

//tencia N.º. 34

Montevideo, dos de febrero de dos mil veintitrés

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva, este proceso caratulado: "**LATORRE, CARLOS Y OTROS C/ SECURITAS URUGUAY S.A. - PROCESO LABORAL ORDINARIO (LEY 18.572) - CASACIÓN**", IUE: 2-23031/2020, venido a conocimiento de esta Corporación en mérito al recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva No. 212, de fecha 1º de septiembre de 2022, dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er. Turno.

RESULTANDO:

I.- Por la referida decisión, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er. Turno [Sras. Ministras Dras. Pereira Andrade (r), Segussa Mora y Fernández Lembo], falló: "*Confírmase la sentencia recurrida. Y existiendo discordia parcial entre las integrantes naturales de la Sala respecto de la procedencia o improcedencia del reclamo por descansos semanales trabajados e incidencias de dichos descansos, lábrese acta reservada y procédase a la integración del Tribunal en los términos dispuestos por el artículo 201 del C.G.P, manténgase reservada la presente y agréguese oportunamente. Oportunamente vuelvan*" (fs. 8673-8689).

Habiéndose procedido al

sorteo para integrar al Tribunal, resultó sorteada la Sra. Ministra Dra. Gabriela Rodríguez Fagián (fs. 8670).

El Tribunal Integrado, con el concurso de voluntades de las Sras. Ministras Dras. Pereira Andrade (r), Seguessá Mora y Rodríguez Fagián, confirmó la recurrida en el punto descansos intermedios (fs. 8689/8696).

La referida sentencia contó con la discordia de la Sra. Ministra Dra. Lina Fernández Lembo, quien concluyó que corresponde: *"... revocar la sentencia recurrida en cuanto desestima el reclamo por concepto de descansos semanales, por adherir a la corriente doctrinaria y jurisprudencial que entiende aplicable un régimen de descanso de 24 horas en el sector servicios, remitiéndose al criterio sustentado reiteradamente por la Sra. Ministra discorde en sentencias de su Sala y de la Homóloga de 1° turno, a cuyos fundamentos cabe remitirse (Cfm. Sent. SEF-0014-000409/2014 de esta Sala de 3er. Turno, SEF-0012-000245/2015, SEF-0014-000073/2016, SEF-0014-000078/2016, SEF-0014-000170/2020. SEF-0014-000183/2020 y SEF-0014-000286/2020 entre otras, y v. Sentencia 20/2008 de 18 de febrero de 2008 y DFA-0012-000404/2015 SEF-0012-000245/2015 TAT 1ro, BJA pública)"* (fs. 8696).

A su vez, el pronunciamiento de primer grado emanado del Juzgado Letrado de

Primera Instancia del Trabajo de 17mo. Turno, por sentencia No. 21, de fecha 21 de abril de 2022 [dictada por la Dra. Alejandra Sánchez Altieri], había fallado: *"Recepcionando la excepción de prescripción quinquenal de los créditos laborales, con el alcance determinado en el considerando respectivo de la presente sentencia, no admitiendo las restantes excepciones interpuestas por la parte demandada. Amparando parcialmente la demanda, condenando a la demandada Securitas Uruguay S.A. a abonar a cada uno de los actores, la incidencia de salario vacacional en aguinaldo, por las sumas liquidadas por cada trabajador en las planillas Excel agregadas con la demanda (sin considerar los créditos que se encontraren prescriptos, anteriores al 24 de agosto de 2015, en los casos que correspondiere, de acuerdo a lo resuelto ante el acogimiento de la excepción de prescripción quinquenal), sumas que deberán ser reajustadas y con intereses desde la fecha de promoción de la demanda hasta su efectivo pago, con un 10% de multa legal, y un 10% por daños y perjuicios preceptivos (...)"* (fs. 8554/8599).

II.- En tiempo y forma, la parte actora interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el "Ad Quem" (fs. 8701/8746), de acuerdo con los siguientes fundamentos:

a) El Tribunal no falló en

concordancia con los principios del derecho laboral. En tal sentido, no aplicó las disposiciones del Decreto-Ley No. 14.320; por el contrario, convocó en la resolución del caso, en forma errónea, las disposiciones de la Ley No. 7.318, del decreto del 29 de octubre de 1957, y de la Ley No. 11.887.

Señalaron que la interpretación correcta de dicha normativa, es la que realizó la Sra. Ministra discorde, que adhiere a la corriente doctrinaria y jurisprudencial que entiende aplicable un régimen de descanso de 24 horas en el sector servicios. En efecto, a juicio de las recurrentes, en el caso de la actividad de la demandada existe un vacío legal, el que debió integrarse por el Tribunal con la norma posterior y más favorable prevista en el Decreto-Ley No. 14.320, el decreto del 29 de octubre de 1957 y la Ley No. 11.887, y no con las disposiciones de la Ley No. 7.318, dado que la actividad de la demandada gira en el ramo del rubro servicios, el cual carece de una regulación expresa en cuanto a los descansos semanales. Tal extremo llevó al Tribunal a resolver de forma incorrecta que el régimen de descanso de los actores es de 24 horas y no de 36. Entienden, por tanto, que debe revocarse y anularse la sentencia impugnada.

