

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JULIO CESAR CHALAR

Montevideo, veintinueve de setiembre de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "PLA REGULES, AMERICO C/ EL PAIS S.A. - DEMANDA LABORAL - CASACION", IUE: 2-30246/2013; en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora.

RESULTA QUE:

1) El Sr. Américo Plá Regules, se presentó ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 18o. Turno, promoviendo demanda laboral contra El País S.A. (fs. 75 y ss.).

Básicamente, expresó:

- Que ingresó a trabajar para la demandada el 16 de abril de 2002, desempeñándose como fotógrafo de la., con un horario de 7 horas diarias, seis días a la semana. Al cese de la relación recibía un salario de \$17.560,97.

- La desvinculación de las partes se produjo por despido el 21 de noviembre de 2012.

- El 18 de enero de 2013, ante el M.T.S.S., se le abonó la liquidación por egreso que era debida, excepto las horas extra por guardias a la orden y la incidencia de ello en los demás rubros.

- "El origen de este reclamo radica en que yo, a diferencia de todos los demás fotógrafos del diario, luego de cumplir mi jornada de 7 horas, debía cumplir una guardia a la orden y quedaba a disposición de El País hasta las 8.00 de la mañana del día siguiente, hora en que entraba el primer Turno de fotógrafos.

(...)

... la demandada sólo me abonaba en caso de que me llamaran, y exclusivamente las horas que insumiera la tarea" (fs. 75 vto.).

- Reclama los siguientes rubros: horas extra, incidencias en salario vacacional e IPD, daños y perjuicios y multa, todo por un total de \$2.983.702.

2) El Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 18o. Turno, mediante Sentencia No. 48, dictada el 6 de noviembre de 2013, dispuso:

"Acógese la demanda y en su mérito condénase a la demandada 'El País S.A.' a pagar al actor Américo Plá Regules la suma de \$2.712.456 (pesos uruguayos dos millones setecientos doce mil cuatrocientos cincuenta y seis) más el 10% por concepto de multa prevista por el art. 29 de la Ley No. 18.572, la que deberá adicionarse a partir del 28/10/2009, más reajustes e intereses hasta su efectivo pago..." (fs. 200/207 vto.).

3) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2o. Turno. Dicha Sala, por Sentencia identificada DFA 0013-000140/2014 SEF 0013-000109/2014, dictada el 23 de abril de 2014, dispuso:

"Revócase la sentencia apelada y en su mérito desestímase la demanda..." (fs. 255/258).

4) El representante del actor interpuso recurso de casación. Luego de justificar la procedencia formal del medio impugnativo, expresó agravios en los siguientes términos:

- El Tribunal ha incurrido en errónea aplicación de lo establecido en el artículo 1o. de la Ley No. 15.996 y artículo 17 del Código Civil.

- En la medida que durante las guardias el actor estaba a disposición de su patrono o superior jerárquico, dicho tiempo debe considerarse como trabajo efectivo.

En el fallo recurrido se señala -aunque sin mayor fundamentación- que en las guardias no existe un desgaste adicional que justifique el incremento remuneratorio, siendo que el incremento remuneratorio para las horas extra está previsto para compensar el desgaste adicional por la prestación de un esfuerzo mayor.

El Tribunal de Apelaciones introduce una distinción donde la Ley de horas extra no lo hace al exigir que ellas impliquen un desgaste adicional y un esfuerzo mayor. Ello implica tergiversar el sentido de los términos y contradice abiertamente lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil, el que establece que cuando el sentido es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

- "...considerar las horas de las guardias de retén como trabajo efectivo pero no como hora extra -en caso de exceder la jornada legal o convencional- constituye una clara infracción en la aplicación del derecho" (fs. 265).

- "...la recurrida hace caudal de alguna sentencia que refiere a casos de funcionarios del sector Salud, donde los Laudos respectivos expresamente prevén para muchos cargos no sólo guardias en policlínica sino también guardias de retén...

Claramente no es el caso de autos. En la especie se trata de un diario, en cuyo laudo no están previstas las guardias de retén..." (fs. 265 y vto.).

- Otro error en que incurre la Sala es desconocer e ignorar la vigencia y aplicación del Principio de Irrenunciabilidad al sostener que la pretensión del actor violenta la teoría de los actos propios.

