

//tencia No.1580

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ

Montevideo, veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **"DÍAZ GONZÁLEZ, MÓNICA C/ COMISIÓN DE APOYO DE SERVICIOS ASISTENCIALES DE A.S.S.E. UNIDAD EJECUTORA 068 - DEMANDA LABORAL - CASACIÓN"**, IUE: **2-61930/2016**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la demandada, contra la Sentencia Definitiva DFA-0014-000308/2018 SEF-0014-000208/2018, dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er. Turno, el día 16 de mayo de 2018.

RESULTANDO:

I) En autos tramita un proceso laboral iniciado por la Sra. Mónica Victoria Díaz González contra la Comisión de Apoyo de Proyectos Asistenciales Especiales de A.S.S.E.

II) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 54/2017, dictada el día 4 de setiembre de 2017, el Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 18vo. Turno, falló: *"Ampárase la demanda y en su mérito condénase a la demandada Comisión de Apoyo de Proyectos Asistenciales Especiales de la Unidad Ejecutora 068 de ASSE a pagar a la actora Mónica Díaz*

Gonzáles por concepto de diferencias de salario, prima por presentismo y prima por antigüedad e incidencias, la suma que deberá reliquidarse según las consideraciones realizadas en la presente, más la multa prevista en el art. 29 de la Ley No. 18.572 (10%), daños y perjuicios preceptivos (10%), sin perjuicio de los reajustes e intereses legales que se generen desde la fecha de presentación de la demanda hasta su efectivo pago. Sin especial condenación..." (fs. 424-432 vto.).

III) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia DFA-0014-000308/2018 SEF-0014-000208/2018, dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er. Turno, el día 16 de mayo de 2018, se falló:

"Revócase la sentencia definitiva dictada en cuanto al monto de su condena y en su mérito condenase al pago de la diferencia de salario conforme con los términos de la pretensión subsidiaria movilizada en la demanda -sin perjuicio de la reducción al promedio de horas determinado en la contestación a fojas 221- y también al pago de la prima por presentismo acorde con la diferencia salarial recibida, con más los ilíquidos de rigor en la forma establecida por la decisión de primer grado en el fallo de fojas 432 in fine, todo sin particular condena procesal en la presente instancia..." (fs. 462-475).

IV) La sentencia de segunda instancia fue ampliada y aclarada por la providencia identificada como DFA-0014-000346/2018 SEI-0014-000039/2018, de fecha 30 de mayo de 2018.

Por dicho dispositivo, la Sala aclaró que la condena impuesta comprende el pago de horas extra conforme a los términos de la pretensión subsidiaria movilizada, en un promedio de 221 mensuales.

En la parte dispositiva de la resolución del recurso de aclaración y ampliación consignó: *"Amplíase y aclárase la dictada conforme lo explicitado en el numeral IV in fine, condenándose asimismo a la parte demandada la diferencia de horas extra acorde con la determinación establecida.*

A los recursos de aclaración y ampliación interpuestos por la parte demandada: no ha lugar" (fs. 487-489).

V) Contra dicha sentencia, la parte demandada dedujo el recurso de casación en estudio (fs. 494-502 vto.).

En tal sentido, expresó, en síntesis, los siguientes agravios:

a) En su libelo impugnativo, en lo inicial, la recurrente recordó que la sentencia atacada condenó a su mandante a abonar las

primeras 130 horas realizadas como guardia retén como horas comunes y, las que superan dicho número, como horas extra.

Ordenó obtener el valor hora mediante la división del laudo del Técnico Instrumentista Quirúrgico entre el divisor 390 y estableció que, las excedentes (con el tope del promedio de 221 horas), deben abonarse con el 100% de recargo.

Esa decisión judicial supone una infracción en la aplicación del Derecho. Puntualmente, denunció que se emplearon erróneamente los arts. 117 del C.G.P.; 8 de la Ley No. 18.172; Decreto No. 258/987; el Laudo del 65 del ex Grupo 50; el Decreto No. 440/985 y la Ley No. 15.996. También señaló que la sentencia contiene una infracción a las reglas legales de valoración de la prueba.

b) Resulta improcedente la condena al pago de horas extra impuesta, por cuanto deviene de una errónea aplicación del Derecho.