A su vez, se agravieron porque el Tribunal interpretó de forma errónea la

cláusula octava del Convenio del 26 de noviembre de 2013, del Grupo 19 subgrupo 8 del Consejo de Salarios; la cláusula 12 del Convenio Colectivo de fecha 7 de febrero de 2017; y la cláusula quinta del Convenio Colectivo de fecha 28 de enero de 2019. Citaron en su apoyo jurisprudencia de este Alto Cuerpo (sentencia No. 1119/2019) en la que se sostiene la nulidad de dichas cláusulas.

b) No resultaron ajustados a derecho los argumentos que brindó la Sala para desestimar la incidencia del aguinaldo en la licencia y el salario vacacional. En tal sentido, la Sala no aplicó correctamente los artículos 3 de la Ley No. 13.556 (en la redacción dada al inciso 2 por el artículo 1 de la Ley No. 14.328), 10 de la Ley No. 12.590, y el Convenio Internacional de la OIT No. 132.

A su juicio, la correcta interpretación de la normativa referida es aquella que entiende que el aguinaldo integra la remuneración normal o media del trabajador; que tiene indiscutiblemente naturaleza salarial, y se genera mes a mes integrando la remuneración normal del trabajador, incidiendo en cada período, en cada rubro, como lo son la licencia y el salario vacacional. Si bien se lo cobra en una oportunidad, se genera en forma mensual, siendo así una partida que se percibe diaria o mensualmente.

Dicha omisión atenta contra la justa remuneración que debe percibir cada trabajador.

Por último, expresaron que la Sala infringió los artículos 11.3 y 117 del CGP, y 8, 15.4, 16 y 31 de la Ley No. 18.572, por cuanto no hizo lugar a la condena de futuro solicitada en la demanda. En efecto, al continuar vigente la relación laboral entre los trabajadores recurrentes y la demandada, se siguen generando los rubros solicitados de condena a futuro por lo que correspondía que se hiciera lugar a los mismos.

III.- Conferido el traslado correspondiente, la demandada lo evacuó en los términos que surgen del escrito que obra a fs. 8751-8758 vto. y abogó por su rechazo.

IV.- El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Tercer Turno ordenó franquear el recurso interpuesto (fs. 8761) y los autos fueron recibidos por este Cuerpo el día 14 de octubre de 2022 (fs. 8765 y vto.).

V.- Por Decreto No. 1603, de fecha 27 de octubre de 2022 (fs. 8767), se ordenó el pase de los autos a estudio, por su orden.

VI.- Culminado el estudio se acordó emitir pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, acogerá el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anulará la sentencia impugnada en cuanto desestimó el reclamo por descansos semanales y condenará a la demandada a abonar a los actores los descansos semanales trabajados, siendo ello así por lo subsiguiente.

II.- Corresponde, en lo inicial, recordar que en autos el proceso se origina en la demanda movilizada por un grupo de trabajadores de SECURITAS URUGUAY S.A., por la cual reclaman de su empleadora el pago de determinados rubros salariales (fs. 865-909).

En lo que aquí interesa, cabe referir que los trabajadores señalaron en su demanda que la empleadora se encuentra en la actividad del grupo 19, subgrupo 8, correspondiendo a la rama de actividad en que se encuentra la misma el régimen de semana inglesa. Refirieron a que ésta no ha respetado ni reconocido dicho régimen, pues ha otorgado a los trabajadores en todo el período que ha durado el vínculo de trabajo un descanso de 24 horas semanales cuando corresponde un régimen de 36 horas de descanso de acuerdo al artículo 1° del Decreto-Ley No. 14.320, ello teniendo presente que la naturaleza de la actividad de

la demandada claramente no consiste en actividad industrial.

Concluyeron que se les adeuda el descanso semanal trabajado, esto es, cuatro horas diarias en cada semana en que trabajaron en los días sábados, así como sus incidencias en todos los créditos laborales generados.

Asimismo, reclamaron lo correspondiente a las incidencias de aguinaldo en el salario vacacional y la licencia, y de licencia en el salario vacacional y aguinaldo.

A fs. 3016 y ss. compareció la demandada y señaló la improcedencia de la acumulación oponiendo excepción de cosa juzgada, de prescripción quinquenal de los créditos laborales, de litispendencia, y contestando la demanda. Controvirtió el rubro descanso semanal reclamado por los actores y sus incidencias, así como el cobro de diferencia salarial, y sus montos, y la aplicación de la multa solicitada.

Tramitado el proceso de rigor, recayeron las sentencias referidas precedentemente.

III.- Establecido lo anterior, observa la Corte que los agravios esgrimidos por los recurrentes pueden agruparse, a los efectos de su

correcto análisis, en dos. Por un lado los que refieren al rubro descanso semanal y, por otro, los relativos a la incidencia del aguinaldo en los rubros licencia y salario vacacional.

Y bien, respecto a este último agravio, constata la Corte que existe -en ambas instancias- dos pronunciamientos coincidentes y sin discordias.

Tal extremo determina, a juicio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Pérez, Morales y el redactor, la firmeza de los mismos, pues resultan inadmisibles. Ello, al amparo de la interpretación de lo dispuesto en el artículo 268 inciso 2° del CGP que los mencionados realizan.

