

**SALA SOCIAL Y ADM. II.**

**AUTO SUPREMO: Nº 116**

**Sucre, 21 de abril de 2.009**

**DISTRITO: Tarija PROCESO: Social**

**PARTES: Leonarda Duran Mora c/ Casiano Uño Mamani.**

**MINISTRO RELATOR: Julio Ortiz Linares.**

**VISTOS:** Los recursos de casación de fs. 111-112 y 119-120, interpuestos por el demandado Casiano Uño Mamani y la demandante Leonarda Duran Mora respectivamente, contra el Auto de Vista de 23 de octubre de 2007 (fs. 107-108 vta.), pronunciado por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija; dentro el proceso laboral sobre pago de beneficios sociales y otros seguido entre los recurrentes, la contestación al segundo recurso de fs. 123 y vta., los antecedentes del proceso, y

**CONSIDERANDO I:** Que tramitado el proceso social, la Jueza Primero de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de Tarija, emitió sentencia el 8 de agosto de 2007, por la que declaró probada en parte la demanda de fs. 5-6 con costas, disponiendo que el demandado Casiano Uño cancele a favor de la actora la suma de Bs. 8.906,92 por concepto de aguinaldos, vacaciones y horas extras (fs. 69-71).

En grado de apelación formulada por ambas partes (fs. 74 y vta. y 86-88 vta. respectivamente), mediante el Auto de Vista de 23 de octubre de 2007 (fs. 107-108 vta.), se confirmó parcialmente la sentencia apelada modificando el monto del sueldo promedio indemnizable, correspondiendo a dos aguinaldos dobles, vacaciones, horas extras y prima, que asciende a un total de Bs. 11.790,00.

Dicho fallo motivó los recursos de casación de fs. 111-112 y 119-120, interpuestos por el demandado Casiano Uño Mamani y la demandante Leonarda Durán Mora respectivamente:

1.- El primer recurso de casación en el fondo y en la forma deducido por el demandado Casiano Uño Mamani, alega que existe apreciación de actuados con error de hecho, por haber omitido pronunciarse respecto de reclamaciones concretas, al no ser evidente que hubiese existido relación laboral con su persona, puesto que a la actora sólo le brindó un techo como ayuda para que viva con su esposo y familia, lugar donde tenía una tienda en la que además de vender abarrotes, aprovechando su ausencia vendía garrafas a los taxistas, habiendo suscrito el documento de fs. 1, sólo como un acto de beneficencia.

Similar situación ocurre con el monto del sueldo indemnizable, puesto que al no haber sido su empleada mal pudo percibir una remuneración, como consta en obrados las planillas de su personal, entre los que no se encuentra la demandante, porque la Superintendencia sólo permite empleados varones.

Adicionalmente, la juez a quo, aplicó el D.S. N° 28700 de 1° de mayo de 2006, asignando el sueldo mínimo nacional, como salario indemnizable, pese a que conforme consta por las declaraciones de cargo y descargo (fs. 61, 62, 64, 65 y vta.), se estableció que no sabían si la actora percibía sueldo y cuánto ganaba.

Considera una "barbaridad" que se mencione que la prueba testifical de la parte demandada no hubiese desvirtuado los derechos demandados, sin haber considerado que tiene el valor legal y no es intrascendente, por el contrario, es uniforme, al demostrar conocimiento sobre los hechos por ser vecinos y colindantes del lugar.

Afirma que no le corresponde el pago del aguinaldo, porque la demandante no era su trabajadora, en este sentido el importe no puede gravársele si solo suscribió por ignorancia la referida acta de fs. 1, como un acto humanitario.

Alega que no corresponde el pago por horas extras, domingos y feriados como sereno, si las declaraciones testificales demuestran que nunca la vieron trabajar en esas funciones, haciendo sonar el silbato, o dando rondas con uniforme de trabajo, pues si la encontraban en la noche, es porque ella vivía en el inmueble, aspecto que demuestra una incorrecta valoración de los documentos probatorios, de las cinco declaraciones testificales e incorrecta aplicación de las normas.

