

La Jornada de Trabajo en Jurisprudencia Comparada Uruguay - Brasil

Hugo Fernández^{1}*

*Ana Rivas^{2**}*

Sumario: Introducción. 1 Análisis comparado de la jurisprudencia. 1.1 Criterios jurisprudenciales comunes. 1.1.1 Orden público. 1.1.2 Trabajo a la orden. 1.2 Criterios jurisprudenciales no coincidentes. 1.2.1 Reducción de jornada y reducción salarial. 1.2.2 Indemnización por supresión de horas extras. 1.2.3 El tiempo de traslado a cargo del empleador o tiempo in itinere y el concepto de jornada de trabajo. Conclusiones.

Introducción

El análisis de temas de Derecho del Trabajo desde la visión de la jurisprudencia tiene su fundamento en la especial participación de ésta en la interpretación e integración de las normas. En efecto, la jurisprudencia tiene una función de gran importancia en la generación de preceptos de conducta, que adquieren carácter más o menos general en su aplicación.

Ante un derecho como el de Trabajo, especialmente fragmentario en Uruguay, y esencialmente cambiante ya que su sujeto-objeto (trabajador-trabajo) de regulación está íntimamente vinculado a la vida misma, la jurisprudencia va adaptando en sus decisiones la norma fría e impersonal a la realidad material concreta.

La repetición de fallos en determinado sentido, genera una verdadera referencia o tendencia, que sirve en los hechos de respaldo a fallos posteriores.

Esta cualidad está instaurada en Brasil mediante las Súmulas (algunas

1* Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República- Uruguay.

2** Jueza Letrada de Única Instancia del Trabajo de 3°. Turno. – Uruguay.

vinculantes – artículo 103 A de la Constitución Federal) y las Orientaciones Jurisprudenciales, que en tanto interpretaciones pacíficamente adoptadas por un Tribunal, tienen por finalidad promover la uniformidad de las decisiones jurisprudenciales y a su vez, hacer pública la opinión de la jurisprudencia sobre determinados puntos.

La idea que el derecho es más que la ley o que la norma en su visualización formal y que la actividad jurisdiccional está en condiciones de hacer avanzar el derecho a través de una interpretación acorde con la dogmática del derecho del trabajo, son dos premisas útiles para el estudio comparado del derecho. En este caso es la actividad jurisdiccional el objeto de comparación y es precisamente en esta actividad donde se presentan mejores condiciones para aplicar la norma (interpretar e integrar la norma laboral) con apego a los principios propios de nuestra disciplina.

Ahora bien, el tema de la jornada de trabajo que envuelve una cantidad tan vastas de cuestiones, ocupa un lugar central en la atención del derecho del trabajo. El tiempo de trabajo es un concepto esencial en la construcción y funcionamiento de la relación de trabajo, primero con la fijación de un máximo de horas de labor y posteriormente con los planteos de reducción progresiva de la jornada.

En una disciplina como la nuestra nacida para resguardar la dignidad y cierto grado de libertad del hombre que trabaja en relación de dependencia, la limitación y regulación del tiempo de trabajo resulta ser la forma de desplegar con mayor eficacia la finalidad protectora.

Por otra parte, el tiempo o jornada de trabajo constituye la dimensión o medida de la prestación del trabajo y por lo tanto, existe una relación directa con la forma y determinación del salario y también con el tiempo de descanso y de ocio del trabajador. Esto último indica que el concepto de jornada de trabajo o limitación del tiempo de trabajo, no solo comprende aspectos cuantitativos sino también cualitativos. En este sentido, la proyección del concepto ha determinado que el tema se ubique entre las disposiciones más importantes del orden público laboral, esto es un mínimo regulatorio, no susceptible de ser dispuesto por la vía de la autonomía individual o colectiva de la voluntad.

El concepto de jornada de trabajo tiene también relación con la organización de la empresa. La distribución de horas de trabajo se realiza de acuerdo con cierta programación previa a cargo de quién dirige las actividades empresariales. En el desarrollo de actividades empresariales de distintas características (industrial, comercio, servicios) los criterios de organización y

distribución del tiempo de trabajo están siempre en tensión con las normas que regulan el tema, a tal punto, que buena parte de los conflictos de trabajo que se ventilan en la jurisdicción especializada, refieren a la aplicación de las normas sobre jornada, tiempo extraordinario de trabajo o descansos.

