beneficiarse de su propio incumplimiento al disminuir ilícitamente el salario del actor. El criterio del Tribunal supone validar que el empleador incumpla gravemente el contrato de trabajo como lo hizo en autos, disminuyendo ilícitamente el salario, y luego, ante el reclamo por despido indirecto del trabajador, se beneficie de su incumplimiento.

II.II) La Suprema Corte de Justicia estima que el agravio es de recibo, con el alcance que se dirá.

Inicialmente, cabe dejar sentado que asistió razón al Tribunal al expresar que el actor percibía una remuneración variable.

En efecto, como surge de los recibos salariales del actor incorporados a la causa por las partes, sus servicios como médico psiquiatra de policlínica eran remunerados, en parte, en forma variable. Así, además de pagársele por esas tareas rubros fijos, por ejemplo, el identificado en su recibo

como "sueldo base policlínica", percibía el rubro identificado como "com. pol. ac. 5/93 pac. asis" que se cuantifica en función de las "unidades" indicadas en la primera columna de cada recibo, las cuales varían mes a mes (partida establecida por acuerdo entre el Sindicato Médico del Uruguay y la Unión de la Mutualidad del Uruguay del 20 de mayo de 1993, artículo segundo, ítem "I"; Cf. BUENAFAMA CAMAÑO, Héctor P.: "*Categorías y salarios médicos 1965-1995*", ed. del autor, Montevideo, 1994, pág.124). La existencia de ese componente variable en la remuneración del actor, basta para concluir que la afirmación realizada por el órgano de mérito al respecto fue correcta, no asistiendo razón al recurrente en este punto.

Sin perjuicio de lo anterior, el agravio es de recibo por cuanto, en casos como el de autos, en el cual existe cosa juzgada respecto a que el empleador incumplió gravemente sus obligaciones al disminuir el salario del actor de la ilícita forma que lo hizo el 26 de abril de 2016, no es ajustado a Derecho liquidar la indemnización por despido tomando como base de cálculo un salario distinto del que se pagaba antes del referido ejercicio abusivo del *ius variandi*.

II.III) También se considera de recibo el agravio que cuestiona que en la base de

cálculo debieron incluirse los rubros "7,13% Acuerdo SMU" y "Fondo Categoría 5%".

En definitiva, por las razones que se desarrollarán en el siguiente apartado, la Corporación considera que la sentencia debe anularse en cuanto revocó la liquidación de la indemnización por despido realizada en primera instancia y, en su lugar, remitió a la liquidación de la mutualista demandada.

III) La liquidación realizada por la Sala es errónea porque debió tomar como base de cálculo el monto del salario antes de su reducción ilegítima.

Existen al menos dos argumentos por los cuales corresponde recibir el agravio por la errónea determinación de la base de cálculo de la indemnización por despido en un caso como el aquí planteado, en el cual se verificó un despido indirecto por ejercicio abusivo del *ius variandi* patronal.

A) En primer lugar, porque como lo ha destacado reiteradamente nuestra jurisprudencia: "*[e]n el despido indirecto el empleado se ve constreñido a rescindir el contrato de trabajo en virtud del comportamiento del empleador que ha hecho imposible la continuación de la relación del empleo, aclarando que la resolución ocurre por culpa del empleador, tal como si fuera él quien disolviese el contrato. En base a esa*

construcción, el derecho del trabajo, atribuye al empleado el derecho a reclamar la misma indemnización a la que tendría derecho si fuera despedido injustamente' (sentencia N°389 de 5.11.2002 de la Sala, caso N°259, Anuario de Jurisprudencia Laboral 2002, recogida entre otras por sentencia N°248 de 1.08.2007 y N°292 de 2.12.2008)", sentencia No. 278/2012 del TAT de 1° Turno. En igual sentido se han expedido las demás Salas de Trabajo: TAT 2°: sentencias Nos. 64/2007, 301/2016, 197/2018; TAT 30: sentencias Nos. 241/2007, 339/2015; TAT 4°: sentencias Nos. 21/2013, 120/2013.