El Tribunal no toma en cuenta el carácter irrenunciable de los derechos laborales, así como el carácter imperativo y de orden público de la mayoría de sus normas, como sin dudas lo es, en la especie, de acuerdo al artículo 9 de la Ley No. 15.996, el de la limitación de la jornada.

En definitiva, solicita se case la recurrida y se haga lugar a la demanda de autos.

5) Los representantes de la demandada evacuaron el traslado del recurso de casación en los términos que lucen de fs. 272 a 281, solicitando se desestime el mismo, confirmando la Sentencia Definitiva de Segunda Instancia.

6) Por Interlocutoria del 4 de junio de 2014, el Tribunal dispuso conceder el recurso y elevar las actuaciones para ante la Suprema Corte de Justicia, donde fueron recibidas el día 6 de junio de 2014 (Cfme. nota de fs. 288).

7) Por Auto No. 1.212, del 18 de junio de 2014 la Corporación resolvió: "Pasen a estudio y autos para sentencia" (fs. 289 vto.).

SE CONSIDERA QUE:

1) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus miembros naturales, entiende que asiste parcialmente razón al actor aquí recurrente, en tanto sí corresponde el pago de las horas desempeñadas por guardias, mas no deben éstas

ser abonadas como horas extra, sino como horas simples, conforme los argumentos que siguen.

2) La Suprema Corte de Justicia ha señalado que 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). En el presente caso, se trata de la primera de las hipótesis: cumplimiento de permanencia a la orden o guardia de retén en su domicilio.

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 art. 6 del Decreto reglamentario de la Ley No. 5.350 de 20/10/57'.

'El referido art. 6 del decreto del 29/10/57, 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. Y la Suprema Corte de Justicia ha señalado que estar a la orden implica el ejercicio del poder jurídico del empleador respecto de la actividad del trabajador, significa estar por parte del trabajador a las reglas que imparta el empleador, recibir sus directivas y estar sometido a su vigilancia durante la prestación de las tareas que

cumple. Circunstancias todas ellas, integrantes del concepto de subordinación' (Cf. Sentencia No. 867/1996 de la Corporación).

Lo que mayores dudas ha generado en la doctrina y en la jurisprudencia es la determinación del modo y del monto de la remuneración que se le debe abonar al guardia de retén. En efecto, existen distintas opiniones en torno a cómo deben retribuirse: si como horas extra, como descansos trabajados o como trabajo efectivamente cumplido.

El actor sostuvo que, en su opinión, el tiempo que estuvo como guardia de retén debía pagársele como trabajo extraordinario...

En la especie, resultó probado que el actor realizó trabajo efectivo (en el sentido estricto de la palabra) durante el tiempo que permaneció a la orden como guardia de retén..."

3) Como surge de la sentencia recién citada, 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 transcripta, se plantearon tres hipótesis: como horas extra, como descansos intermedios, o como trabajo efectivamente cumplido -como hora simple-. A ésta última hipótesis se afilia la Corporación (salvo: (i) los casos en que además de estar a la orden, el trabajador preste efectivamente funciones; ó, (ii) casos en que el trabajador cumpla la guardia de retén en el lugar de trabajo (no en su domicilio).

En el presente caso, el trabajador reclamó el pago por horas de trabajo correspondientes a guardias de retén cumplidas en su domicilio, sin que hubiera prestado efectivamente funciones durante las mismas. Esto está tan claramente acreditado, que en su liquidación se descuentan los pagos que la parte demandada efectuó por concepto de horas extra, en aquellas oportunidades en que el actor -estando de guardia de retén- debió prestar efectivamente funciones.

La mayoría que concurre al dictado de la presente sentencia no comparte con el Tribunal actuante que las horas por concepto de guardia de retén se hayan remunerado, o que se haya pactado su remuneración mediante el pago de horas extra por aquellas en las que efectivamente el actor cumplió funciones. Ello surge de apreciar los recibos de sueldo agregados de fs. 8 a 66, en los que figura el pago de "Extras" siempre variables, correspondientes entonces a la remuneración específica de aquellos casos en los que el actor tuvo que desempeñar funciones durante las horas de guardia, pero no surge rubro fijo por el que se remuneren todas las horas de permanencia a la orden durante el mes, por lo que corresponde el reclamo impetrado, con las incidencias correspondientes, pero liquidando el valor de la hora como simple, y no como extra, por los fundamentos ya expresados supra.