Respecto del alcance de esta regla, la Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades -actualmente en mayoría- lo siguiente: *"(...) 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 (...)" (Cfme. sentencias Nos. 376/2009, 1221/2009, 122/2010, 884/2012, 179/2015, 160/2016, 359/2017 y 1296/2019, entre otras).

En virtud de la antedicha regla, a juicio de los nombrados Sres. Ministros, no resulta posible revisar en casación el rechazo del rubro que fue desestimado en ambas instancias.

A diferencia del criterio postulado por la mayoría, la Señora Ministra Dra. Bernadette Minvielle considera de recibo una tesis más amplia sobre los requisitos de admisibilidad del recurso de casación en el entendido de que siempre que el tribunal de segunda instancia revoque en forma total o parcial la sentencia de primera instancia (o que la confirme pero con discordia), la sentencia, en su integralidad, será pasible de ser revisada en casación. Desde luego que, como esta posición sobre la admisibilidad del recurso es minoritaria, resulta estéril en este caso ingresar a examinar aspectos sobre los cuales, a juicio de la mayoría de la Corporación, resulta vedado su control en casación (Cfme. sentencia No. 693/2018).

Recuerda la Sra. Ministra Dra. Minvielle que esta tesis fue impulsada inicialmente por la discordia estampada por la Dra. Selva Klett en la sentencia No. 465/2005 de esta Corporación y, tras sus huellas, enarbolada por la doctrina especializada (en

tal sentido véase: BARREIRO, M. y TEJERA, M. "Admisibilidad de la casación ante la doble confirmatoria y sin discordia"; LANDONI, A., GONZÁLEZ, S. y CABRERA, R. "Procedencia del recurso de casación y alcance en hipótesis de confirmatoria parcial de la sentencia apelada", ambos en AA. VV. "XIVas Jornadas Nacionales de Derecho procesal", Colegio de Abogados - IUDP, Colonia del Sacramento, 2009, págs. 187 a 196 y 151 a 168 respectivamente; y LANDONI, A. "El recurso de casación", XVIIas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colegio de Abogados del Uruguay - IUDP, Rivera, 2015, págs. 229-254).

A su juicio, esta tesis es la que mejor se condice, no solamente con el texto legal, sino con el sistema procesal en su conjunto. En particular, es la que mejor realiza el principio de libertad impugnativa que está consagrado en el artículo 244.1 CGP; cualquier restricción a la libertad de impugnación -como la que en este caso consagra la disposición legal en estudio- debe interpretarse con sentido restrictivo.

Ahora bien, tal como se señaló, encontrándose dicha postura en minoría, estima la Sra. Ministra que resulta innecesario ingresar a examinar el agravio dado que, a juicio de quienes conforman la mayoría, está vedado el control en esta

instancia casatoria.

IV.- Habiéndose desechado el agravio en cuestión solo resta analizar el que refiere a la infracción o errónea aplicación de la Decreto-Ley No. 14.320.

La Corporación tiene jurisprudencia sobre el punto el cual ha revalidado. En tal sentido, véase sentencias Nos.: 1029/2019, 1119/2019, 237/2020, 26/2021, 71/2021 y 341/2021 entre otras.

Es jurisprudencia constante de esta Corte que el régimen de descanso semanal aplicable al sector servicios es, de regla, el establecido en el Decreto-Ley No. 14.320. Además, la norma heterónoma no puede disminuir los beneficios que surgen de la ley o el reglamento.

Dicha posición, que era sustentada en forma unánime por los miembros de este Alto Cuerpo con la anterior integración, se mantiene en la actualidad dado que la Sra. Ministra Dra. Doris Morales, desde que integró el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, se pronunció en similares términos a la jurisprudencia sostenida por este Colegiado.

Tal como señaló la Corte en los antecedentes antes mencionados.

"No se discute que trabajan (o trabajaron) 8 horas diarias, durante 6 días por semana, totalizando 48 horas por semana de labor, con un descanso de 24 horas semanales.

En dicho ámbito -por diferentes argumentos de origen legal y doctrinario- los reclamantes alegan que, por tratarse de una actividad que gira en el rubro 'servicios', el régimen semanal de trabajo que debe aplicarse es el de 44 horas, con un descanso de 36 horas.

En razón de ello, como rubro principal, reclamaron el pago de 4 horas extras semanales (fs. 90/115 vta.), lo que fue inicialmente acogido en primera instancia (fs. 2.001/2.014 vta. y 2.019), aunque luego fue revocado en segunda instancia (fs. 2.044/2.046).

En casación, la parte actora reedita su estrategia defensiva, en el sentido de que, en el caso de 'servicios' -por aplicación directa del Decreto-Ley No. 14.320 o por vía de integración- correspondería aplicar el régimen de trabajo conocido como de 'semana inglesa'.