De este modo, si, como lógicamente lo señala la jurisprudencia citada, ante el despido indirecto el trabajador tiene derecho al cobro de la misma indemnización que le correspondería de haber sido despedido directamente, en supuestos como el aquí planteado, en los cuales el incumplimiento del empleador se concreta en una disminución del salario, la indemnización que debe tomar como base de cálculo es la de la remuneración vigente al momento en que el empleador violó el contrato de trabajo. Y en el caso ello fue cuando "cesó" abusivamente al actor de sus funciones como Jefe del Servicio de Psiquiatría y como Jefe del Departamento de Salud Mental de la demandada.

Ello es de absoluta lógica, ya que si, como aconteció en el caso, el empleador

ejerció abusivamente su derecho a variar las condiciones de la relación de trabajo, de modo tal que disminuyó en aproximadamente un 75% el salario del empleado, no resulta admisible que pueda beneficiarse de su incumplimiento por la vía de liquidar, luego, la indemnización por despido en base a la remuneración ilegítimamente reducida.

Como lo ha señalado el Maestro PLÁ RODRÍGUEZ: "(...) el despido indirecto se configura siempre que el empleador viola el contrato de trabajo. Los ejemplos son múltiples y prácticamente indefinidos: (...) la rebaja en la retribución; el ejercicio abusivo del *jus variandi* (...). La equiparación de estos hechos con el despido no sólo deriva de la aplicación de la regla '*non adimpleti contractus*', sino del hecho de que, de no aplicarse ese criterio, sería muy fácil eludir las disposiciones que limitan o sancionan el despido: se tomarían aquellas medidas que tornarían insostenible la continuación del trabajador en la empresa para que el trabajador se viese obligado a retirarse él mismo del trabajo. La única forma de que se cumplan realmente las disposiciones legales en torno al despido es declararlas aplicables tanto en los casos de despido abierto, expreso o declarado como en todas estas hipótesis que han sido llamadas genéricamente situaciones de despido" (PLÁ

RODRÍGUEZ, Américo: "Curso de derecho laboral", Tomo II, Volumen I, Ediciones Idea, 1987, pág. 249, el subrayado no está en el original).

B) Una segunda razón, independiente de la anterior, que también determina que la liquidación de la indemnización por despido en el caso de autos deba tomar como base de cálculo el salario percibido por el actor antes de su despido abusivo, radica en que la sentencia de segunda instancia, al igual que a su turno lo hizo la de primer grado, declaró la nulidad del acto determinante de la reducción del salario del actor.

En efecto, más allá de las expresiones empleadas por la Sala, confirmando lo bien resuelto por la Sra. Juez Letrado interviniente sobre el punto, es indudable que uno de los contenidos del fallo recurrido, al declarar que se configuró un supuesto de ejercicio abusivo del *ius variandi* patronal, supuso declarar la nulidad de tal acto del empleador.

Tal nulidad declarada judicialmente impone, a los efectos de determinar cuál es la remuneración final al egreso del actor, estar a la que percibía antes del acto anulado. Ello es lo que resulta de la aplicación de lo dispuesto en los arts. 1562 y 1559 del Código Civil.

Tal como lo señaló un cer-

tero estudio, en el Derecho Laboral para resolver cuestiones carentes de regulación expresa, es pertinente y jurídicamente acertado, recurrir en forma supletoria a la regulación del Derecho Civil o "derecho común" dándose ciertos requisitos, que se abordará infra (Cf. MANGARELLI, Cristina: "Aplicación supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo", FCU, reimpresión inalterada, 2014, págs. 1/19, 24/28).

En tal sentido, son numerosos los casos en los cuales nuestra jurisprudencia realiza tal aplicación supletoria de normas del Derecho Civil en la materia laboral. El trabajo citado supra ejemplifica con los casos del despido abusivo, de la reparación del daño moral en situaciones ajenas al despido, el *ius variandi* abusivo, el contrato a plazo, etc. (Cf. MANGARELLI, Cristina: "Aplicación supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo", cit., págs. 42 y ss., 58 y ss., 63 y ss., 66 y ss.).

En el caso se cumplen todos los requisitos que la aplicación supletoria del Derecho Civil requiere, conforme la autora recién citada (MANGARELLI, Cristina: "Aplicación supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo", cit., págs. 17/18):

(i) Estamos ante una laguna normativa; ello es claro, dado que el propio insti-

tuto del despido indirecto es creación jurisprudencial y doctrinaria. No existe una regla de Derecho Laboral que expresamente regule el supuesto de hecho aquí planteado.