En primer lugar, argumentó que la condena al pago de horas extra resulta ilegítima, porque la sentencia desconoció lo dispuesto en el art. 8 de la Ley No. 18.572, que remite al art. 117.4 del C.G.P. Hizo lugar al reclamo por concepto de horas extra, pese a que la pretensión de condena por dicho

rubro no fue debidamente fundada en la demanda.

En efecto, la actora solicitó la condena al pago, como horas extra, de aquellas que realizó y que superan las 130 mensuales. No justificó porqué procede esa condena de acuerdo a Derecho. Omitió especificar cuál es el fundamento jurídico de su pretensión. Su demanda no contiene ninguna mención a la fuente de ese límite mensual de 130 horas que, una vez sobrepujado, daría lugar al cobro de horas extraordinarias.

Por esa razón, es evidente que se violentaron las normas rituales que imponen la carga de explicitar los fundamentos de hecho y de Derecho que sostienen la pretensión articulada.

En segundo lugar, denunció la aplicación de un límite al tiempo de trabajo por parte del Tribunal del Trabajo, sin fundamentación suficiente. Arguyó que la sentencia de la Sala asume como premisa que el Decreto No. 258/987, al hacer referencia a las 130 horas mensuales, establece una limitación horaria mensual que, de ser superada, daría lugar el cobro de horas extra.

Dicha afirmación no está jurídicamente justificada.

Doctrina y jurisprudencia (en forma unánime) han señalado en relación a los

reclamos de horas extra, que debe tomarse como referencia el límite diario de cada jornada. De otra forma, se llegaría al absurdo de que, en la medida que no se superara el límite por el que aboga la actora (de 130 horas al mes), podría trabajarse 24 horas diarias sin descanso, durante 5 días, sin que se viera vulnerado el límite mensual.

Incluso los artículos 7 del Laudo del 65 y 14 del Decreto No. 440/985, de los que hace caudal la reclamante, aluden a límites diarios y no mensuales. También refiere al límite de la jornada diaria el art. 1º de la Ley de Horas Extra (Ley No. 15.966). En todos los casos en que se establece un límite al tiempo de trabajo, para dar derecho al cobro de horas extra, se hace referencia a un límite diario.

En tercer lugar, indicó que la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia han sostenido que el trabajo retén, en sí mismo, no es pasible de generar trabajo extraordinario. Para las situaciones en que el trabajador cumple las guardias en su domicilio la Corte, en anteriores integraciones, ha entendido que no existe desgaste adicional que justifique su pago como horas extra. La menor remuneración de la guardia de retén respecto de las horas extra, se justifica plenamente por la menor

intensidad de las obligaciones asumidas. Se trata de regímenes de trabajo diferentes. En definitiva, la propia forma de prestar la tarea enerva la posibilidad de generación de horas extra por parte del trabajador guardia retén.

En cuarto lugar, existe un error de Derecho de la Sala cuando ordena estar a la liquidación de horas extra que formuló la reclamante.

Dicha liquidación contiene una ilegítima doble actualización.

La actora tomó, para hacer su liquidación, un único valor de salario hora (el correspondiente al último salario de Técnico Instrumentista a valores de 2016) y reclamó ese salario por todo el período (diciembre de 2011 a noviembre de 2016). Generó de este modo una doble actualización, la del Decreto-Ley No. 14.500 más la actualización normal de los ajustes de los Consejos de Salarios, al manejar un valor actual y no un valor histórico. Tomó un valor hora único de \$59,88 (correspondiente al laudo de enero/junio de 2016), para todo el período. Ese valor lo aplicó al reclamo de los años 2011 a 2016, más la actualización. No puede perderse de vista que el valor hora en el período enero/junio 2012 era de \$38,88 y el Tribunal condenó a \$59,88. Y, sobre ese valor, ordenó aplicar el reajuste del Decreto-Ley No. 14.500.

La no consideración de la liquidación presentada con la contestación de la demanda, realizada a valores históricos y laudados en los Consejos de Salarios, le causa un agravio y un perjuicio injusto.

En otro orden, también en relación con la liquidación, expresó que no resulta jurídicamente justificada la consecuencia que la Sala atribuyó al hecho de no haber presentado una liquidación alternativa sobre el rubro horas extra. Dicho rubro fue controvertido en su totalidad, por lo que no pesaba sobre sí la carga de presentar una liquidación alternativa de un rubro que se estimaba absolutamente improcedente. Indicó que la sentencia colide con lo dispuesto en los arts. 8 y 9 de la Ley No. 18.572.

c) La Sala incurrió en infracciones a las reglas legales de valoración de la prueba, las que la condujeron a imponer la condena por el rubro horas extra.