Concluyó pidiendo que se admita el recurso, para que este tribunal corrigiendo el error manifiesto de hecho y de derecho, dicte auto supremo casando el auto de vista recurrido, con costas.

2.- Por su parte, la demandante Leonarda Durán Mora afirma que el auto de vista, interpretando y aplicando correctamente la norma laboral sobre la inversión de la prueba, estableció el salario o sueldo indemnizable en Bs. 1.080; monto que fue considerado a momento de liquidar el aguinaldo, la vacación y la prima, sin embargo, omitió efectuar ese cálculo respecto de las horas extras, es decir, el auto de vista evidencia una incongruencia en la aplicación efectiva del espíritu de la resolución.

También alega que, sobre la base del mismo razonamiento, para determinar el salario indemnizable, debió condenarse el pago de la indemnización por años de servicio y desahucio, conforme establece el art. 13 de la L.G.T., en cumplimiento de los arts. 150, 182 incs. c) y d) del Cód. Proc. Trab., al no haberse desvirtuado los fundamentos de la demanda y que obligan su aplicación a las autoridades jurisdiccionales.

Concluyó señalando que interpone recurso de casación, para que sea admitido y que este tribunal, case el auto de vista y ordene el pago de las horas extras, la indemnización y el desahucio sobre la base del salario indemnizable de 1.080 Bs.

**CONSIDERANDO II:** Ingresando al análisis de los recursos de casación, en relación a los datos del proceso y las disposiciones legales cuya infracción se acusa, se concluye:

1.- Respecto a la presunta existencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas y resolución de los puntos reclamados en la alzada, sobre la determinación de la relación laboral, no son evidentes, porque conforme fluye de los datos del expediente, sobre la base de los principios de primacía de la realidad e inversión de la prueba, el documento de fs. 1 y las atestaciones de cargo y descargo de fs. 61, 62, 64, 65 y vta., demostraron que existía relación de dependencia entre la actora y el demandante, correspondiendo por ello reconocer los derechos alegados en la demanda, más aún si de acuerdo a lo reconocido por el demandante, la actora vendía en su ausencia garrafas a los taxistas, aspecto que demuestra que ella tenía acceso libre a dicha mercancía y porque se encontraba bajo su control, de lo contrario, se habría denunciado algún ilícito por el uso injustificado de la misma.

El hecho afirmado, que la Superintendencia (se supone Superintendencia de Hidrocarburos), no permite la contratación de personal femenino para el ejercicio de tareas en distribuidoras de gas, no impide que el demandado, quebrantando esa normativa, hubiese contratado a una mujer para que viva en el inmueble donde funcionaba esa distribuidora, se haga cargo de la seguridad, limpieza, atención de los canes que tenía y de la vigilancia por habitar en ese recinto. Por estas circunstancias, fue acertada la determinación del tribunal ad quem al fijar el salario indemnizable y el pago del aguinaldo, en el importe señalado en la demanda, dejando sin efecto la aplicación del salario mínimo nacional y del D.S. N° 28700, establecida por la juez a quo, porque de acuerdo a los datos del proceso no correspondía.

Es evidente que el art. 55 de la L.G.T., el D.S. N° 90 de 24 de abril de 1944 y el D.S. 3691 de 3 de abril de 1954, elevado a rango de Ley el 29 de octubre de 1959, determinan el reconocimiento adicional al sueldo o salario ordinario por el trabajo desempeñado en horas de la noche, días domingos y feriados, incrementando su importe desde el 25% hasta el triple del salario percibido, sin embargo, este beneficio no corresponde a los trabajadores que ocupan puestos de dirección, vigilancia o confianza, conforme instituye el art. 46 de la L.G.T.

En autos, la prueba testifical de cargo y descargo, acreditó que la actora vivía en el inmueble donde desarrollaba sus actividades la distribuidora de gas del demandante, por eso es que permanecía en el lugar durante las horas de la noche y lógicamente los días domingos y feriados, realizando una tarea de vigilancia, al estar junto a su familia dentro del inmueble, gracias a la confianza dispensada por su empleador, independientemente de la "tienda de abarrotes" que presuntamente poseía.

