

//tencia No.71

Montevideo, veintitrés de marzo de dos mil veintiuno

VISTOS:

Estos autos caratulados: **RISSO, ALEJANDRO Y OTROS C/ SECURITAS URUGUAY S.A. - PROCESO LABORAL ORDINARIO (LEY 18.572) - CASACIÓN - IUE: 2-17962/2020.**

RESULTANDO:

I) A fs. 16 comparecieron Ángel AVILA y otros, promoviendo reclamo laboral contra SECURITAS URUGUAY S.A. Reclamaron el pago de los descansos semanales trabajados, incidencias, más los daños y perjuicios preceptivos (30%).

En dicho marco, recayeron los siguientes fallos:

I.1) Por sentencia definitiva N° 64, de fecha 5 de octubre de 2020, el Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 20° Turno, dispuso:

“Desestímase la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda.

Desestímase la exepción de indebida acumulación de pretensiones.

Desestímase la excepción de prescripción anual.

Estímase la excepción de prescripción quinquenal respecto de los créditos

reclamados por Humberto Gallo anteriores a febrero de 2015.

Condénase a Securitas Uruguay S.A. a abonar a Angel Avila la suma de \$107.102, a Nancy Molinari la suma de \$132.844, a Juan Fernández \$57.841, a Oscar Bitancurt \$152.309, a Haydee Etchelar \$99.746, a Ricardo Megarejo la suma de \$122.143, a Vera Rodríguez \$131.167, a Dalton Gómez la suma de \$85.174, a Cesar Trindade \$159.453, a Washington Márquez \$153.727, a Rodolfo Sosa \$121.294, a Arian Brian Gómez \$111.889, a Santiago Balero \$150.587, a José Balbuena \$129.136, a Alejandro Rizzo \$150.623, a Julio Cabrera \$159.062, a William Pereira \$75.637, a Javier Barrios \$153.835, a Daniel Guedes \$132.891, a Humberto Gallo \$135.787, a Pablo Queirolo \$104.984 y a Sergio Meriglio \$85.028.

En todos los casos por concepto de descansos semanales trabajados y sus incidencias en licencia, salario vacacional y aguinaldo, multa y daños y perjuicios.

Sumas que deberán actualizarse desde la fecha de la demanda hasta su efectivo pago.

Sin especial condenación" (fs. 871-886 vta.).

I.2) Por sentencia definitiva N° 277, de fecha 11 de noviembre de 2020, dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° Turno, se

resolvió:

“Revócase la sentencia apelada y en su lugar se absuelve a la demandada de la condena dispuesta.

Las costas del grado de oficio, sin especial imposición de costos” (fs. 913-919).

II) Contra la antedicha sentencia, la parte actora interpuso recurso de casación (fs. 922-934).

En obligada síntesis, expresó los siguientes cuestionamientos.

Adujo que la discusión central del presente juicio es determinar el régimen jurídico que corresponde aplicar a la actividad que desempeñaban los reclamantes: si es el del sector industria o el del sector comercio.

Señaló que la Sala interpretó erróneamente las normas de derecho, por cuanto consideró que no correspondía aplicar a los actores las normas del decreto-ley N° 14.320.

Refirió que la actividad realizada por los reclamantes es de vigilantes y encargados de una empresa de seguridad, laborando para SECURITAS S.A., que gira en el grupo 19 subgrupo 8, empresas de vigilancia y seguridad, por lo que encuadra dentro del rubro servicios. En cuanto al régimen de

descansos, carecen de una regulación expresa, por lo que ante el vacío legal debe procederse a la integración con la norma análoga más favorable que es el decreto-ley N° 14.320.

Argumentó que pese a ello, el órgano de alzada, sin tomar en cuenta la especificidad de la materia laboral, aplicó el régimen residual de la Ley N° 7.318. En tal sentido, el Tribunal de Apelaciones interpretó que el régimen de descanso semanal, en la actividad de los reclamantes, debe ser de 24 horas y no de 36 horas.

Manifestó que debe tenerse presente que la demandada reconoce que los trabajadores comparecientes han usufructuado en todo el período reclamado un descanso semanal de 24 horas por semana, y no de 36 horas, por lo que, anulada que fuera la sentencia de segunda instancia, deberá condenarse al pago del rubro reclamado y sus incidencias.