(ii) La aplicación del régimen de las nulidades del Código Civil no contraviene principios o institutos del Derecho Laboral. Por el contrario, la aplicación de esas normas asegura el respeto a los principios de intangibilidad del salario y de primacía de la realidad, así como el de buena fe.

Ahora bien, establecido como lo está en el caso el ejercicio abusivo de la Asociación Española de su derecho a prescindir de los servicios del actor, el acto que dispuso el cese del actor está viciado de una nulidad relativa.

En efecto, se trata de una nulidad relativa por cuanto el acto del cese produjo sus efectos pese al vicio que lo aquejaba y pudo ser subsanable si el actor hubiera consentido una vez asesorado y aceptara libremente la novación de esos aspectos de su relación de trabajo, características estas que exilian la posibilidad de que se trate de una nulidad absoluta.

Como consecuencia de ser una nulidad relativa, la ley permite impugnar judicialmente el acto nulo (art. 1562 del Código Civil) y la declaración de nulidad extingue el acto y sus efectos

(Cf. GAMARRA, Jorge: "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo XVI, FCU, 3ª. edición, Montevideo, 1994, pág. 172).

La nulidad del acto que supuso el despido del actor en el caso ha sido declarada judicialmente, por la vía de calificar la Sala la conducta de la demandada como un acto de ejercicio abusivo del ius variandi.

Siendo nulo el acto de la empleadora en cuanto supuso la rebaja salarial del actor, a los efectos de determinar cuál es "el importe de la remuneración total correspondiente a un mes de trabajo" (art. 4 de la Ley 10.489) debe estarse a la remuneración total del mes anterior a la rebaja, esto es, a lo generado en marzo de 2016 y pagado en abril de ese año (fs. 169) y al elemento variable en la remuneración que se considerará en el Considerando VII), como se verá.

Corresponde precisar, como se señaló y siguiendo a MANGARELLI, que el alcance de la aplicación del régimen de las nulidades del derecho común debe ser compatible con las normas laborales, ya sea que estas se enuncien en forma de reglas o de principios.

Por ello, la nulidad del acto del cese no alcance a extinguir el cese del actor

en las funciones generales referidas. Y ello porque en nuestro derecho rige de regla un sistema de "estabilidad impropia"; así expresa el Prof. RASO DELGUE que: "*Nuestro sistema jurídico responde a la idea de estabilidad impropia, lo que significa que el empleador puede despedir y en tal caso deberá abonar lo que se conoce como indemnización por despido*" (RASO DELGUE, Juan: "*Extinción del contrato de trabajo*" en AA.VV.: "*Derecho del Trabajo*", Tomo II, -Juan RASO DELGUE y Alejandro CASTELO -Directores-, Tomo II, FCU, 1ª Edición, Tomo II, Montevideo, 2012, pág. 261).

En otro orden, debe señalarse que tratándose de un trabajador que percibía una remuneración variable como se viera y validando la tesis del Tribunal de mérito, debe estarse al promedio de la remuneración total percibida por el actor entre mayo de 2015 y abril de 2016.

IV) Asimismo, asiste razón al recurrente en que corresponde computar en la liquidación como integrantes de la remuneración a los rubros omitidos por la Sala "Acuerdo SMU" y "Fondo categoría".

Pese a que llamativamente el recurrente omitió argumentar por qué correspondía incluir esos rubros, principio *iuria novit curia* mediante, corresponde suplir tal falencia argumentativa e incluirlos con fundamento en la máxima procesal

citada.

En efecto, el rubro llamado "Fondo categoría" debe ser incluido por ser de precepto, conforme a lo establecido en el art. 16 del Decreto 808/1988, en el cual se establece:

*"A partir del 1º de octubre de 1989, el fondo integrado por una partida mensual resultante de la aplicación del 5 % (cinco por ciento) sobre la masa salarial de este personal, (incluyendo sueldo, aguinaldo, primas por nocturnidad, sumas para el mejor goce de la licencia), se liquidará en forma mensual e individual a cada trabajador técnico bajo el rubro denominado 'Fondo de Categorías', en forma proporcional al importe generado por concepto de aguinaldo"*.

