

//tencia No. 605

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ

Montevideo, siete de agosto de dos mil diecisiete

VISTOS:

Para dictado de sentencia en autos caratulados: **"MERILES, CARLOS C/ COMISIÓN DE APOYO DE LA UE 068 DE A.S.S.E. - PROCESO LABORAL ORDINARIO LEY N° 18.572 - CASACIÓN"**, IUE 2-14477/2016.

RESULTANDO:

1) Según surge de autos en primera instancia, por Sentencia No. 46/2016 de fecha 24 de agosto de 2016, del Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 12do. Turno (fs. 216 a 222 vto.), dictada por su titular, Dra. Mónica Pereira, se acogió parcialmente la demanda y se condenó a la demandada a pagar al actor las diferencias salariales sobre la base de 456 horas mensuales de trabajo como retén, prima por antigüedad y presentismo, las incidencias de tales rubros en la licencia, el salario vacacional y el aguinaldo, y a pagarle el 10% del monto de la condena por concepto de daños y perjuicios preceptivos e intereses legales. Asimismo, se hizo lugar a la condena "de futuro", en tanto persistieran los hechos que dieron lugar al acogimiento de la pretensión.

2) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2do.

Turno, integrado por los Sres. Ministros Dres. Nanci Corrales, Silvana Gianero y Luis Tosi, órgano que, por Sentencia Definitiva identificada como SEF-0013-000447/2016 de fecha 16 de noviembre de 2016 (fs. 250 a 254 vto.), revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, únicamente en lo que refiere a la liquidación de las horas de retén, que liquidó en un 50% (cincuenta por ciento) del valor de una hora común.

A fs. 257 compareció la parte actora e interpuso recurso de aclaración y ampliación a efectos de que la Sala aclarara el alcance temporal del artículo 23 del Convenio del 19 de marzo de 2014, disposición en la cual se fundó para determinar el valor de la hora de trabajo como retén.

La Sala, por Resolución identificada como SEI-0013-000096/2016, aclaró que el período anterior a la disposición del convenio referida no estaba alcanzada por la revocación dispuesta (fs. 259 y 260).

3) Contra dicha sentencia la parte actora interpuso recurso de casación.

Luego de postular la admisibilidad formal de su medio impugnativo, identificó como disposiciones infringidas: el artículo 9 de la Ley No. 18.572, los artículos 92, 121.2, 130.2, 137, 198 y 257.2 del C.G.P., los artículos 12 y 16 de la Ley No.

18.566, el Acta del 23 de abril de 2014, No. 14453/2014 de la reunión del Consejo de Salarios del Grupo No. 15 y los principios del Derecho Laboral in dubio pro operario y el de preferencia de la norma más favorable.

Fundó su medio impugnativo en los siguientes argumentos:

a) La Sala, al haber fijado el valor de la hora de trabajo en régimen de retén en el 50% del valor de la hora común, fundándose en lo dispuesto en el artículo 23 del Convenio del Grupo 15 del 19 de marzo de 2014, violó lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley No. 18.572 y en los artículos 92, 121.2, 130.2 y 257.2 del C.G.P.

Y ello por cuanto, al contestar la demanda, la Comisión de Apoyo, en lo que refiere al valor de la hora de trabajo en régimen de retén, se limitó a afirmar genéricamente que cumplía con las normas aplicables y que en el grupo del Consejo de Salarios del sector salud existían convenios que establecían que el valor de la hora retén era del 50% del valor de una hora común, sin identificar esos convenios ni en cuál de ellos se establecía ese valor ni cómo podía serle aplicable un convenio del sector salud, cuando correspondía aplicar la regulación del Grupo No. 20 (entidades gremiales, sociales y deportivas).

Esa carencia de argumen-

tación impedía a la Sala aplicar la disposición de un convenio aplicable al sector salud no invocado por la demandada.

Al haber desestimado parcialmente la demanda con base en un convenio colectivo no invocado por la demandada, la Sala violó lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley No. 18.572 y en el artículo 130.2, vulnerando la teoría de la sustanciación y la carga de la controversia categórica. Al mismo tiempo, la Sala violó lo establecido en el artículo 257.2 del C.G.P. al haber desestimado parcialmente la pretensión, con base en fundamentos no expuestos en la contestación de la demanda.