III) Conferido el traslado de ley (fs. 936-937), compareció la parte demandada abogando por el rechazo de la impugnación (fs. 939-944vta.).

IV) Elevados los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 946-949), fueron recibidos el día 23 de diciembre de 2020 (fs. 950).

V) Por auto N° 97, dictado el día 11 de febrero de 2021, se ordenó el pase a estudio de la

causa (fs. 951 vta.).

VI) Culminado el estudio, se acordó emitir el pronunciamiento legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

1.- La Suprema Corte de Justicia, amparará el recurso de casación interpuesto por la parte actora y, en su mérito, anulará la sentencia impugnada y, en su lugar, mantendrá firme la condena dispuesta en primera instancia.

2.- En autos resultan aplicables "mutatis mutandi" las consideraciones efectuadas en la sentencia No. 1.119/2019, que a continuación se transcriben:

"II) De la admisibilidad del recurso de casación en estudio.

En lo inicial, cabe realizar una puntualización de orden formal, puesto que las co-demandadas, al evacuar el traslado del recurso de casación, objetaron su admisibilidad, por entender que la impugnación incumple con las exigencias formales prescriptas en el art. 273 del C.G.P. ya que -aducen- no se identificaron, en concreto, las normas erróneamente aplicadas, ni se fundaron debidamente sus agravios.

Pues bien, es cierto que el escrito que contiene la impugnación resulta de farragosa lectura y que, en varios de sus pasajes,

carece de la prolijidad técnica esperable; sin embargo, luego de una lectura vigilante del escrito, se advierte que la parte actora se agravia de la sentencia de segunda instancia exclusivamente en cuanto revocó el fallo de primera instancia en punto al reclamo por descansos semanales e incidencias.

Ello se desprende de una atenta lectura de las fs. 5262, 5263, 5264, 5265 y 5266, en las que lucen los fundamentos del agravio articulado.

Por este motivo, no asiste razón a las co-demandadas cuando denuncian la inobservancia del art. 273 del C.G.P., al menos, en el punto trascendental que refiere al régimen de los descansos semanales aplicables a los recurrentes en tanto trabajadores en el sector `servicios`.

Realizada la precedente aclaración, corresponde, seguidamente, analizar lo sustancial de la recurrencia.

III) El caso de autos y del mérito de la impugnación.

No es objeto de discusión que los reclamantes cumplen funciones para SECURITAS URUGUAY S.A., SERVICIOS DE SEGURIDAD S.R.L., PANDYR S.A. y ATRIOMAR S.A., PROSEGUR URUGUAY S.A., que giran en el ramo de prestación de servicios de seguridad y

vigilancia, estando clasificadas por el Decreto Nro. 138/2005 del M.T.S.S. en el grupo n° 19, 'Servicios Profesionales, Técnicos, Especializados ...', subgrupo 08 'Empresa de Seguridad y Vigilancia', capítulo 'Seguridad Física'.

Los actores desempeñan la labor de 'guardias de seguridad'.

Tampoco se discute que laboran 8 horas diarias, durante 6 días por semana, totalizando 48 horas por semana de trabajo, finalizadas las cuales descansan 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 semanal de 36 horas.

En razón de ello, como rubro principal, reclaman el pago de 4 horas extras semanales; pretensión que fue inicialmente acogida en primera instancia, aunque luego, en segundo grado, fue desestimada.

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 Nro. 14.320 o por vía de integración-

correspondería aplicar el régimen de trabajo conocido como de `semana inglesa`.

Tal como se analizará a continuación, a juicio de la mayoría de la Corte, les asiste razón a los reclamantes.

III.1) Del régimen de descanso semanal aplicable al sector servicios de `seguridad y vigilancia`.

En lo particular, la redactora tiene posición tomada que coincide con la postulada en la recurrencia y que, en la ocasión, también será acompañada por los Sres. Ministros Dres. Eduardo TURELL y Bernadette MINVIELLE.

En tal sentido, en sentencia Nro. 286/2015, la Corte -en su anterior integración- tuvo la oportunidad de analizar la temática en estudio, oportunidad en la que, frente a un reclamo de trabajadores que desempeñaban su labor en el rubro `limpieza` (calificable como `servicios`), descartó -por mayoría- 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 Nro. 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 el fallo señalado, este Colegiado 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.