La sentencia impugnada colide con las reglas en materia de valoración de la prueba, según el baremo de la sana crítica (arts. 140 y 141 del C.G.P.). La Sala arribó a conclusiones probatorias que o bien carecen de respaldo en los elementos probatorios o bien responden a errores en la interpretación de los medios de prueba diligenciados.

Recordó que el Tribunal aseveró que: "...de las probanzas rendidas surge la realización por la demandante de muchas horas presenciales lo que evidencia la justicia de su reclamo".

Dicha conclusión no posee respaldo probatorio alguno.

Es más, la realización de horas presenciales ni siquiera fue alegada por la actora, al punto que en su demanda no detalló siquiera el horario que realizaba. No especificó cuándo comenzaba la guardia y hasta qué hora se extendía. Tampoco alegó que prestaba tareas para otros empleadores (A.S.S.E. y una mutualista privada). Dichas omisiones llevaron a que se destacara que de la demanda, no se desprendía de dónde surgían las horas que se estimaban como extraordinarias y, menos aún, en un número de 280 horas mensuales en promedio.

El único medio probatorio que surge agregado al expediente, referente a las guardias, fue presentado por la actora; es una hoja del Hospital de Treinta y Tres, donde se asumen las guardias. Allí se observa que repartían sus guardias con otro funcionario de apellido Salvarrey, lo cual fue debidamente apreciado por la decisora de primera instancia.

Su jornada se dividía entre un cargo presencial en A.S.S.E de 6 horas, un empleo en una mutualista privada y las guardias para la demandada "Comisión de Apoyo". De las planillas agregadas, no es posible saber qué horario, de los dos turnos consignados, era para A.S.S.E y cuál para la "Comisión de apoyo".

Hizo caudal de los registros que surgen en las planillas agregadas por la actora y dijo que, de esos recibos, surge que trabajaba de guardia retén medio mes, en horarios que variaban de 0:30 a 06:30 y/o 12:30 a 18:00. Durante 2 (dos) días al mes hacía guardias de 0 a 24 horas. Quedó demostrado, con los documentos antes mencionados, que poseía una carga horaria menor a la que surgía incluso de los recibos.

Era inclusive menor al promedio horario al que condenó el Tribunal. A partir de dichos registros, no se observa que la actora haya sobrepujado en algún momento el límite de las 130 horas mensuales prestando tareas. Las horas de disponibilidad pasiva (como lo reconoció la propia sentencia impugnada) no son de trabajo efectivo y, por ende, no deberían ser abonadas con recargo porque no hay desgaste.

Ningún elemento de prueba demuestra la superación del límite de 130 horas por el

que se abogó en la demanda y sobre el que se fundó la condena de horas extra. La actora no se desembarazó de su carga probatoria, en la medida que debía demostrar la extralimitación del tiempo de trabajo que denunció.

En su demanda, se refirió en forma absolutamente genérica a este aspecto. Lo liquidó de una manera antojadiza, para presentar el promedio de 280 horas que, sin base argumental y probatoria, planteó.

En general, se ha entendido que la posibilidad de la realización de horas extra depende de la forma en que se desarrolló el denominado retén, por lo que habrá que estar a la prueba rendida en cada caso concreto para decidir. En el caso, resulta que la actora cumplía el retén fuera de la institución; era llamada ocasionalmente cuando eran requeridos sus servicios. No habiéndose probado la frecuencia de los llamados que podían suceder y que superasen las 130 horas mensuales.

d) La sentencia resulta incongruente al condenar al pago del rubro presentismo, que no fue debidamente reclamado en la demanda.

En primer término, señaló que la condena al pago del rubro presentismo es ilegítima, porque la actora no fundamentó debidamente, al movilizar el recurso de apelación, el agravio por su

rechazo en la sentencia de primera instancia. Se verifica así un incumplimiento con el art. 235.1 del C.G.P.

En segundo lugar, la sentencia adolece de incongruencia porque la actora en su demanda no solicitó en forma una condena por el rubro presentismo, que considere las horas extra. Únicamente presentó una liquidación del dicho rubro tomando en cuenta los valores de su acción principal, donde utilizó un valor hora de \$194,62. Esa valía surgía de dividir el laudo del técnico instrumentista entre 120; esa pretensión fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia.