Y en cuanto al rubro denominado en los recibos de sueldo "7,13% Acuerdo SMU 6/94", cabe consignar que su pago fue acordado como lo indica la propia empleadora en el acuerdo suscrito entre el Sindicato Médico del Uruguay y la Unión de la Mutualidad del Uruguay de la que forma parte la demandada, cuyo Presidente y Secretario de la época lo suscribieron en su nombre.

En el art. 5, bajo el título "Crecimiento del salario", se estableció: "Se acuerda un 7,13% (siete con trece por ciento) de

*incremento general acumulable sobre la totalidad de los salarios y complementos de los médicos y especialistas médicos (los actualmente devengados y los establecidos en los puntos anteriores)”. Dicho beneficio fue incluido en un laudo posterior.*

Adicionalmente, cabe señalar que ambas partidas tienen innegable naturaleza salarial, habida cuenta de que se trata de beneficios que fueron pagados mes a mes como contraprestación del trabajo del actor, en forma regular y permanente, por años, tal como surge de los recibos agregados por ambas partes. Este argumento es harto suficiente para incluirlos en la liquidación.

V) En definitiva, dado que el actor se vinculó con la demandada mediante una única relación de trabajo y que esa relación de trabajo que cesó por haberse verificado el despido indirecto del actor, a raíz del gravísimo incumplimiento de la Asociación Española constatado en ambas instancias de mérito, la base de cálculo de la indemnización por despido debe incluir todos los rubros salariales que percibía por tal relación de trabajo antes del incumplimiento.

VI) **Agravio por haberse revocado la condena al pago de las diferencias salariales reclamadas.**

VI.I) También en necesaria síntesis cabe tener presente que el recurrente sostuvo que la Sala, al revocar la condena al pago de las diferencias de salario reclamadas, infringió el principio protector del salario, el principio de irrenunciabilidad y el de intangibilidad del salario.

Recordó que las diferencias de salario reclamadas corresponden al período posterior al cese del actor como Jefe de Psiquiatría y Jefe de Salud Mental, durante el cual el actor siguió prestando servicios como médico psiquiatra de policlínica (del 26 de abril de 2016 al 8 de setiembre de 2016).

Afirmó que la reducción del salario dispuesta por el empleador en forma unilateral al cesarlo en los cargos de gestión referidos, supusieron una reducción de su salario dispuesta sin el consentimiento del trabajador, lo que le da derecho a cobrar la diferencia reclamada.

En la medida que la propia Sala ratificó que la Asociación Española ejerció en forma abusiva su derecho a variar las condiciones de trabajo, cesando al actor de sus cargos de "Jefe de Psiquiatría" y "Jefe de Salud Mental", debió mantener la condena al pago de las diferencias salariales, ya que reconocida la ilicitud del cese se configuró el derecho

a cobrar tales diferencias.

El razonamiento de la Sala presupone que si un empleador rebaja unilateralmente el salario de un empleado y el empleado soporta tal rebaja, luego no puede reclamar por esa rebaja "por no haber continuado desempeñando la misma categoría", lo cual es un razonamiento circular.

VI.II) A juicio de la Corporación, el agravio resulta de recibo.

En el caso, acreditada la ilicitud de la forma en se redujo el salario del actor, nació la obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento.

Es sabido que un mismo fenómeno puede convocar la regulación de distintos "remedios" jurídicos: por ejemplo, determinada la falta de objeto de un contrato puede acudirse tanto al régimen de las nulidades como al de la responsabilidad derivada del incumplimiento, hecho ilícito que hace nacer la obligación de resarcir.

En la especie, luego del hecho ilícito relevado por ambos órganos de mérito, el actor se desempeñó por unos meses más intentando aclarar su situación laboral, agotando: *"los medios a su alcance para solucionar el diferendo con el empleador recurriendo a las vías del caso para aclarar la situación,*

*antes de que pueda considerarse despedido” (Cf. TAT 4°, sentencia No. 370/2013).*

En tal sentido, es elocuente la valoración de la prueba de los órganos de mérito, que dan cuenta de cómo, luego de cesarlo sin explicación alguna y suplantarle por la cónyuge de un integrante de misma Junta Directiva que lo cesó, se ignoraron olímpicamente sus descargos.

Entonces, partiendo de que el acto que determinó la rebaja del salario del actor, sin explicaciones, constituyó un incontestable hecho ilícito, nació la obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados de tal accionar.