1 Análisis comparado de la jurisprudencia

De las sentencias seleccionadas se pueden extraer criterios jurisprudenciales comunes o coincidentes y otros que no lo son. Pasaremos revista a los criterios que forman parte de cada uno de estos grupos para luego realizar algunas breves conclusiones.

1.1 Criterios jurisprudenciales comunes

Dentro de los distintos temas relevados para la realización de este trabajo se destacan dos en los que existe plena coincidencia en cuanto a las soluciones jurisprudenciales que se da a los mismos. Ellos son: la prevalencia del carácter de orden público de las normas heterónomas relativas a la jornada de trabajo y el tratamiento que se da al trabajo a la orden, trabajo de retén, u horas de sobreaviso.

1.1.1 Carácter de orden público de las normas heterónomas relativas a la jornada de trabajo

En este punto tanto la jurisprudencia brasilera como uruguaya son contestes en considerar con carácter de orden público a las normas heterónomas que regulan la limitación de la jornada.

La limitación del tiempo que el trabajador destina a trabajar se funda en razones biológicas, morales y sociales directamente relacionadas con la higiene física y mental y con seguridad del trabajador, pero también en razones políticas y económicas, en tanto implica la optimización de la mano de obra que permite una mejor realización del trabajo, aumentando la competitividad empresarial.

La limitación de la jornada esta especialmente protegida por la Constitución Nacional uruguaya. En su artículo 54 establece “La Ley ha de reconocer a quién se halle en relación de trabajo o servicio [...] la limitación

de la jornada [...]” (entre otros derechos). Igual protección se encuentra en la Constitución Federal brasilera de 1988, en tanto en su artículo 7 enumera extensa y detalladamente todas las normas protectoras del trabajador y su familia, dentro de las cuales se encuentra la limitación de la jornada (puntos XIII y XIV), estableciendo expresamente la duración de la misma en 8 horas diarias y 44 semanales, salvo excepciones que enumera.

Esta protección impuesta a nivel constitucional se refleja fielmente en la legislación de ambos países.

En Uruguay la Ley 5350 artículos 1 y 3, establece para la industria una jornada de 8 horas diarias y 48 semanales y el Decreto-ley 14320 artículo 1 establece para el comercio una jornada de 8 horas diarias y 44 semanales, a lo que se agregan las disposiciones de los CIT 1 y 30 ratificados por Decreto-ley N° 8950.

En Brasil la Consolidación de las Leyes del Trabajo (en adelante CLT), establece en su artículo 58 que la duración de la jornada de cualquier empleado en cualquier actividad privada, no excederá de 8 horas diarias, salvo que se haya fijado expresamente otro límite.

Teniendo presente este marco legal, veremos que las sentencias analizadas fundan sus resoluciones en la prevalencia de esta normativa heterónoma dado su carácter de orden público.

Veamos

El Tribunal Regional de Trabajo de 4° Región en Acórdão 514-2008-002-04-00-1 RO, aplicó este criterio ante un reclamo de nulidad del régimen de compensación de jornada emanado de un convenio colectivo, que implicaba la afectación de los descansos semanales de trabajador.

El artículo 59 num. 2 de la CLT, establece que el empleador se podrá exonerar del pago de las horas extras, cuando por acuerdo o convenio colectivo el exceso de horas en un día sea compensado con su disminución en otro día, tomando como lapso de tiempo límite el período de un año. A esta acumulación de horas se la denomina “banco de horas”.

Esta facultad tiene tres límites, resaltados por el Tribunal, uno dado por la misma norma que establece que no podrán prorrogarse la jornada por más de 10 horas, otro, que surge de la imposibilidad de compensar con el descanso intermedio, en tanto se trata este último de una medida de higiene, salud y seguridad del trabajo, protegido por el artículo 7 num. XXII de la Constitución

Federal de 1988 y por el artículo 71 de la CLT y por último, tampoco se puede compensar con el descanso semanal, en tanto también es una medida de higiene, salud y seguridad del trabajo de especial importancia social.

Todas estas normas integran el sistema protector que caracteriza el Derecho del Trabajo.

Considera entonces el Tribunal brasileiro, que el “banco de horas” no es un salvoconducto para la extensión ilimitada de la jornada de trabajo, ya que es impensable un régimen de trabajo en el cual se prolongue la jornada sin concesión de descansos intermedios, bajo la premisa de que serán compensadas oportunamente por el empleador. Y ello porque la salud física y mental del trabajador no permite compensación que están amparadas por normas ineludibles de neto corte protector, que son de orden público.