El rubro presentismo fue reclamado, tanto para la acción principal como para la subsidiaria, a un único valor de \$317.937,31. De esta forma, se advierte que la actora reclamó la condena de este rubro sobre las bases de la acción principal; por ende, al ser rechazada dicha acción, debió repelerse la condena por el rubro presentismo.

La actora no cumplió con lo reclamado por el art. 8 de la Ley No. 18.572, que impone la carga de presentar una liquidación detallada de cada uno de los rubros reclamados. Insistió en que, al haberse omitido realizar una liquidación sobre la base de la pretensión subsidiaria, no corresponde

condena alguna.

En definitiva, pidió que se case la sentencia recurrida en cuanto condena al pago de los rubros horas extra y prima por presentismo.

VI) Sustanciado el recurso (fs. 504) fue evacuado por la actora a fs. 508 y ss.

VII) Franqueado el recurso de casación impetrado (fs. 522), los autos fueron recibidos en este Cuerpo el 1º de agosto de 2018 (fs. 526).

VIII) Por Auto No. 2042/2018, de fecha 6 de agosto de 2018 (fs. 527), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, al término del cual se acordó el presente pronunciamiento en forma legal y oportuna.

IX) Conforme fue dispuesto por Auto No. 2916/2018, de fecha 8 de octubre de 2018 (fs. 532), se procedió a integrar a este Cuerpo recayendo en el Sr. Ministro Dr. Julio Posada (fs. 536).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus miembros, amparará parcialmente el recurso de casación impetrado y, en su mérito, anulará la impugnada en cuanto: a) condena al pago de horas extra y su incidencia en el rubro presentismo, lo cual se desestima y; b) ordena estar a la liquidación de la actora y, en su lugar, se estará a

lo dispuesto en primer grado.

Todo sin especial
condenación procesal.

II) El caso de autos.

En lo que interesa a los efectos de la dilucidación del recurso en examen, corresponde recordar que la actora es una Licenciada en Instrumentación Quirúrgica (Instrumentista), que revista como empleada dependiente de la demandada. Desarrolla su labor en el Block Quirúrgico del Hospital de Treinta y Tres, como Instrumentista "retén".

En su acto de proposición inicial, denunció que el salario hora con que se le retribuye -de \$45,68 (pesos uruguayos cuarenta y cinco con sesenta y ocho centésimos) más partida de "ticket alimentación" (equivalente al 16,48% del salario base)- es inferior al fijado para su categoría.

Por ende, corresponde la condena al pago de las diferencias de salarios generadas.

Añadió que, además de las diferencias de salarios referidas, se le adeudan los rubros presentismo y antigüedad. Tal como surge de los recibos de salarios emitidos por la empleadora, no surge que dichos rubros salariales le hayan sido abonados.

En su demanda, articuló

una pretensión principal y una pretensión subsidiaria.

En su **pretensión Principal**, postuló que resulta de aplicación a su caso la normativa convencional aplicable al colectivo de trabajadores que integran el Grupo No. 15 de los Consejos de Salarios. Allí se establece la retribución de los Licenciados en Instrumentación Quirúrgica. El salario mínimo laudado, a valores de enero de 2016 para un total de 120 horas mensuales, es de \$23.353,81 (pesos uruguayos veintitrés mil trescientos cincuenta y tres con ochenta y un centésimos).

Por ende, el valor hora que debe recibir es de \$195,62 (pesos uruguayos ciento noventa y cinco con sesenta y dos centésimos), que es notoriamente superior al que en los hechos obtiene.

Indicó que corresponde la condena al pago de las diferencias salariales entre el valor hora percibido, de \$53,21 (pesos uruguayos cincuenta y tres con veintiún centésimos) y el laudado para su categoría, de \$195,62 (pesos uruguayos ciento noventa y cinco con sesenta y dos centésimos).

La diferencia reclamada, por cada hora, es de \$141,41 (pesos uruguayos ciento cuarenta y uno con cuarenta y un centésimos).

A su reclamo por diferencias salariales, adicionó la pretensión por los rubros:

i) prima por antigüedad e incidencias; ii) prima por presentismo e incidencias; iii) daños y perjuicios y; iv) multa (art. 29 de la Ley No. 18.572).

El total reclamado, en su pretensión principal, asciende a \$6.281.347,82 (seis millones doscientos ochenta y un mil trescientos cuarenta y siete con ochenta y dos centésimos).