Por otra parte, dado que el convenio aplicado fue suscripto el 23 de abril de 2014 y la demanda fue contestada un año después, se verifica una violación de lo dispuesto en el artículo 121.2 del C.G.P. sobre incorporación de hechos nuevos: la demandada debió invocar concretamente ese convenio al contestar la demanda.

b) La Sala violó el "principio de congruencia" establecido en los artículos 198 y 257 del C.G.P. Sostuvo textualmente al respecto: "Causa agravio a mi representado la sentencia de segunda instancia al manifestar: 'En cuanto a la liquidación de la hora retén, corresponde se liquide de acuerdo a lo

previsto en el art. 23 del Convenio del 19 de marzo de 2014. El estar a la orden no implica trabajo efectivo, por lo que debe revocarse el valor de la hora retén en un 50%'. La sentencia fundó su decisión sobre hechos que no fueron expuestos en la debida oportunidad procesal. La demandada al contestar la demanda no pidió la aplicación del artículo IX de las disposiciones generales del Decreto No. 463/2006. Tampoco pidió la aplicación del Convenio Colectivo del 23 de abril de 2014, del grupo de actividad No. 15. Ni siquiera lo funda como derecho en el capítulo '3. Derecho'" (fs. 273 vto.). La Sala no pudo aplicar un convenio que no fue expresamente invocado por la demandada. El principio "iura novit curiae" no subsana la falta de claridad y precisión de la contestación de la demanda.

Por ello, al haber incluido consideraciones que no fueron esgrimidas por la demandada, se viola el principio de congruencia.

c) La Sala violó lo dispuesto en el artículo 139 del C.G.P. en relación con la carga de la prueba al establecer que el valor hora del trabajo en régimen de retén se calcula siguiendo un convenio del Grupo No. 15, dado que no se probó que tal convenio fuese aplicable a un trabajador del Grupo No. 20, grupo de actividad al que pertenece el dicente y cuya normativa fuera el fundamento expreso de su

reclamo.

d) Al determinar el valor de la hora de trabajo en régimen de retén fundándose en un convenio colectivo aplicable a un grupo de actividad distinto del invocado en la demanda, la Sala aplicó erróneamente el acta del 23 de abril de 2014 (No. 14.453/2014) en reunión del Consejo de Salarios del Grupo No. 15 (servicios de salud y anexos), violando lo dispuesto en los artículos 12 y 16 de la Ley No. 18.566.

La Comisión de Apoyo demandada integra el Grupo No. 20 de los Consejos de Salarios, lo cual no fue controvertido en autos. Por ello no se puede aplicar lo dispuesto en la regulación de otro grupo.

No es de aplicación el reenvío dispuesto en el artículo IX del Decreto No. 463/2006, laudo del Grupo No. 20: Los cargos que no estén contemplados en este laudo y referidos a funciones deportivas, educativas o de enseñanza, salud, gráficos, servicios gastronómicos y servicios de hotelería y similares, de construcción, de metalúrgica, etc., serán remunerados de acuerdo a lo fijado por los grupos de los Consejos de Salarios correspondientes a dichas actividades. En el caso, su cargo (auxiliar) está expresamente regulado en el laudo del Grupo No. 20.

Y aun cuando, errónea-

mente, se aplicara el mecanismo de referido, yéndose a la regulación del Grupo No. 15, no correspondía aplicar lo dispuesto en el artículo 23 del acta del 23 de abril de 2014, porque regula la remuneración de las guardias de retén de enfermeros universitarios, nurses, auxiliares de enfermería y choferes, mas no la de los auxiliares administrativos.

En base a lo expuesto solicitó que se casara la sentencia impugnada y que se confirmara el fallo de primera instancia.

4) A fojas 282 y siguientes compareció el representante de la demandada evacuando el traslado conferido abogando por el rechazo del recurso.

5) Por Auto No. 177/2017 (fs. 292) se dispuso el pasaje a estudio sucesivo.