Y tales daños y perjuicios fueron correctamente solicitados en la demanda a fs. 73/76 vta. y 85/85 vto. Véase que al demandar se expresó: “La diferencia de salarios nace del cese de ambos cargos jerárquicos en abril de 2016 y la disminución salarial ilícita que sufrió el actor en consecuencia, sin siquiera haber sido indemnizado” (fs. 85, subrayado no está en el original).

El hecho de que el actor haya rotulado la solicitud de condena de ese rubro como “diferencias salariales” no impide recibir la pretensión. Más allá de los términos empleados, el supuesto fáctico por el cual se reclama encarta en un reclamo de

daños y perjuicios derivado del hecho ilícito ya referido.

En función de lo expuesto, no pueden compartirse los argumentos de la Sala, conforme a los cuales estimó que no procede el rubro ya que la: *"condena por concepto de salarios caídos solo se adecua en hipótesis legales que no son las que se dan en la situación fáctica sometida a decisión, pero aún más, podríamos sostener que la sentencia pecaría de extra petita ya que la pretensión versa sobre diferencias salariales de salarios concepto que no se condice con la pretensión de obrados"*.

Más allá de que el actor refirió en su reclamo a "diferencias salariales", es claro que los hechos que sustentan su reclamo pueden ser calificados sin esfuerzo como una pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la disminución ilícita de su salario; pretensión esta cuyo fundamento legal se encuentra en el Código Civil, art. 1341, "norma madre", relativa a la responsabilidad contractual (Cf. GAMARRA, Jorge: "Responsabilidad contractual", Tomo II, FCU, Montevideo, 1997, pág. 357) y art. 1342.

Se trata de la aplicación de normas del Código Civil que en nada contradicen norma alguna del Derecho Laboral; en todo caso permite la

actuación de sendos principios del Derecho Laboral como el principio protector o el de intangibilidad del salario. Ello permite descartar los argumentos referidos por la Sala.

Sin perjuicio de ello, la Sala agregó otros argumentos:

*"Además, como se desprende de obrados el cargo por el cual se reclama la diferencia de salarios del actor, no está laudado en el grupo al cual pertenece el reclamante, pero además el quid de la cuestión en la causa y que no fue controvertido en obrados, es que la tarea de gerente de salud mental se le quitó en el mes de mayo de 2016 y recién se confirma esta situación en setiembre de 2016 cuando se pide la aclaración de la situación laboral, pero dicho supuesto no es causa suficiente para reclamar el pago de diferencias de salarios ya que no cumplió el encargo que habilita su pago, sino que hubiera correspondido en su caso el reclamo por daños y perjuicios por la rebaja salarial, pero en el caso no se reclama y por ende asiste razón a la demandada a efectos de dejar sin efecto su condena".*

Respecto a la afirmación final del órgano de mérito, cabe consignar que de los términos de la demanda surge un reclamo de daños y perjuicios, que no son otros que los derivados de la

privación ilegítima de salario.

Tampoco puede rechazarse la procedencia del rubro con base en que el actor, luego de ser ilícitamente cesado, por un acto nulo, no se desempeñó como Jefe del Servicio de Psiquiatría y del Departamento de Salud Mental. Es claro que no prestó dichos servicios por imposición ilegítima del empleador y tal hecho no puede inviabilizar su reclamo.

Primero, porque como lo ha señalado el Prof. PLÁ RODRÍGUEZ al analizar supuestos de despido indirecto como el aquí acaecido: *"el trabajador puede tener mayor o menor paciencia para tolerar una violación contractual, puede estimar corregible la situación, puede haber iniciado gestiones o efectuado planteamientos que requieran un cierto tiempo para ser resuelto"* (ob. cit., pág. 250).

Segundo, y ello es lo determinante, porque la pretensión rectamente calificada es un reclamo por un concreto perjuicio sufrido por el actor a raíz del hecho ilícito constatado por la Sala: la privación de una significativa parte de su salario entre la fecha que lo privaron del ingreso por ejercer las funciones multireferidas y la fecha en que se materializó su despido.

VII) **Liquidación del despido.**

VII.I) **Base de cálculo.**

La ley ordena que debe tomarse el importe de la remuneración total correspondiente a un mes de trabajo. En el caso, por las razones indicadas, debe estarse al promedio de la remuneración en los doce meses anteriores al egreso, desde la fecha del despido, hacia atrás (art. 4 de la ley 12.597).