A juicio de la mayoría de la Corte, les asiste razón a los reclamantes. Con anterioridad, en otra integración, la Corte tuvo oportunidad de analizar la temática en estudio. Así, en

la sentencia No. 286/2015, frente a un reclamo de trabajadores que desempeñaban su labor en el rubro 'limpieza' (calificable como 'servicios'), alguno de sus integrantes descartó la existencia de un vacío normativo en lo que al régimen semanal de trabajo refiere, pues entendió que, en punto al sector terciario de servicios de la economía nacional, corresponde aplicar directamente la solución normativa contenida en el Decreto-Ley No. 14.320, que prevé el régimen de 'semana inglesa' para todo el personal de los 'establecimientos comerciales de cualquier naturaleza', nomenclatura que incluye a las empresas del ramo 'servicios'. En concreto, en la oportunidad señalada y que se revalida en la presente, la Corporación sostuvo: 'La Corte considera que el régimen de descanso semanal aplicable al sector servicios es, de regla, el establecido en el Decreto-Ley 14.320. Diversos argumentos militan en favor de esta conclusión.

En primer término, y revalidando conceptos sostenidos en la sentencia No. 309/2003 de este Colegiado, el Decreto-Ley 14.320 establece un régimen de descanso semanal de 36 horas consecutivas para los establecimientos comerciales 'de cualquier naturaleza'. Y ello comprende no sólo la actividad de compra y venta de mercaderías, sino cualquier actividad económica que implique intercambio o

intermediación de cualquier índole o naturaleza, ya sea respecto de productos o de servicios. En esta línea argumental, se interpreta que hay una norma que regula el régimen de descanso del sector servicios, que no es otra que el artículo 1 del Decreto-Ley 14.320. No se trata de que exista más de un régimen de descanso semanal aplicable, sino de interpretar, extensivamente, el ámbito de aplicación del régimen del sector comercio (...).

Como refiere Alejandro Castello: (...) puede señalarse que con el uso vulgar y corriente de la expresión 'comercio', generalmente se comprende no solamente a la operación de compraventa de mercaderías (comercio strictu sensu) sino también a cualquier tipo de actividad económica que implique un intercambio o intermediación de cualquier naturaleza, grado o forma entre productores y consumidores o usuarios, es decir, se abarca no solamente al fenómeno de intercambio de mercadería por un precio sino también [al de intercambio de] un producto o servicio por un precio ('Régimen jurídico de jornada de trabajo y descanso semanal aplicable al sector servicios', en obra colectiva: 'Temas prácticos de derecho laboral', FCU, 1999, págs. 35/36)'. Por lo tanto, existiendo -a juicio de la Corporación- norma expresa que regula el punto, toda la línea argumental del Tribunal, asentada sobre la

idea contraria, se desmantela por completo, lo que, en este análisis, lleva a la conclusión de que la sentencia impugnada ciertamente vulneró el art. 1º del Decreto-Ley 14.320.

III) Ahora bien, en el caso concreto, la solución propuesta presenta, sin embargo, peculiaridades que requieren un esfuerzo argumentativo adicional. El abordaje hasta aquí realizado se edificó sobre la idea de que no existe norma legal reglamentaria o convencional que disponga un régimen diferente al referido.

En otras palabras, se partió de la noción de que la única solución normativa vigente es la contenida en el Decreto-Ley 14.320.

Sin embargo, en la especie, ello no es así.

En efecto, sucede que por Convenio Colectivo de fecha 26 de noviembre de 2013 (con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2016), se regularon las condiciones laborales del grupo No. 19, 'Servicios Profesionales, Técnicos, Especializados...', subgrupo No. 08 'Empresa de Seguridad y Vigilancia', capítulo 'Seguridad Física', mediante el cual -en lo que aquí interesa- se acordó lo siguiente: 'OCTAVO: A partir del 1 de enero del 2014, todos los trabajadores del sector pasarán a ser mensuales manteniéndose el régimen semanal

actual de seis días de labor de ocho horas por un día de descanso, tomando como base de cálculo del salario resultante 200 horas mensuales...' (fs. 153). Y al final del Convenio, se realizó la siguiente 'Declaración de partes': 'La representación de los trabajadores entienden que la carga horaria semanal del sector debería adecuarse al régimen de 44 horas semanales de labor por 36 de descanso, asimilándose al régimen del comercio. Las cámaras empresariales, por su parte, entienden que el régimen general vigente del sector es de 48 horas semanales con 24 horas semanales con 24 horas de descanso...' (fs. 157 vta.). (...)

Pese a ello, a juicio de la Corporación, tal omisión no impide relevar la nulidad del convenio en este punto, ya que la cláusula es absolutamente nula, refiere a una nulidad manifiesta, contraria al orden público y, como tal, relevable de oficio.

En efecto, si bien en ejercicio de la autonomía colectiva y atendiendo al interés colectivo por él representado, el Sindicato puede arribar a un acuerdo con su contraparte empresarial y disponer legítimamente de los derechos individuales de los trabajadores integrantes del gremio (cf. Sentencia No. 240/1998 de la Corte), es, igualmente, valor entendido en doctrina y

jurisprudencia, que toda renuncia individual del trabajador contenida en normas convencionales, a beneficios mínimos acordados por disposiciones heterónomas (las dictadas por el Estado), deben considerarse inválidas por un vicio intrínseco ligado a su 'status' de subordinación jurídica.

En otras palabras, en este campo, existen límites a la autonomía de las partes, en particular, cuando el contenido de los Convenios Colectivos afecte el denominado orden público laboral o social o lo que el Estatuto español llama mínimos de derecho necesario (Cf. BARBAGELATA, H.; ROSENBAUM, J. y GARMENDIA, M., 'El contenido de los Convenios Colectivos', FCU, 1998, págs. 10 y ss.; la negrita no pertenece al original).