En consecuencia, debe irse al dispositivo anunciado.

4) La conducta procesal de las partes ha sido correcta, por lo cual no existe mérito para especial condena procesal.

Por los fundamentos expresados, y lo dispuesto en los artículos 268 y siguientes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

ANULASE LA SENTENCIA RECURRIDA, Y, EN SU MERITO, CONDENASE A LA PARTE DEMANDADA AL PAGO DEL 50% DE LOS RUBROS LIQUIDADOS EN PRIMERA INSTANCIA; SIN ESPECIAL CONDENACION.

PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUELVA.

DR. JORGE RUIBAL DISCORDE: por cuanto entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación.

En efecto, en mi criterio, el trabajo cumplido se pagó de acuerdo a lo acordado con el empleador (como hora extra) y, durante los más de 10 años que duró la relación laboral no se efectuó reclamo alguno.

Resultan de aplicación, "mutatis mutandi" las consideraciones desarrolladas con anterioridad, en cuanto: "...si la relación laboral desde su origen rigió por un determinado régimen legal, que innegablemente el actor conocía y aceptó, no corresponde que ante la crisis económica de público conocimiento que transita el estado español, pretenda que se le paguen los incrementos salariales de un régimen que no le resulta aplicable".

"Dicho comportamiento si bien no condice con el resto de la prueba agregada, sí se ajusta a la teoría del acto propio, pues como lo señaló Gelsi, la doctrina del acto propio (venire contra factum proprium) se sustenta en la incoherencia o incongruencia de la conducta de un sujeto respecto de anteriores comportamientos, verificándose incompatibilidad por contradicción entre las mismas (Rev. Jur. Estudiantil No. 5, págs. 11 y ss.)".

"El autor de la cita transcribe a Morillo, postulando la aplicación del principio en supuestos en que un sujeto de derecho intenta verse favorecido en un proceso judicial, asumiendo una conducta que contradice otra que le precede en el tiempo, por cuanto la conducta incoherente contraria al ordenamiento jurídico, debiendo descalificarse la contradicción con la conducta propia y previa. La Teoría del acto propio aplica el valor justicia, por cuanto realizada determinada conducta que lleva al convencimiento de los demás de que será permanente, no corresponde, de manera abrupta, introducir un cambio en aquélla en perjuicio del sujeto que, sobre tales bases, se relacionaba con el sujeto activo".

"A su vez, Gelsi Bidart convocó adicionalmente, como sustractum de la recepción de la teoría del acto propio el principio de la razonabilidad de las normas y el principio de la buena fe (op. cit. págs. 14-16), concluyendo que la teoría postula una conducta congruente o coherente de cada sujeto frente a quienes se relacionan con él, en consecuencia, el rechazo de actitudes contradictorias con los precedentes previos, en la medida en que éstos sean síntomas eficaces de un modo determinado de comportamiento" (Sentencia No. 2.439/2010).

"Y esa fue la conducta en que incurrió el actor, quien promovió un reclamo ante la justicia laboral que obviamente no le correspondía... lo que sin duda vulnera el principio de buena fe, no pudiendo por tanto aplicarse el principio protector u otro que lo favorezca".

En definitiva, como ha señalado esta Corporación: "En todo caso, si se trata de la aplicación del principio constitucional de la buena fe, del cual el 'verwinkung' o retraso desleal del ejercicio de la acción constituye una concreción en el ámbito de la ejecución de las obligaciones, conforma un fuerte indicio contrario a la fundabilidad de la pretensión el hecho de que transcurrieron largos años de ejecución del convenio sin que los hoy

demandantes iniciaran acción alguna. Así lo indica el Dr. Garmendia en su consulta, cuando señaló que: 'Durante más de veinte años los Agentes Guardahilos no invocaron jamás su presunta condición de trabajadores dependientes, lo que representa un dato insoslayable de la realidad y fundamental para comprender de qué forma fue percibida la realidad por sus propios protagonistas'...".

(...)

(...)

"En este caso ninguna consideración de justicia sustancial puede inclinar la decisión hacia el acogimiento del reclamo: los accionantes, en pleno ejercicio de su autonomía de voluntad sabían perfectamente los términos de su vinculación contractual al Ente demandado, que en lo sustancial, se mantuvo durante largos años sin que se formulara reclamo alguno al respecto" (Cf. Sentencia No. 6/2010).