Su **pretensión subsidiaria**, fue estructurada sobre la premisa de que resulte aplicable al caso la normativa del Grupo No. 15 de los Consejos de Salarios que regula el régimen de guardias de retén (Decreto No. 258/987).

En dicha norma reglamentaria, se establece que el valor hora de la guardia de retén debe hallarse dividiendo el sueldo base mensual por el divisor 390. Indicó que, también de acuerdo a dicha normativa, se deben diferencias salariales. El resultado de la operación indicada por el Decreto, arroja un valor hora de \$59,88 (pesos uruguayos cincuenta y nueve con ochenta y ocho centésimos), que es superior al valor hora con que se la retribuye -de \$53,21 (pesos uruguayos cincuenta y tres con veintiún centésimos)-.

Además, tiene derecho al cobro de horas extra por todas las que exceden el número de 130. El Decreto No. 258/987 consagra un límite

horario en 130 horas; por ende, las que superan dicho número, dan derecho al cobro de horas extra.

Las horas trabajadas que superaron las 130 mensuales debieron ser abonadas como horas extra. Sin embargo, fueron abonadas como simples a un monto inferior al laudo (lo que da derecho al cobro de la diferencia salarial reclamada) y sin el recargo correspondiente (lo que da derecho al cobro de las horas extra reclamadas).

El derecho al cobro de horas extra se encuentra consagrado, tanto en la normativa sobre horas extra general (Ley No. 15.996 y su decreto reglamentario), como en la normativa específica (art. 7 del Laudo del 65 del ex Grupo 50 y art. 14 del Decreto No. 440/985). En suma, las horas de guardia de retén corresponde que sean abonadas de acuerdo al valor hora que resulte de dividir el sueldo base mensual entre 390, con el límite mensual de las 130 horas. Las horas que superen las 130, deben ser pagadas como horas extra.

En definitiva, en su pretensión subsidiaria reclamó el pago de los siguientes rubros: i) diferencias de salarios e incidencias; ii) horas extra e incidencias; iii) prima por antigüedad e incidencias; iv) prima por presentismo e incidencias; v) daños y perjuicios y; vi) multa, lo que en total asciende a un total de \$2.340.192,93 (pesos uruguayos

dos millones trescientos cuarenta mil ciento noventa y dos con noventa y tres centésimos).

Tanto en primera como en segunda instancia, la pretensión principal fue desestimada.

Por su parte, la pretensión subsidiaria fue parcialmente amparada por la sentencia de primera instancia, que condenó al pago de los rubros: diferencias de salarios; primas por presentismo y por antigüedad más las incidencias correspondientes, multa y daños y perjuicios preceptivos, debidamente reajustados, con más el interés legal.

La sentencia de segunda instancia, además de los rubros recibidos en primera instancia, amparó el reclamo por el rubro horas extra. Condenó al pago, como horas extra, de aquellas realizadas que superaran las 130 mensuales, hasta el tope de 221 mensuales (equivalente al número de horas que, en promedio, se entendió que realizaba la trabajadora). A su vez, también condenó al pago de la incidencia que, el amparo del rubro horas extra, proyecta sobre el rubro presentismo.

III) La improcedencia de la condena al pago de horas extra por la realización de guardias de retén, así como, de su incidencia sobre el rubro presentismo.

Como no ha resultado controvertido, la actora es una instrumentista (Licenciada en Instrumentación Quirúrgica) que realizó, durante el período reclamado, guardias de retén para la demandada. Cuando era convocada, cumplía su labor en el Hospital de Treinta y Tres.

Así surge de los recibos de pago de los rubros salariales que acompañó a su demanda, en los que consta que su categoría es la de "Instrumentista retén" (fs. 3-7). Lo mismo emerge de las planillas que incorporó (fs. 9 y ss.).

La jurisprudencia de la Corporación ha rechazado, en forma casi monolítica, las pretensiones de condena al pago de horas extra por las horas realizadas en régimen de guardias de retén durante los días hábiles o en aquellos días en que no corresponde el descanso semanal del trabajador.

En cuanto al sostén normativo de la imposición de la condena al pago de horas extra, la sentencia hostilizada no es demasiado precisa. En el pasaje que obra a fs. 472, la Sala consigna que: *"...se registra una forma de pago especial y se prevé un total de horas de retén mensual, por lo que atendiendo a tal límite es que corresponde hacer lugar al reclamo por horas extra..."*. Del párrafo transcripto parece colegirse que sería el Decreto No.