En este marco, la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez postula una definición económica del concepto de 'establecimiento comercial', teniendo en cuenta que la norma amplía su alcance al referir a 'establecimiento de cualquier naturaleza', expresión que no puede limitarse, exclusivamente, a la distinción 'público o privado', como, restrictivamente, lo hace la Sala, sino que debe entenderse referida a cualquier actividad económica con una finalidad lucrativa que suponga prestación o intercambio de bienes o servicios.

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) '.

Existiendo -a juicio de la mayoría de este Colegiado- norma expresa que regula el punto, toda la línea argumental del Tribunal, asentada sobre la idea contraria, se dismantela por completo, coyuntura que, en este enfoque primario, conduce a la conclusión de que el fallo impugnado ciertamente vulneró el art. 1º del Decreto-Ley Nro. 14.320.

Ahora bien; en el caso concreto, la solución propuesta -que por existir jurisprudencia de la Corte se presenta de fácil anclaje- encuentra, sin embargo, un último escollo jurídico para su recepción, lo que da pie al siguiente análisis.

III.2) Del Convenio Colectivo que rige las relaciones de las partes en el litigio.

El abordaje que viene de hacerse, se edificó hasta acá 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 Nro. 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 N° 19, `Servicios Profesionales, Técnicos, Especializados...`, subgrupo 08 `Empresa de Seguridad y Vigilancia`, capítulo `Seguridad Física`.

Por dicho Convenio, en lo que acá 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. 5310 vta.).

Y al final del Convenio, se realizó la siguiente `Declaración de partes`:

`La representación de los trabajadores entiende 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 de labor con 24 horas de descanso...` (fs. 5314).

A su vez, en el Convenio siguiente, el de fecha 7 de febrero de 2017 (con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018), se dispuso:

`DÉCIMO SEGUNDO: Comisión Tripartita. Se conviene constituir una Comisión tripartita a los efectos de analizar aspectos referidos a condiciones laborales, comenzando por el tema de la **eventual y futura reducción de la carga horaria semanal...**` (fs. 5293 vta.).

 Hasta acá la normativa convencional más relevante en la materia.

 A criterio de la Corte -en mayoría-, de lo transcrito surge claro que las partes, como condición para pasar de un régimen como jornalero a uno mensual, acordaron `mantener` el régimen semanal de 48 horas de labor por 24 de descanso.

 Es decir, pactaron conservar un régimen de trabajo semanal similar al que rige para el sector `industria` (ley Nro. 7.318); régimen que, a estar al último Convenio celebrado, se encuentra vigente (ver cláusula transcrita).

 Cabe señalar que la `declaración de parte` formulada al final del primer Convenio referido, no es más que un `deseo`, `aspiración` o `designio` de los trabajadores que, en último grado de análisis, no hace más que confirmar el régimen horario acordado.

 Por otra parte, la referencia al sistema de los seis días de labor de 8

horas por un día de descanso, que se realiza en el Convenio de fecha 26 de noviembre de 2013, debe interpretarse como un verdadero acuerdo consolidatorio en dicho ámbito, más allá de la causa generatriz que le dio impulso.

Antes de dicho acuerdo se laboraba 48 horas semanales y luego también.

Esa es la verdad material.

Lo que sucede es que la modificación que en el mundo jurídico introdujo el Convenio, reposa en la circunstancia de que -mediante una cláusula de tipo normativo-, vino a formalizar aquel régimen de hecho.

Ahora bien, tal situación trae consigo algunas consecuencias adicionales. En teoría, de haberse querido modificar la situación horaria de los actores -la reinante con anterioridad a la celebración del multicitado Convenio- hubiera bastado, sin otro aditamento, con aplicar el Decreto-Ley Nro. 14.320; empero, con posterioridad a la vigencia de la norma convencional, no es suficiente la sola aplicación de la norma heterónoma, puesto que ahora existe norma convencional que regula el punto, lo que trae aparejado un problema agregado.

Dicho problema refiere a la validez o invalidez de lo acordado y, de entenderse

inválido, a la posibilidad de su declaración de oficio, puesto que, en la especie -en malograda defensa- la parte actora no pidió su nulidad; todo lo cual será objeto del análisis siguiente.