En torno a este tema, el Profesor RASO DELGUE sostiene que: '(la)... norma heterónoma..., la negociación colectiva no podrá disminuir los beneficios impuestos por el precepto legal o reglamentario: la imperatividad de las normas heterónomas laborales se impone a todos los sujetos de la colectividad, individuales o colectivos. Por lo tanto la renuncia de beneficios legales, aún acordada a través de las garantías de la negociación colectiva, será inválida: el carácter colectivo no altera el hecho que lo acordado viola la imperatividad legal' (Cf. 'El

principio de la irrenunciabilidad y la negociación colectiva', publicado en AA VV.: 'Veintitrés estudios sobre Convenios Colectivos', FCU, Montevideo, 1988, pág. 296).

Sucede que el principio de irrenunciabilidad -derivado del principio de conservación de la norma mínima obligatoria- impide recortar beneficios legales, de lo cual resulta que los trabajadores, en forma individual o colectiva, no pueden renunciar válidamente a los niveles mínimos de protección contenidos en normas de orden público, tal como lo es, sin duda alguna, el límite máximo de la jornada semanal de trabajo (art. 1º del Decreto-Ley No. 14.320), o, en otro enfoque, no pueden válidamente renunciar al mínimo legal del tiempo de descanso semanal.

Cuando se dice jornada máxima o descanso mínimo, se quiere indicar que se trata de un límite infranqueable, inderogable derivado de la propia función que cumple.

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos de la violación del principio de irrenunciabilidad?

En primer lugar, -a decir de PLA RODRÍGUEZ- dada la índole de la norma declarada irrenunciable, la renuncia que se efectúe en

contravención a ella, carece de todo efecto, es absolutamente ineficaz, o sea, insubsanablemente nula. Se sanciona, pues, la infracción a dicha norma de la manera más severa: con la nulidad. No la mera anulabilidad, sino la nulidad de pleno derecho que -como se verá- se debe declarar aunque el interesado no la solicite.

En segundo orden, lo que se considera nulo es la cláusula y no el Convenio, el cual permanece vigente.

En tercer término, y como resultante de las dos conclusiones anteriores, la cláusula anulada será automáticamente sustituida por la norma renunciada ilícitamente. El vacío que deja la nulidad se completa en el derecho de trabajo, automáticamente, con las normas heterónomas establecidas por éste y que no debieron ser desconocidas o renunciadas.

Por último, los servicios prestados en virtud de la cláusula anulada no carecen de valor. Los trabajos realizados en contravención a normas irrenunciables han quedado hechos y, por tanto, deben ser retribuidos, en el caso, mediante el pago de las horas extras, incidencias y adicionales (Cf. 'Curso de Derecho Laboral', Tomo I, Vol. I, Idea, Montevideo, 1990, págs. 50/51).

En este ámbito, en un caso prácticamente idéntico al ventilado en autos, el TAT de 4° Turno tuvo la oportunidad de analizar el alcance y validez del Convenio de marras; pronunciamiento que, por lo fundado y razonado -y en lo que a estos efectos interesa- se transcribirá en su totalidad: '...en el caso, juega otra fuente normativa relativamente reciente que determina re plantearse la solución. En efecto. El 26.11.2013, el Consejo de Salarios respectivo-Grupo 19, Subgrupo 8 'empresas de seguridad y vigilancia', capítulo 'seguridad física', aprobó un convenio trilateral cuya cláusula 8va indica que: 'a partir del año 2014 todos los trabajadores del sector pasarán a ser mensuales manteniéndose el régimen semanal actual de seis días de labor de ocho horas por un día de descanso'.

Y en el mismo convenio consta una declaración del sector trabajador que dice que 'la carga de régimen semanal debería adecuarse a 44 horas de trabajo y 36 de descanso', y 'las cámaras empresariales entienden que el régimen general del sector es de 48 horas de trabajo y 24 de descanso'.

Este convenio colectivo tripartito en la cláusula octava, regula el tiempo de trabajo máximo semanal situándolo en seis días y cuarenta y ocho horas en total.

En base a ello corresponde abordar si ante la previsión del convenio colectivo citado, puede mantenerse la argumentación sobre la aplicación del régimen de sector comercio por ser el más beneficioso, o, si se ve desplazado por el del convenio colectivo como sostiene la sentencia de primera instancia.

Entiende la Sala integrada que el razonamiento argumentativo sobre la articulación de fuentes en el Derecho del Trabajo, debe, inexorablemente, estar iluminado por dos principios: el protector y el de irrenunciabilidad. Y el hermeneuta solo podrá apartarse de seguir el camino interpretativo que en mayor medida concrete ambos principios cuando, la situación esté autorizada por la ley dictada por razones de interés general (art. 7 de la Constitución). Porque el bien humano 'protección en el goce del trabajo' reconocido en la disposición constitucional mencionada, con el tenor de protección especial a través de la ley plasmada en el art. 53, solo puede ceder ante la única hipótesis que admite la propia Carta: la ley dictada por razones de interés general.

De allí que las fuentes convencionales estarán legitimadas para superar los pisos legales de protección pero no para disminuirlos'.