6) Atento al cese del Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique por Auto No. 884/2017 (fs. 297) se dispuso la integración de la Corte mediante sorteo.

Realizado el sorteo respectivo recayó la designación en la Ministra de Apelaciones Dra. Gloria Segussa.

7) Culminado el estudio, se acordó el dictado de sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

I) Los integrantes de la

Suprema Corte de Justicia (integrada) por unanimidad de sus miembros harán lugar parcialmente al recurso de casación.

II) En cuanto a cuáles son las cuestiones pasibles de revisión en casación.

Atento a lo establecido en el artículo 268 inciso segundo del C.G.P., y tratándose de un proceso en el cual no se demandó a una entidad pública de las previstas en la disposición mencionada, rige plenamente la regla que establece la improcedencia del recurso de casación respecto de aquellas cuestiones sobre las que en primera y segunda instancia existen dos fallos coincidentes.

Respecto del alcance de esta regla, la Corte ha reiteradamente sostenido que: "(...) la 'ratio legis' del artículo 268 del C.G.P. -con la redacción dada por el art. 37 de la Ley No. 17.243- radica en impedir que se revisen en el grado casatorio aspectos de la pretensión sobre los cuales recayeron pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en dos instancias, en razón de lo cual entiende la Corporación que aquellas cuestiones involucradas en el objeto de la litis y a cuyo respecto la decisión de primer grado fue confirmada en segunda instancia, se encuentran exiliadas del control casatorio (...)", (cf. Sentencias Nos. I745/2015 y 179/2015, entre otras).

En este marco, cabe precisar que en la especie el único aspecto pasible de corrección por la Corte es el que refiere a la determinación del valor de las horas de trabajo en régimen de retén que el actor realizó.

III) En cuanto a la aplicación del sistema de remuneración de determinadas categorías laborales en régimen de retén del Grupo No. 15.

El recurrente afirmó que la Sala, al fijar el valor de la hora de trabajo en régimen de retén fundándose en el acta del 23 de abril de 2014 (No. 14.453/2014) del Consejo de Salarios del Grupo No. 15 (servicios de salud y anexos), incurrió en un error de derecho y en una violación de lo dispuesto en los artículos 12 y 16 de la Ley No. 18.566.

El agravio es de recibo.

Asiste razón al recurrente en cuanto a que en el presente caso no correspondía aplicar la regulación sobre remuneración del trabajo en régimen de retén del Grupo No. 15, ya que el empleador demandado está clasificado dentro del Grupo No. 20 y no se verifica ningún supuesto que habilite a remitirse al régimen del Grupo No. 15.

De regla, el presente caso debe resolverse con base en la normativa aplicable a los trabajadores del Grupo de los Consejos de Salarios No.

20. Y ello porque el actor accionó en su calidad de funcionario administrativo de un empleador clasificado dentro del Grupo No. 20 de los Consejos de Salarios (entidades gremiales, sociales y deportivas), (subgrupo 2, "entidades gremiales"), invocando ser "auxiliar 3°". Estas dos circunstancias no fueron controvertidas en autos.

Efectivamente, en el laudo del Grupo No. 20, la categoría "auxiliar 3°" se encuentra expresamente definida (artículo VII del Decreto No. 463/2006). Igualmente, en la normativa aplicable al Grupo No. 20 se ha establecido cuál es la remuneración nominal mínima de esa categoría.

Lo que no se encuentra regulado expresamente es cómo se remunera el trabajo a la orden fuera del establecimiento del empleador, en régimen de retén de los trabajadores del Grupo No. 20.

Ante este vacío, la Sala optó por acudir a la normativa del Grupo No. 15, que regula la remuneración del trabajo en régimen de retén de determinadas categorías laborales. Concretamente, se fundó en lo dispuesto en el artículo 23 de la decisión del Consejo de Salarios del Grupo No. 15 sobre categorías no médicas, registrada en acta del 23 de abril de 2014, publicada en el Diario Oficial No. 28977, págs. 89-91.

Ahora bien, la Sala no explicitó por qué, pese a que éste sería un caso llamado, en principio, a ser resuelto en función de la normativa del Grupo No. 20, aplicó una fuente normativa que, de regla, rige únicamente para cierto tipo de trabajadores del Grupo No. 15. La ausencia de fundamentación de la Sala impone precisar cuál sería la posible fundamentación que explica semejante proceder.