Como lo señala la doctrina, al no haber previsto la ley la actualización de este rubro (elementos variables del salario) debe tomarse a valores históricos (Cf. LARRAÑAGA ZENI, Nelson: "Derecho actual de las relaciones laborales", Amalio M. Fernández, 2010, pág. 265; SLINGER, Leonardo: "Aspectos prácticos del cálculo de la indemnización por despido" en AA.VV.: "Derecho del Trabajo", Tomo II, - Juan RASO DELGUE y Alejandro CASTELO -Directores-, Tomo II, FCU, 1ª Edición, Tomo II, Montevideo, 2012 pág. 274).

a) Elementos fijos de la remuneración: **\$U 243.950,39**

Se toman los valores a la fecha del cese de los elementos fijos de la remuneración (recibo de pago de haberes de abril de 2016, fs. 169).

<i>Identificación del rubro según recibo</i>	<i>Importe</i>
--	----------------

Antigüedad	1725,77
Ajuste mes actual	5,46
Reint cuota social fliar	137,35
Reint cuota social fliar	137,35
Reint cuota social fliar	137,35
Sueldo base policlínica	15423,93
Sueldo base policlínica	12316,37
Sueldo base policlínica	4621,76
Sueldo base reunión	1422,14
Compensación al cargo	208022,91
	<b>243950,39</b>

b) Elementos variables: \$

#### 42.131.23

Se incluye el promedio de lo percibido en el último año desde la fecha del despido por concepto de beneficios cuyo importe es variable, como el "pago complementario por paciente asistido por labor de policlínica", y aquellas partidas que se calculan en base a partidas fijas y variables, lo que determina que sean también variables.

Son los rubros identificados en los recibos como "7,13% acuerdo SMU 6/94", "1% Aumento acuerdo c. sal", "Fondo categorías 5%" y "comp. pol. Ac 5/93 pac. asis".

El promedio percibido en

el año anterior al despido (mayo 2015 a abril 2016) ascendió a \$U 42.131,23.

c) Salario base de cálculo de la Indemnización por Despido.

De acuerdo con lo que viene de relevarse, la remuneración total que el actor percibe mes a mes a considerar para el cálculo de su indemnización por despido asciende a \$U 286.081,62.

d) Incidencia de licencia, salario vacacional y aguinaldo.

Atento a lo que se expresará en el apartado siguiente, no corresponde el cálculo de esta incidencia.

VII.II) Lo pedido por la parte en su demanda por concepto de indemnización por despido tiene una base de cálculo menor a la debida.

De acuerdo a la liquidación practicada por el actor, surge que el salario a considerar como base de cálculo por él solicitado asciende a \$U 285.253,61 (fs. 86 vta.).

Ahora bien, dado que la liquidación que viene de realizarse en el capítulo precedente 4.1 literal "e" de este estudio arroja un salario base mayor, en atención al principio de congruencia (art. 198 del C.G.P.), no queda más remedio que estar a la liquidación del actor, ya que, de otro

modo, se arribaría a una condena mayor a la por él solicitada.

Resultaría ocioso continuar liquidando este rubro, cuando en virtud de lo dispuesto en el art. 198 del C.G.P. no es posible condenar a un importe mayor que el solicitado por el actor en su demanda.

Por este motivo, habrá de condenarse al pago de la indemnización por despido en idéntica forma a la realizada en primera instancia.

VIII) En definitiva, por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

**FALLA:**

I) ACÓGESE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA Y, EN SU MÉRITO, SE ANULA LA SENTENCIA IMPUGNADA EN CUANTO MODIFICÓ LO RESUELTO EN PRIMERA INSTANCIA Y, EN SU LUGAR, DISPÓNESE:

A) MANTENER LA CONDENA DISPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA AL PAGO DE LO QUE SE IDENTIFICÓ COMO "DIFERENCIAS DE SALARIOS".

B) MANTENER LA CONDENA DISPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO.

II) MODIFÍQUESE LA CARÁTULA CONSIGNÁNDOSE EN DEBIDA FORMA EL NOMBRE DE PILA DEL ACTOR.

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

IV) PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y,  
OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE CON LAS FORMALIDADES DE  
ESTILO.

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

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ**  
MINISTRO 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. JUAN CARLOS CONTARIN**  
MINISTRO

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