III.3) De la nulidad de la cláusula octava del Convenio Colectivo.

A juicio de la Corte, tal atolladero merece la siguiente respuesta: 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 Nro. 240/1998 de la Corte), es, igualmente, valor entendido en doctrina y jurisprudencia, que toda renuncia individual del trabajador contenida en normas convencionales, respecto a beneficios mínimos acordados por disposiciones heterónomas (las dictadas por el Estado), deben considerarse invalidadas 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. Héctor H. BARBAGELATA, Jorge ROSENBAUM y Mario GARMENDIA, 'El contenido de los Convenios Colectivos', Ed. F.C.U., año 1998, págs. 10 y ss.).

En torno a este tema, Juan RASO DELGUE, sostiene que 'En el... caso [de 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 'Veintitrés estudios sobre Convenios Colectivos', Ed. F.C.U., año 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 Nro. 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 Américo 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 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. aut. cit.: 'Curso de Derecho Laboral', Tomo I, Vol. I, Ed. Idea, año 1990, págs. 50/51).

III.4) De la jurisprudencia en casos similares.

A fin de reforzar la solución que se propugna, resulta trasladable en la especie, lo expresado por el TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE 1º TURNO, el que tuvo la oportunidad de analizar un caso prácticamente idéntico al de autos, ocasión en la que específicamente se abordó el alcance y validez del Convenio de marras; fallo que, por lo

fundado y razonado -y en lo que acá 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 aún 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. Pag. 315. Rivas Ana

Gabriela. 'Tiempo de trabajo en la forestación. Tiempo in itinere a la luz de la nueva normativa vigente' rev. Derecho Laboral 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 Salarios 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 sobrepujamiento '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' (Rosenbaum Rímolo Jorge. ('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, Américo. 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. 8º) (Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo, Montevideo, F.C.U., 1978, vol. I, pág. 84)´ (cf. 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 (art. 1º del decreto-ley Nro. 14.320), corresponde concluir que la cláusula 8 del Convenio Colectivo, de fecha 26 de noviembre de 2013, es 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 C.C., art. 24 nral. 9 del C.G.P. y art. 5 de la ley Nro. 15.750).

En dicho sentido, es cierto que el relevamiento de oficio -sin pretensión de parte- tiene algunas limitaciones, puesto que no toda nulidad es relevable de oficio ya que, conforme la doctrina civil, la nulidad debe ser visible, notoria, grosera, indiscutible, no requiriendo investigación alguna para detectar el vicio, debiendo resultar de los hechos alegados, de las reglas de admisión que resultan aplicables o de las pruebas incorporadas al proceso a propuesta de las partes, lo cual es también una manifestación del principio de congruencia. Si bien en esta tesis no cabría exigir de la parte el ejercicio de pretensión expresa de declaración de nulidad de la cláusula, la nulidad -igualmente- debiera surgir de los hechos alegados y pruebas ofrecidas por las partes (cf.

Santiago PEREIRA CAMPOS, `¿Puede el Juez declarar la nulidad de la cláusula abusiva de un contrato´ en: Revista de Derecho y Tribunales, N° 3/2007, Ed. AMF, pág. 53; y sentencia Nro. 36/2012 del T.A.C. 5° T.).

En el caso, de acuerdo a todo cuanto viene de decirse, parece inconcuso lo `manifiesto´ de la nulidad relacionada; coyuntura que habilita a la Corte a ejercer su ministerio de oficio.

En suma, una vez establecido el cuadro normativo de la controversia, extraído de él sus consecuencias 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, con las limitaciones de orden subjetivo (en punto a la conformación de la parte actora) y temporal (declaración de prescripción), que surgen del expediente”.

3) De las costas y costos.

Atento a la correcta conducta procesal desplegada por las partes, no se impondrán condenas causídicas en el grado (arts. 56.1 y 279 del C.G.P. y art. 688 del C.C.).

Por lo expresado y normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, en mayoría,

FALLA:

I) AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN

INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA; ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y EN SU LUGAR, MANTIÉNESE FIRME LA CONDENA DISPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA; COSTAS Y COSTOS EN EL ORDEN CAUSADO.

II) HONORARIOS FICTOS: 20 B.P.C.

III) PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE A DOMICILIO Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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