'La Sala integrada

discrepa con el argumento de la atacada fincado principalmente en lo dispuesto por los arts. 15, 16 y 17 de la Ley 18.566. Ello por cuanto estas disposiciones refieren a la solución en casos de puja entre varias fuentes convencionales colectivas. En cambio la hipótesis de autos es diversa en tanto se trata de resolver entre la regla que deriva del proceso de integración del ordenamiento jurídico y la regla convencional. En efecto. No se encuentran en pugna dos convenios colectivos pactados a diversos niveles sino un convenio colectivo tripartito y pactado a nivel del Consejo de Salarios con la regla integrada de aplicación del régimen del comercio al sector servicios. Ésta, la regla integrada aludida, como se ha desarrollado precedentemente responde a la solución inspirada en el principio protector y especialmente en la proyección de la norma más favorable que no solo integra el principio del art. 53 de la Carta sino también se halla expresamente incorporado al art. 19 numeral 8 de la Constitución de la OIT.

Las fuentes que compiten por su aplicación son la regla convencional señalada (cláusula 8va del convenio colectivo tripartito) y la ley representada en el caso por el Dec. Ley 14.320. La negociación colectiva se encuentra limitada a las áreas no reguladas por la fuente heterónoma de orden público,

o aun estando reguladas si la regla convencional es más favorable (Raso Delgue, Juan. 'Principio de irrenunciabilidad' en Veintitrés Estudios sobre Fuentes del Derecho del Trabajo. AA.VV. pág. 315. Rivas Ana Gabriela. 'Tiempo de trabajo en la forestación. Tiempo in itinere a la luz de la nueva normativa vigente' RDL, N° 252, pág. 696).

En tal sentido, no basta para entender legítimo el producto de la negociación colectiva tripartita que se hubiera pactado por representantes no impugnados de los sectores profesionales y del Poder Ejecutivo, sino que además de ello, siempre, debe respetar el orden público.

Entonces, mal puede decirse que no hay vacío porque está regulado por el convenio colectivo tripartito alcanzado en el Consejo de Salario en el año 2013, cuando, eso es justamente lo que está cuestionado: si es posible incorporar el convenio a la regulación del descanso semanal de los vigilantes. Y ello solo será posible de concluir que este no violenta el orden público. Lo que supone, razonablemente, resolver primero, cuál sería el orden público aplicable para recién poder ingresar en su cotejo con la norma convencional.

Lo que significa que la aprobación del convenio colectivo del año 2013 no viene

a solucionar el problema que existía antes que consistía en adoptar un régimen entre los dos posibles y previstos: el de la industria y el del comercio. Habiéndose adoptado el del comercio para el sector servicios -y por ende a los vigilantes-...'

'Y las razones para aplicar el régimen del comercio a los servicios, adoptadas como criterio de la Sala, no resultan en nada afectadas por el convenio colectivo multicitado'. 'Se ve desplazado el régimen correspondiente a la industria establecido por la ley 7.318 y también el establecido por el convenio colectivo del año 2013.

Como expresa Rosenbaum, la ley determina niveles mínimos que tan solo admiten el sobrepajamiento 'in melius', esto es, la superación ascendente o en elevación de los beneficios por ella reconocidos. De allí que la negociación colectiva deba transcurrir por andariveles limitados: sus soluciones no podrán sino superar o al menos mantener los estándares legalmente estipulados, y citando a Camerlynk y Lyon-Caen, señala que 'la ley no es sino la base del convenio colectivo' ('La determinación de la norma más favorable' ponencia oficial al X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo I, Montevideo, 1989).

De allí que la regla

convencional que marca un descanso semanal de veinticuatro horas se ve desplazada por la solución integrada que consiste en la aplicación del régimen del Dec.ley 14.320 más favorable por cuanto pauta un descanso semanal de treinta y seis horas de descanso.

Debe decirse que la interpretación que plantea la Sala atiende adecuadamente el principio de progresividad y el de protección del trabajo que operan desplazando otras fuentes normativas desprotectoras. Finalmente también que, pretender validar la costumbre laboral de la empleadora al respecto porque fue recogida en la norma convencional, supone confundir el ser con el deber ser.

Toda la fundamentación expresada que sostiene la norma que la hermenéutica crea ante la ausencia de disposición normativa expresa -utilizando términos de Riccardo Guastini- gira en torno al 'principio solar del Derecho del Trabajo' la norma más favorable, que para unos deriva del art. 53 que declara al trabajo bajo la 'protección' especial de la ley (Plá Rodríguez, A, 'Los principios del Derecho del Trabajo'. pág. 45); y otros que sostienen que provienen de la incorporación de las reglas de la conservación de las condiciones más favorables y del sobrepujamiento, por imperio de la ratificación de la Carta de la O.I.T., en la que se estipulan dichos enunciados (art. 19, núm.

8°.) (Barbagelata, H., *Derecho del Trabajo*, Montevideo, F.C.U., 1978, vol. I, pág. 84)' (sentencia individualizada como SEF-0012-000244/2015).

Pues bien, excedido el régimen de 44 horas semanales de trabajo, establecido por normativa de rango legal heterónoma y de orden público laboral, corresponde concluir que la cláusula 8 del Convenio Colectivo de fecha 26 de noviembre de 2013, es, en el específico punto en debate, absolutamente nula, así como que, por tratarse de un vicio manifiesto, la Corte se encuentra emplazada en una situación jurídica de poder-deber en lo que a su relevamiento de oficio refiere (art. 1561 del Código Civil, art. 24 núm. 9 del C.G.P. y art. 5 de la Ley 15.750).