258/987, el texto normativo que consagraría ese límite de 130 horas. Dicho límite horario, una vez sobrepujado, daría lugar al cobro de horas extraordinarias.

Sin embargo, a criterio de la Corporación, el texto del referido Decreto no ambienta esa solución, por lo que le asiste razón a la impugnante.

El Decreto no establece en ningún momento que las horas que superan el número de 130 deban pagarse como horas extra. La Corte ha sostenido que, en estricto rigor jurídico, las horas en que el trabajador retén permanece en su domicilio o en otro sitio fuera del lugar de trabajo, a la espera de ser llamado, no pueden considerarse horas extra. El tiempo de guardia de retén (cuando el trabajador lo cumple en días hábiles y no está en el lugar de trabajo), no debe remunerarse como hora extra, pues el trabajador dispone libremente de su tiempo, aun cuando sea en forma parcial.

La Corporación ha esgrimido el argumento que, en estos casos, el trabajador (en tanto no se encuentra en el establecimiento a disposición del patrono) no experimenta un desgaste adicional, porque los tiempos de espera suponen una menor intensidad.

En este sentido, el Cuerpo

ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el punto en Sentencia No. 605/2017, en términos que corresponde reeditar: "(...) 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)".

Ver también: RIVAS,

Daniel: "*La guardia de retén*", Revista Derecho del Trabajo, La Ley URUGUAY, Año III, No. 7, Abril/junio 2015, págs. 94 y ss.; GANDINI, Ana Laura y RODRÍGUEZ GUSTÁ, Rafael: "*La guardia de retén. Contribución al estudio del "tiempo efectivo de trabajo"*", Revista Derecho Laboral, T. LVIII, No. 258, págs. 289/297; LARRAÑAGA ZENI, Nelson: "*Tiempo de trabajo y horas extras*" en AA. VV.: "*XXVI Jornadas uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (en homenaje al Prof. Octavio Racciatti)*", F.C.U., Montevideo, 2015, págs. 82 y ss. y GAUTHIER, Gustavo; GOLDSTEIN, Eduardo, ARÉVALO, Laura y CASTRO, Natalia: "*Manual de horas extras*", F.C.U., Montevideo, 2018, págs. 11/15).

Con tales entendimientos, debe razonablemente concluirse que, al menos de regla, la realización de labor en régimen de guardia de retén no da lugar al cobro de horas extra. Se exceptúan de esta regla, los supuestos en que el trabajador retén, además de estar a la orden, presta efectivamente funciones. También los casos en que el trabajador cumple la guardia de retén en el lugar de trabajo (no en su domicilio) y cuando lo hace en un día feriado o durante el tiempo de descanso semanal.

IV) En la *subexamine* del acto de proposición inicial no es posible deducir, cómo realizó la reclamante, las supuestas horas extra, cuyo

pago demanda. Ello por cuanto la accionante incumplió la carga de la debida sustanciación impuesta por los arts. 8 de la Ley No. 18.572 y 117.4 del C.G.P, lo cual determina que la demanda no debió ser amparada en el punto.

La Sala a fs. 472 indicó que: *"...de las probanzas rendidas surge la realización por la demandante de muchas horas presenciales lo que evidencia la justicia de su reclamo"* (fs. 472).

Como bien lo señaló la recurrente, la actora no especificó en su libelo pretensivo la forma en que realizó el tiempo de trabajo extraordinario; no dijo si fue presencial, no presencial, en tiempo de descanso semanal, en días hábiles o en días feriados.

Ante este escenario, la pretensión debió ser desestimada. En efecto, la Sala no debió siquiera ingresar a considerar si había prueba de la prestación de horas presenciales, porque la reclamante no alegó haberlas realizado. Lo que la actora omitió en su demanda, es algo que, lógicamente, está aún antes de la prueba de los hechos: no realizó una proposición sobre los hechos que debía probar. Ello implica, desde luego, una inobservancia de las reglas que establecen cómo se debe formular la demanda (arts. 117.4 C.G.P. y 8 de la Ley No. 18.572).

Es a esta altura un valor entendido a nivel de la Teoría del Derecho (y de Teoría de la Prueba en particular), que no son los hechos en bruto, los que se prueban en el proceso, sino las proposiciones sobre los hechos.