Todos estos aspectos determinan que la demandante, no es acreedora al pago de la horas extras, domingos ni feriados que alega, pues por propio reconocimiento que consta en su demanda, la respuesta y declaraciones testificales, no corresponde el pago instituido en el art. 55 de la L.G.T. y normas conexas, aspecto que omitieron considerar adecuadamente los de grado y que debe ser enmendado.

2.- Resolviendo el recurso de casación formulado por la demandante, se establece que en primer lugar, al haberse demostrado que la actora, realizaba

tareas de vigilancia y confianza para su empleador, no correspondía el reconocimiento de pago de horas extras, conforme se fundamentó en el punto precedente de esta resolución, siendo por ello, injustificada la vulneración alegada en el recurso para aplicar el sueldo promedio indemnizable a dicho concepto.

Por otra parte, revisando detenidamente los antecedentes del proceso, se evidencia que el demandado no desvirtuó las presunciones insertas en los incisos c) y d) del art. 182 del Cód. Proc. Trab., incumpliendo la carga de la prueba que pesa sobre él, en aplicación de los arts. 3º inc. h), 66 y 150 de la indicada norma adjetiva, consiguientemente, en aplicación de las mismas y específicamente del art. 13 de la L.G.T., correspondía reconocer a favor de la demandante, el pago de la indemnización por antigüedad y el desahucio por despido intempestivo, adicionalmente a los otros derechos adquiridos como ser las vacaciones, los aguinaldos y la prima, todo sobre la base del sueldo promedio indemnizable de Bs. 1.080 afirmados en la demanda, aclarando que no se puede emitir criterio sobre la cuantía de estos últimos importes, porque no fueron impugnados en el recurso que se analiza.

3.- Consiguientemente, al ser parcialmente evidentes las vulneraciones alegadas en ambos recursos, corresponde resolverlos en la forma prevista en los arts. 271 inc. 4) y 274-II del Cód. Pdto. Civ., aplicables por mandato del art. 252 del Cód. Proc. Trab.

**POR TANTO:** La Sala Social y Administrativa Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la atribución contenida en el núm. 1 del art. 60 de la L.O.J., resolviendo los recursos de fs. 111-112 y 119-120, CASA EN PARTE el Auto de Vista de 23 de octubre de 2007 de fs. 107-108 vta. y deliberando en el fondo, declara probada en parte la demanda de fs. 5-6 y determina que el demandado Casiano Uño Mamani, cancele a favor de la demandante Leonarda Durán Mora, la suma de Bs. 14.040.00, conforme al siguiente detalle:

Sueldo indemnizable: Bs. 1.080.00

Fecha de ingreso: 11 octubre de 2002.

Fecha de retiro: 11 de abril de 2007.

Indemnización por 4 años y 6 meses: Bs. 4.860.00

Desahucio: Bs. 3.240.00

Aguinaldo doble, dos gestiones: Bs. 4.320.00

Prima: Bs. 1.080.00

Vacaciones (15 días): Bs. 540.00

Total: Bs. 14.040.00

Son catorce mil cuarenta 00/100 Bolivianos que se deben cancelar a tercero día, más la multa y los incrementos instituidos por el D.S. N° 28969 de 1° de mayo de 2006, a ser liquidados por la juez a quo en ejecución de sentencia, sin multa por ser excusable y sin costas por ser ambas partes recurrentes.

Para resolución, conforme convocatorias de fs. 129 y 131, intervienen los Ministros Beatriz A. Sandoval Bascopé y Teófilo Tarquino Mújica, Presidentes de la Sala Social y Administrativa Primera y de la Sala Penal Primera respectivamente.

La Ministra Sandoval fue de voto disidente, sugiriendo se declaren improcedentes los recursos, por considerar que no fueron formulados de acuerdo a ley.

Relator: Ministro Julio Ortiz Linares.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Firmado: Min. Julio Ortiz Linares.

Min. Hugo R. Suárez Calbimonte.

Min. Teófilo Tarquino Mújica

Min. Beatriz A. Sandoval Bascopé.

Sucre, 21 de abril de 2009

Proveído: Ma. del Rosario Vilar G.

Secretaria de Cámara de la Sala Social y Adm. II.