En suma, una vez establecido el cuadro normativo de la controversia y relevada la nulidad multicitada, resta únicamente amparar el recurso en estudio, anular la decisión impugnada y, en su lugar, mantener firme la condena de primera instancia".

Por su parte, en igual senda, señala la Sra. Ministra Dra. Doris Morales que al integrar el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno siempre entendió -en aplicación del principio protector, y especialmente de la regla de la norma más favorable- que existiendo varias soluciones

debe primar la del Decreto-Ley No. 14.320.

Tal como se concluyó en la sentencia No. 71/2021 (entre muchas otras) cuando dicha Ministra integró el mencionado Tribunal: *"La Sala ha entendido que en aplicación del principio protector y especialmente la regla de la norma más favorable, que permite concluir que existiendo varias soluciones legales a un mismo hecho, deberá aplicarse aquella más favorable al trabajador (Plá Rodríguez, Los principios del D. del Trabajo, Pág. 100), que en la especie es la que establece el tiempo de descanso en la actividad comercial, es decir ocho horas diarias de labor y treinta seis de descanso semanal (Conf. Sent. 20/2008 de 18 de febrero de 2008).*

El régimen de la industria está regulado por las leyes 5.350 y 7.318 y el CIT N° 1 y establece ocho horas diarias de trabajo y cuarenta y ocho horas semanales de labor y un descanso de veinticuatro horas y el del comercio, está regulado por el decreto ley 14.320 y CIT N° 30, y es de ocho horas diarias de labor y cuarenta y cuatro semanales, con un descanso semanal de treinta y seis horas consecutivas.

En ese contexto el Decreto del 29 de octubre de 1957 delimitó los conceptos de comercio y de industria, estableciendo que la actividad comercial consiste en la compraventa de mercaderías sin

efectuar transformaciones de las mismas para aumentar su valor (Art. 33) y la industrial es definida en términos generales, luego de enumerar casos específicos, como 'aquellos establecimientos que dedican su actividad a adquirir mercaderías para transformarlas y darles mayor valor' (Art. 18, literal E).

De esas normas surge una clara omisión en cuanto a indicar cuál era el régimen en los casos del sector servicios, de pronto ello derivado de que en los años en que esas normas se dictaron, este sector no tenía el desarrollo actual, por lo que no se consideró una omisión, sino que todos los casos de hecho podían subsumirse en esa regla dicotómica.

De acuerdo a lo que viene de decirse, existe un vacío legal que da lugar a un proceso de integración de las normas a los efectos de determinar cuál de las señaladas es la que regula este tercer supuesto.

Y en este supuesto el Tribunal ya ha asumido posición, como se señaló antes, en cuanto a cómo proceder en casos como el de autos y es a través de la aplicación del principio protector y una de sus manifestaciones, es decir el principio de la norma más favorable (Sentencia 20/2008 del 18 de febrero de 2008).

Y con respecto a esas

reglas, en la sentencia señalada se dijo 'la regla de la norma más favorable refiere a que, para resolver una situación de hecho, el derecho ofrezca varias soluciones, todas aplicables y sienta el principio de que corresponderá aplicar aquella más favorable al trabajador (Plá Rodríguez, Américo, Los principios de D. del Trabajo, Pág. 100). Regla que, además de integrar el principio protector reconocido en la Carta (Art. 54), integra la técnica hermenéutica vinculada a la aplicación de los instrumentos que reconocen derechos fundamentales como los que están en juego en el debate que se analiza (Ermida, Oscar en Derechos humanos laborales en el Derecho positivo uruguayo en Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay, OIT, Pág. 11)'.

El vacío legal, llama a aplicar una u otra disposición, que constituyen la normativa legal ofrecida por nuestro ordenamiento legal y de acuerdo a lo señalado, esa labor determina a aplicar el régimen legal previsto para el comercio, es decir la ley 14.320, que como se dijo determina un descanso semanal de treinta y seis horas.

La falta de reglamentación legal del descanso semanal, no puede determinar la ausencia de ese derecho, en la medida que éste

constituye un derecho fundamental reconocido por el artículo 54 de la Constitución, por lo que surgiendo un supuesto de integración deberán tomarse en cuenta las normas de fundamento análogo, tal como dispone el artículo 332 de la Constitución, normas que son más de una, como se ha señalado precedente, por lo que, aplicando el principio protector deberá optarse por la más favorable, que es la del sector comercio.

No se coincide con el criterio que Castello (Régimen de descanso semanal aplicable a los servicios, Rev. de D. Laboral, T. XLIV, N° 204, Pág. 850 y siguientes), en cuanto a que 'a diferencia de algunas de las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales consignadas en esa nota, entendemos que se excluyen del ámbito de aplicación del decreto ley 14.320 todos los establecimientos y actividades que no brinden servicios con fines lucrativos o 'comerciales', en el sentido amplio de la expresión'.