Una primera fundamentación posible, es que la Sala hubiera entendido que, ante la ausencia de regulación acerca de cómo se regula y remunera el trabajo en régimen de retén en el Grupo No. 20, pudiera aplicarse, por vía de integración, el régimen del Grupo No. 15.

Una segunda posible fundamentación sería que la Sala hubiera entendido aplicable dicho régimen recurriendo al mecanismo de remisión previsto en el artículo IX del Decreto No. 463/2006.

A juicio de la Corporación, ninguna de estas fundamentaciones es de recibo.

No correspondía acudir a la regulación del Grupo No. 15 porque no se dan los presupuestos que habiliten a su aplicación por vía de integración, así como tampoco cabe recurrir a la vía del mecanismo de remisión previsto en el Decreto No.

463/2006.

Consideramos que no procede acudir a la vía de integración porque la regulación de la situación laboral de un auxiliar administrativo de una entidad gremial no tiene nada que ver con la de las categorías reguladas en la norma citada por la Sala (enfermeros universitarios, auxiliares de enfermería, conductores de ambulancias empleados en el sector salud). Al respecto, cabe señalar que, como enseña el Prof. Héctor Hugo Barbagelata, en función del vínculo del convenio colectivo con la negociación de la que deriva, de regla, no cabe la aplicación extensiva o analógica de un convenio a situaciones ajenas a la rama de actividad o a las empresas correspondientes (cf. Derecho del Trabajo, T. I, 2ª Ed., FCU, 1995, pág. 156).

Tampoco podría fundarse la aplicación del artículo 23 de la decisión del Consejo de Salarios del Grupo No. 15 sobre categorías no médicas, registrada en acta del 23 de abril de 2014, aplicando el artículo IX del Decreto No. 463/2006: Los cargos que no estén contemplados en este laudo y referidos a funciones deportivas, educativas o de enseñanza, salud, gráficos, servicios gastronómicos y servicios de hotelería y similares, de construcción, de metalúrgica, etc., serán remunerados de acuerdo a lo fijado por los grupos de los Consejos de Salarios correspondientes a dichas

actividades. En el caso, no se trata de un "cargo" no contemplado en el laudo ni de un cargo que refiera a las funciones descritas en la norma. Es claro, entonces, que no cabe recurrir a esta disposición para aplicar la normativa del Grupo No. 15.

Dicho esto, cabe establecer cuál es el valor de la hora de trabajo en régimen de retén. Y en tal punto, se coincide con la posición que en doctrina y jurisprudencia sostiene que, en ausencia de previsión específica, la hora de trabajo en régimen de retén fuera del establecimiento del empleador debe remunerarse como hora simple.

En ese sentido se ha pronunciado la Corporación en la Sentencia No. 833/2014, conforme al cual el trabajador que está "a la orden" o en guardia de retén fuera del local de la empresa, se encuentra prestando "trabajo efectivo" que debe ser remunerado como hora simple. Como lo expresara el Prof. Plá Rodríguez, "la guardia de retén supone una situación especial que no puede equipararse a la del trabajo ordinario" ya que, si bien al igual que el trabajador que presta servicios en el local del empleador ve restringida su libertad (no puede alejarse mayormente de la zona en la que trabaja y debe concurrir a los llamados que le efectúen), no pierde totalmente la libre disponibilidad de su tiempo, porque mientras no es

llamado puede desarrollar otras tareas, cumplir guardias, ejercer otras actividades (cf. consulta transcripta en la Sentencia No. 63 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2do. Turno, citada por Ana Laura Gandini y Rafael Rodríguez Gustá, en La "guardia de retén". Contribución al estudio del "tiempo efectivo de trabajo", Revista Derecho Laboral, T. LVIII, No. 258, FCU, 2015, pág. 301).