Como observa Taruffo: *"...en el proceso 'el hecho' es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado"* (TARUFFO, Michele: *"La prueba de los hechos"*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 114). Dice este mismo autor en otra de sus obras que: *"Cuando hablamos de la verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho"* (TARUFFO, Michele: *"La prueba"*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 19).

En sentido coincidente, Ubertis señala que la relación del juez, no es con los "hechos", sino con los "enunciados fácticos". La actividad probatoria como tal, está orientada al resultado cognoscitivo de permitir o no el descubrimiento de la verdad de uno de los enunciados fácticos integrantes del tema a probar (Cf. Ubertis, Giulio: *"Elementos de epistemología del proceso judicial"*, Trotta, Madrid, 2017, págs. 20/21).

Desde esta perspectiva, parece claro que para que pueda concluirse que una parte

ha probado la existencia de un hecho o, dicho más precisamente, para que pueda tenerse por probado el enunciado sobre la existencia de un hecho, dicho enunciado debe formularse (verbalizarse). Debe enunciarse por quien tiene interés en que se tenga por cierto y, sobre todo, en que se desencadenen los efectos que el ordenamiento prevé para el caso de su ocurrencia.

Asiste razón a la recurrente cuando señala que la actora no hizo un desarrollo adecuado sobre el reclamo por el rubro horas extra. Con todo acierto consignó que la actora ni siquiera alegó la forma en que desempeñó las horas extra que reclamó. Así, señaló: "*...ni siquiera fue alegado por la actora, al punto que jamás en su demanda detalló el horario que realizaba, a qué hora comenzaba su guardia y hasta qué hora se extendía*" (fs. 499).

Si bien es cierto que la demandada reconoció la facción de un promedio de horas mensuales de 221 en el período reclamado (fs. 221), por las razones apuntadas más arriba, no hay fundamento jurídico para condenarla a pagar como extras aquellas que superan las 130.

En definitiva, a juicio de la Suprema Corte de Justicia, la condena al pago del rubro horas extra (y su consecuente incidencia en el presentismo), por las que superan las 130 mensuales, con

el límite de 221 mensuales, resulta jurídicamente injustificada.

V) Errónea decisión de la Sala de ordenar estar a la liquidación presentada por la actora, que contiene una ilegítima doble actualización.

A juicio de la Corporación, el agravio sobre la ilegitimidad de la liquidación a la que ordena estar la sentencia impugnada, también resulta de recibo.

En efecto, la Sala ordenó considerar, tanto para el cálculo de las diferencias salariales (en lo que mantuvo la condena de primera instancia), como para el cálculo de las horas extra, presentismo, antigüedad, incidencias, multas y recargos, la liquidación presentada por la actora (ver fs. 473).

Asiste razón a la recurrente en cuanto señala que dicha liquidación (obrante a fs. 92 y ss.) es ilegítima, porque actualiza por IPC (en aplicación del Decreto-Ley No. 14.500) valores actuales, en lugar de valores históricos.

Como bien observa la recurrente, la liquidación de la actora tomó, para calcular las diferencias salariales, un único valor hora del salario para todo el período. Dicho valor hora (de \$59,88) es el correspondiente al período enero/julio del 2016. A ese valor hora, lo empleó para calcular las

diferencias por los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 y lo actualizó por la variación del IPC, generando la ilegítima doble actualización de la que, con toda razón, se agravia la recurrente.

Corresponde, para calcular las diferencias de salarios, tomar los valores históricos de la hora de trabajo para cada período reclamado y actualizarlos por la variación del IPC. Se debe emplear como parámetro el valor histórico que se corresponde con el momento en el que se hizo exigible el crédito, valor que debe corregirse del efecto inflacionario mediante la actualización por IPC.

En cuanto al valor que corresponde considerar, ha señalado nuestra jurisprudencia en términos compartibles que: *"La forma de liquidar las horas extra y los salarios impagos sobre la base del salario vigente a la fecha del despido... carece de todo fundamento legal ya que tanto los salarios como las horas extra deben liquidarse con el salario vigente en el mes en que se generaron, que, obviamente, no ha sido el mismo durante toda la relación laboral"* (Sentencia del TAT 2º, caso No. 11.352, L.J.U, Tomo C, Montevideo, 1990, págs. 80 y 81).

En definitiva, la liquidación del crédito por diferencias salariales; presentismo y sus incidencias en los demás rubros, en principio,

debería hacerse tomando los valores históricos, debidamente actualizados por IPC.