DR. JORGE CHEDIAK DISCORDE: Por cuanto entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto, sin especial condenación, por los siguientes fundamentos:

I) Previo al ingreso del estudio de la impugnación entiendo del caso señalar que teniendo en cuenta el salario bruto del actor al momento del egreso, esto es \$17.560,97 (cfme. dichos del actor a fs. 75 y liquidación de fs. 6), la condena dispuesta en primera instancia, esto es \$2.712.456, equivale a 154,45 mensualidades, lo que es lo mismo 12,87 años de labor del actor.

Visto desde otro punto de vista, el actor trabajó para la demandada durante 10 años y 7 meses y al retiro se le abonaría el equivalente a casi 13 años de labor.

II) Surge de la causa que el Sr. Plá Regules ingresó a trabajar para la accionada el 16/IV/2002, desempeñándose como fotógrafo de la., con una jornada de 7 horas diarias, seis días a la semana. Al cese de la relación recibía un salario mensual de \$17.560,97. La desvinculación de las partes se produjo por despido el 21/XI/2012.

El 18/I/2013, ante el M.T.S.S., se le abonó la liquidación por egreso que era debida, quedando fuera del acuerdo el reclamo por trabajo extraordinario e incidencias en los demás rubros, lo cual constituye el objeto del reclamo movilizado in folios.

También surge acreditado en el subexamine, mediante la documental incorporada en fs. 8 a 67 y 114 a 152, que cuando el empleador requería al actor la realización de trabajo en horario extraordinario le abonaba horas extra, conforme la legislación vigente.

Corresponde tener presente que, conforme a la prueba recibida en la causa, los requerimientos del empleador para que el accionante realizara tareas extraordinarias era excepcional (y se le pagaba). Ello surge de la declaración de los testigos: (a) Sr. Gomensoro - "no pasaba mucho" (fs. 167 vto.), consultado si sabe cuantas veces se llamó a Plá por una emergencia en la noche, constató "pocas, dos o tres veces, no era frecuente..." (fs. 168); (b) Sr. Fernández, interrogado si era usual que se llamara en la noche al Sr. Plá, contestó "no" (fs. 168 vto.), y más adelante se le consultó si tuviera que establecer algún número de las veces que se lo llamó en la madrugada por un evento imprevisto, de que número estaríamos hablando, contestó "dos o tres por año" (fs. 169); (c) Sr. Rodríguez, "fuera del horario laboral era muy pocas veces al año" (fs. 173), requerido por la parte demandada acerca del número de veces al año en que eventos extraordinarios

hicieron necesaria la presencia del Sr. Plá, contestó "cuatro veces mas o menos" (fs. 173); (d) Sr. Marotta: "podían ser 4, 5 o 6 veces que se lo llamaba" (fs. 174); (e) en el mismo sentido el Sr. Pérez Paladino respondió "4, 5 o 6 veces al año" (fs. 175 vto.).

Cabe señalar que las horas extra que lucen en los recibos referidos supra, no significan que cada una de ellas correspondan a llamados del empleador para cubrir un evento extraordinario. Por el contrario, también surge de autos que la mayoría de esos pagos responden a extensiones normales de la jornada laboral que se producía cuando el actor en su horario habitual se encontraba haciendo una cobertura periodística y ésta se extendía más allá de su horario de trabajo habitual, por lo que simplemente ampliaba su labor hasta la culminación del evento o entrevista en cuestión.

III) En ese marco fáctico, no percibo que la Sala hubiera infringido ninguna de las reglas de derecho que denuncia el recurrente (artículo 10. de la Ley No. 15.996 y artículo 17 del Código Civil) ni desconocido el principio de irrenunciabilidad.

En mi criterio, acierta el Tribunal al expresar:

"En el caso de autos la accionada pagó las horas trabajadas en las guardias de retén en la forma acordada con el trabajador.

Es posición sostenida por este Tribunal en situaciones similares que la guardia de retén no genera el pago de horas extra, mientras se realiza otra actividad o se descansa no se está trabajando. Es habitual que las partes acuerden la forma de retribución de esta situación, con una retribución suplementaria, o como en el caso de autos con el pago de las horas efectivamente trabajadas abonadas como horas extra, o sea el valor de la hora trabajada en forma doble, lo cual no significa que todo el tiempo deba ser retribuido como tal" (fs. 257).