Como lo expresó la Corte, en extensa pero necesaria cita:

(...) estar a la orden implica el ejercicio del poder jurídico del empleador respecto de la actividad del trabajador. Ello implica que el trabajador cumpla las directivas del empleador, y estar sometido a su control en la prestación del trabajo prestado (cf. Sentencia No. 867/1996, citada en Sentencias Nos. 438/2009 y 7/2013).

En función de lo anterior, la Corte ha considerado que corresponde remunerar el trabajo implicado en realizar una guardia de retén.

En lo que refiere a la forma de pago o liquidación de la hora trabajada en guardias de retén o regímenes similares, esta Suprema Corte de Justicia ha diferenciado la situación de aquellos trabajadores que las cumplen en su domicilio, fuera del lugar de trabajo, o en éste último (cf.

Sentencia No. 438/2009), (...).

Para las situaciones en que el trabajador cumple las guardias en su domicilio, este Alto Cuerpo ha entendido que no existe desgaste adicional que justifique el pago como hora extra. La menor remuneración de la guardia de retén respecto de la hora extra se justifica plenamente por la menor intensidad de las obligaciones asumidas, por tratarse de dos regímenes de trabajo diferentes. Así, es claro el mayor esfuerzo que significa la prestación de trabajo por fuera del límite de la jornada -legal o convencional según el caso- respecto de la prestación de trabajo consistente en una guardia de retén (cf. Sentencias Nos. 136/2007, 43/2009, 438/2009 y 7/2013).

En cuanto a la forma de liquidar el trabajo prestado por concepto de guardia de retén, cabe revalidar reiterada jurisprudencia de la Corporación: "la Corte ha postulado que el trabajo realizado en el marco de las guardias de retén es trabajo efectivo, aunque otra cosa diferente es determinar cómo debe ser remunerado. Así, en la Sentencia No. 315/2003, se sostuvo:

"Estar de 'guardia de retén' implica no poder ausentarse, permanecer ubicable en caso de ser necesario su servicio, y estar preparado para la eventualidad de salir a trabajar a causa de un

llamado urgente. El trabajador en esa situación no dispone libremente de su tiempo, porque aunque no hubiera sido llamado para trabajar, igualmente se encuentra 'a la orden' de la empresa. Y ese tiempo, debe computarse como trabajo efectivo, conforme lo previene el artículo 6 del decreto reglamentario de la Ley No. 5.350 (...). El referido artículo 6 del decreto reglamentario de la Ley No. 5.350 entiende que, a los efectos del cómputo de las horas de trabajo, se considera trabajo efectivo todo el tiempo en que un obrero o empleado deja de disponer libremente de su voluntad, o está presente en su puesto respectivo o a la disposición de un patrono o superior jerárquico, salvo las excepciones de los siguientes artículos o dispuestas por reglamentos especiales" (cf. Sentencia No. 867/1996 de la Corporación).

(...) un aspecto que ha generado discusión en doctrina y jurisprudencia, es la forma en que deben liquidarse las horas correspondientes por prestación de trabajo como guardia de retén. Así, en la sentencia antes transcrita, se plantearon tres hipótesis: como horas extra, como descansos intermedios, o como trabajo efectivamente cumplido -como hora simple-. A esta última hipótesis se afilia la Corporación (salvo: I) los casos en que además de estar a la orden, el trabajador preste efectivamente funciones; o, II)

casos en que el trabajador cumpla la guardia de retén en el lugar de trabajo -no en su domicilio-), (Sentencia No. 833/2014).

IV) En cuanto a los restantes agravios atento las consideraciones expuestas ut supra, se torna innecesario que la Corporación se expida a su respecto.

V) No se impondrán condenaciones en el grado, siendo las costas y costos por su orden.

Por los fundamentos expuestos la Suprema Corte de Justicia

FALLA:

ANULANDO LA RECURRIDA ÚNICAMENTE EN CUANTO DISPUSO QUE EL VALOR DE LA HORA DE TRABAJO EN RÉGIMEN DE RETÉN ES DEL 50% DE LA HORA COMÚN Y EN SU LUGAR SE DISPONE QUE SU VALOR ES IGUAL AL DE LA HORA COMÚN, SIN ESPECIALES CONDENACIONES EN EL GRADO.

PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

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

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. GLORIA SEGUSSA
MINISTRA

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