No obstante lo atinado que puede resultar el razonamiento expuesto, no se comparte, en la medida que el criterio que se ha sustentado para aplicar la norma más favorable, es precisamente la ausencia de norma expresa que regule el punto, por lo cual, siendo así, la que, en definitiva, se hace aplicable, no puede ser analizada otra vez para descartar algún supuesto, pues para que ello sucediera,

debería partirse de la base que es una norma regulatoria y no una norma aplicada en función de aquél criterio.

Buscar una desaplicación de la norma para algunos supuestos, es factible en la tesitura del autor citado, puesto que sostiene que 'no es necesario acudir al principio protector en sus reglas de la norma más favorable o in dubbio pro operario, para sostener que debe aplicarse el decreto ley 14.320. La aplicación del régimen de semana inglesa deriva directamente de la interpretación lógico sistemática de los términos de la norma mencionada' (Rev. D. Laboral, T. XLIV, n° 204, Pág. 882), pero no sucede lo mismo, en la postura asumida por la Sala, según los términos ya expuestos.

Lo que viene de decirse recibe confirmación en lo expresado por la Suprema Corte de Justicia, en cuanto a que 'el artículo 1 de esta ley (7.318), que regula el ámbito de aplicación, definió a qué trabajadores abarcaba mediante la técnica de referir a la naturaleza del establecimiento en donde aquellos prestaran sus servicios. Y mencionó, únicamente, dos tipos de establecimientos: los industriales y los comerciales, agregando luego: 'cualquiera que sea la naturaleza del establecimiento, público o privado, laico o religioso, aunque tenga un carácter de enseñanza profesional o de beneficencia' (Sentencia 286 de 4 de

noviembre de 2015)''.

Por último, señala la Sra. Ministra Dra. Doris Morales que no comparte la interpretación que efectúa la demandada con relación al contenido de los convenios colectivos celebrados. En tal sentido, sostuvo en su voto: *"Si bien la lectura parcial del convenio colectivo, podría hacer considerar que asiste razón a la interpretación propugnada por la accionada, ello no es así, en tanto aun cuando la cláusula respectiva dice que todos los trabajadores pasarán a ser mensuales 'manteniéndole el régimen semanal actual de seis días de labor por ocho horas, por un día de descanso tomando como base de cálculo del salario resultante 200 horas mensuales, para los trabajadores que realicen el régimen antes mencionado', su interpretación no permite concluir que se haya acordado la vigencia del régimen de descanso semanal de un día, por lo que, en el entendido que el régimen a aplicar es el de la ley 14.320, tal como se dijo al inicio y por tanto, no podía existir un acuerdo que descartara la aplicación de una norma más favorable, no siendo admisible que a través de la negociación colectiva se vulneren los beneficios otorgados por las normas aplicables, salvo que se otorgue un beneficio superior. Tampoco la mención a una futura reducción de la carga horario a que refiere el convenio de 2017,*

tiene la consecuencia pretendida, en tanto tal mención solo permite vislumbrar que adaptarán la norma colectiva a las normas legales vigentes y aplicables. A su vez, el ajuste salarial previsto a partir del 1ero de enero de 2020, solo obra por regular el régimen de trabajo para el futuro, sin perjuicio de que la afirmación en cuanto a que la organización sindical que lo suscribe 'considera que el régimen de descanso que se establece es un régimen de descanso notoriamente más favorable para los trabajadores del sector...', solo puede entenderse como una afirmación de que el régimen anterior no era favorable, a la vez que no justifica al régimen anterior como apegado a la norma legal, dado que el contenido del nuevo régimen es coincidente con el propugnado por el actor. Aun lo señalado, el régimen acordado para el futuro, no dota de validez al anteriormente utilizado, sin perjuicio de que la interpretación de las nuevas condiciones, puede también ser desfavorable con relación a considerar válido y ajustado a derecho el anterior, en la medida que se reconoce que un régimen de 44 horas semanales, resulta ser más favorable, de lo que deriva que el anterior no lo era".

En definitiva, por unanimidad de pareceres, concluye la Corte que corresponde acoger el agravio y, en tal sentido, se casará la

sentencia en cuanto rechazó el rubro descanso semanal y procederá a condenar a la demandada al pago del mismo.

V.- En cuanto a la liquidación, se estará a la formulada por la parte demandada con la salvedad de que no se podrá descontar el período que se narra como comprendido en la cosa juzgada, pues dicha excepción fue desestimada en ambas instancias y, en cuanto al lapso del reclamo, deberá estarse al período que no quedó comprendido en la prescripción, tal como fuere determinado en la instancia.

VI.- La correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (artículo 688 del Código Civil y artículos 56.1 y 279 del CGP).

Por los fundamentos expuestos y en atención a lo establecido en los artículos 268 y concordantes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

ACÓGESE EN PARTE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO POR LA PARTE ACTORA Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA RECURRIDA ÚNICAMENTE EN CUANTO DESESTIMÓ EL RECLAMO POR DESCANSOS SEMANALES Y, EN SU LUGAR, SE CONDENA A LA DEMANDADA A ABONAR A LOS ACTORES LOS DESCANSOS SEMANALES TRABAJADOS CONFORME PARÁMETROS

SEÑALADOS EN EL CONSIDERANDO V.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN

PROCESAL.

FÍJANSE LOS HONORARIOS FICTOS

EN 20 BPC.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO,

PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.