IV) Además -siguiendo también a la Sala- entiendo que en la situación subexamine, no puede soslayarse el hecho de que durante los más de 10 años que duró la relación laboral el actor no hubiera efectuado reclamo alguno en relación al punto.

Con las naturales adecuaciones resulta trasladable lo expresado por la Corte en Sentencia No. 493/2013:

"No se trata de desconocer lo dispuesto en la normativa en cuanto al derecho al descanso -aun para el personal jerárquico-, sino que, en aplicación del principio de razonabilidad, resulta sorprendente que el actor nunca haya descansado durante 20 años y sin embargo, no haya realizado el correspondiente reclamo.

(...)

Dicho comportamiento se ajusta a la teoría del acto propio, pues como señaló la Corporación en Sentencia No. 2439/2010: 'En cuanto a la aplicación de dicha teoría, la Corte, en Sentencia No. 706/098 ha señalado que: 'Como sostiene Gelsi (Rev. Jur. Estudiantil No. 5, págs. 11 y ss.), la doctrina del acto propio (venire contra factum proprium) se sustenta en la incoherencia o incongruencia de la conducta de un sujeto respecto de anteriores comportamientos, verificándose incompatibilidad por contradicción entre las mismas''.

'El autor de la cita transcribe a Morillo, postulando la aplicación del principio en supuestos en que un sujeto de derecho intenta verse favorecido en un proceso judicial, asumiendo una conducta que contradice otra que le precede en el tiempo, por cuanto la conducta incoherente contraria al

ordenamiento jurídico, debiendo descalificarse la contradicción con la conducta propia y previa. La Teoría del acto propio aplica el valor justicia, por cuanto realizada determinada conducta que lleva al convencimiento de los demás de que será permanente, no corresponde, de manera abrupta, introducir un cambio en aquélla en perjuicio del sujeto que, sobre tales bases, se relacionaba con el sujeto activo.

Gelsi Bidart convoca adicionalmente, como sustractum de la recepción de la teoría del acto propio el principio de la razonabilidad de las normas y el principio de la buena fe (op. cit. págs. 14-16), concluyendo que la teoría postula una conducta congruente o coherente de cada sujeto frente a quienes se relacionan con él, en consecuencia, el rechazo de actitudes contradictorias con los precedentes previos, en la medida en que éstos sean síntomas eficaces de un modo determinado de comportamiento'.

Además, corresponde recordar lo expresado por la Corte en Sentencia No. 6/2010: '... se trata de la aplicación del principio constitucional de la buena fe, del cual el 'verwinkung' o retraso desleal del ejercicio de la acción constituye una concreción en el ámbito de la ejecución de las obligaciones, conforma un fuerte indicio contrario a la fundabilidad de la pretensión el hecho de que transcurrieron largos años de ejecución del convenio sin que los hoy demandantes iniciaran acción alguna. Así lo indica el Dr. Garmendia en su consulta, cuando señaló que: 'Durante más de veinte años los Agentes Guardahilos no invocaron jamás su presunta condición de trabajadores dependientes, lo que representa un dato insoslayable de la realidad y fundamental para comprender de qué forma fue percibida la realidad por sus propios protagonistas'...'".

V) Finalmente, entiendo del caso señalar lo siguiente.

En la presente decisión se dispone casar la atacada y condenar a la accionada a abonar al actor el 50% de lo dispuesto en primera instancia. Para llegar a tal decisión, se aplican al promotor las soluciones adoptadas por la Corporación en los casos de funcionarios de la Salud que realizan "guardias de retén".

En mi criterio, en autos no puede aplicarse el régimen referido en razón de que en casación el actor expresamente excluyó la posibilidad de que se asimile su situación a la de quienes realizan guardias de retén en el ámbito de la Salud. Así dijo:

"...la recurrida hace caudal de alguna sentencia que refiere a casos de funcionarios del sector Salud, donde los Laudos respectivos expresamente prevén para muchos cargos no sólo guardias en policlínica sino también guardias de retén...

Claramente no es el caso de autos. En la especie se trata de un diario, en cuyo laudo no están previstas las guardias de retén..." (fs. 265 y vto., el destaque me pertenece).