Sin perjuicio de lo anterior, en la subexamine, a criterio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Turell, Posada y el redactor, atento a lo establecido en el art. 268 del C.G.P., corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en el punto.

El a quo dispuso: *"En cuanto a la liquidación y en lo que hace a la diferencia salarial deberá partirse de la base del salario establecido por la demandada '57, 51', valor hora, porque se compadece con lo establecido en el laudo, y deberá reliquidar la reclamación para practicar los descuentos por las faltas acreditadas y de acuerdo al promedio de 221 hrs. promedio por mes (de acuerdo a la documentación presentada por ASSE - fs. 337 a 389)".*

Por tanto, en opinión de los Sres. Ministros, no resulta posible arribar a una solución diferente a la que se establece en ese pasaje de la sentencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo 268 del C.G.P., ya que, la condena debe considerarse confirmada hasta arribar al monto de la sentencia del grado inferior, sin que pueda, en tal aspecto, ser modificada en casación.

Por su parte, la Sra.

Ministra Dra. Minvielle, estima que el punto sí resulta revisable por los fundamentos expuestos en las Sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 837/2017 y 1831/2017 (entre otras). En igual sentido véase BARREIRO, María Virginia y TEJERA, Mariela: *"Admisibilidad de la casación ante la doble confirmatoria y sin discordia"*; LANDONI SOSA, Ángel; GONZALEZ MIRAGAYA, Santiago y CABRERA ORCOYEN, Rafael: *"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. 187/196 y 151/168 respectivamente y LANDONI SOSA, Ángel: *"El recurso de casación"*, XVIIas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colegio de Abogados del Uruguay - IUDP, Rivera, 2015, págs. 229-254. Sin perjuicio de que la posición sostenida por la mayoría, hace innecesario ingresar en el mérito de la cuestión en relación a los extremos referidos.

VI) Sobre el agravio relacionado a la prima por presentismo.

A criterio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Turell, Posada y Chediak, el punto no resulta revisable en casación, dado que existen dos soluciones coincidentes (art. 268 del C.G.P.).

La sentencia de primera instancia condenó al pago de la prima por presentismo reclamada, consistente en un porcentaje del 5,5% del sueldo nominal de la trabajadora hasta diciembre de 2015 y del 6% del sueldo nominal de la trabajadora a partir del 1º de enero de 2016.

En segunda instancia se mantuvo dicha decisión. Exclusivamente añadió a la condena impuesta en primera instancia, la incidencia que, sobre el rubro presentismo, proyecta la condena por el rubro horas extra que impuso (aspecto sobre el cual ya se pronunció el Cuerpo en el Considerando No. 3).

En atención a lo expuesto, a criterio de los Sres. Ministros, los agravios articulados en relación al presentismo (salvo en lo que refiere a la incidencia de las horas extra sobre el citado rubro) deben ser rechazados en virtud de lo dispuesto por el art. 268 del C.G.P. En efecto, no resulta posible la revisión en casación de aquellas cuestiones que han sido objeto de dos pronunciamientos judiciales coincidentes. Esta es la actual interpretación del art. 268 inc. 2 del C.G.P., en la redacción dada por el artículo 37 de la Ley No. 17.243 (Cf. Sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 24/2003, 410/2016, 1787/2016, 652/2017, 837/2017, 1808/2017 y 1831/2017, entre muchas otras).

A criterio de la Sra. Ministra Dra. Minvielle, por los fundamentos desarrollados en el Considerando anterior, el punto sí resulta revisable en casación. Sin perjuicio de que la posición sostenida por la mayoría, también hace innecesario ingresar en el mérito de la cuestión.

VII) La correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (art. 688 del C. Civil y arts. 56.1 y 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

AMPÁRASE PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN IMPETRADO Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA IMPUGNADA EN CUANTO: A) CONDENA AL PAGO DE HORAS EXTRA Y SU INCIDENCIA EN EL RUBRO PRESENTISMO, LO CUAL SE DESESTIMA Y; B) ORDENA ESTAR A LA LIQUIDACIÓN DE LA ACTORA Y, EN SU LUGAR, DEBERÁ ESTARSE A LO DISPUESTO EN PRIMER GRADO.

TODO SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 20 B.P.C.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE A

DOMICILIO Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DRA. ELENA MARTÍNEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

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

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JULIO POSADA
MINISTRO**

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