Entonces, un régimen de compensación de jornada que infrinja estas normas de orden público no es admisible, debiendo condenarse al pago de horas extras.

También aplicó este criterio dicho Tribunal en la Acórdão 65-32.5.04.0451 RO, en la que se resolvió la reclamación de nulidad de un régimen de reducción de los descansos intermedios establecido por convenio colectivo.

Estos descansos intermedios están regulados por el artículo 71 de la CLT que establece (en lo que interesa al caso) que los mismos serán de una hora para jornadas que superen las 6 horas, y que su reducción solo procederá por acto del Ministerio de Trabajo, Industria y Comercio siempre que se compruebe que el empleador da servicio de comedor y que los trabajadores no están sometidos a jornadas superiores a la legal.

En este caso el empleador no probó que la empresa tuviera servicio de comedor, pero si se acreditó que el reclamante cumplía una jornada superior a la legal. Atento a ello el Tribunal consideró que fuera de las hipótesis del artículo 71 num. 3 de la CLT, es inviable que una simple previsión de intervalos menores a los establecidos legalmente, realizada en acuerdos colectivos de trabajo, tengan valor jurídico. Señala que no ignora que la negociación colectiva tenga ganada una destacada posición en la Constitución de 1988 mediante la garantía del “reconocimiento de las convenios y acuerdos colectivos de trabajo”, pero ese reconocimiento tiene un límite, y es que la autonomía de las voluntades colectivas no pueden incidir en el núcleo de derechos mínimos atribuidos al

trabajador por fuerza de la Ley.

Citando de Mauricio Godhino Delgado agrega que hay que armonizar las reglas jurídicas emanadas de la negociación colectiva con las reglas jurídicas provenientes de la legislación heterónoma estatal, de tal forma que solamente prevalecen las normas colectivas cuando establecen estándares de derechos superiores a los establecidos por las normas heterónomas.

En el caso a resolver, la norma colectiva estableció una reducción del descanso intermedio, que violenta las normas generales heterónomas, por lo que no corresponde su aplicación, por desatender derechos mínimos establecidos por la legislación vigente en el caso los artículo 7 párrafos XIII a XXVI de la Constitución Federal y artículo 71 num. 3 de la CLT.

Por su parte, la jurisprudencia uruguaya tiene el mismo criterio a la hora de dilucidar la norma a aplicar.

Así lo hace en la sentencia No. 115/11 el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno, al resolver el régimen de descansos semanales aplicable en el sector servicios.

Este sector de actividad no cuenta con regulación general expresa, que reglamente el tiempo de trabajo y de descanso. Se plantea en el caso, entonces, como primer objetivo establecer la norma aplicable, frente a lo cual hay dos posibilidades: aplicar la normas de la industria que establecen un descanso semanal de 24 horas (Ley 5350, CIT No.1) o la del comercio que impone un descanso semanal de 36 horas (Decreto-Ley 14320). Entiende el Tribunal a la hora de integrar la norma que debe aplicarse el principio protector en su proyección de la norma más favorable, y en consecuencia, corresponde integrar con el régimen establecido para el comercio por el Decreto-ley 14320 por ser más favorable, desde que establece un descanso semanal de 36 horas.

Ahora bien, la demandada alega la existencia de un convenio colectivo autorizado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ante lo cual el Tribunal señala que “la autonomía colectiva halla el límite infranqueable de la Ley de orden público”, ya que no puede admitirse un contrato de trabajo que conculque el principio de irrenunciabilidad que informa todo el Derecho del Trabajo.

También el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3º Turno, en sentencia No. 257/07, establece la preeminencia del orden público de la legislación que determina derechos básicos de los trabajadores, y en éste caso impone esta preeminencia frente a una convenio colectivo, aunque este haya sido recogido

en un Decreto emitido por el Poder Ejecutivo.

El caso: una profesional que es contratada en un régimen de 44 horas semanales, superaba las horas señaladas de labor, por lo que reclama horas extras. La accionada se defiende alegando que por ser profesional universitaria se encuentra incluida en las excepciones del Decreto N° 611/80, en tanto esta norma establece en su artículo 1 num. 4 que los profesionales universitarios o idóneos de alta especialización, y que cumplen tareas de tales, no se hallan comprendidos en la limitación de la jornada.

Pero el Tribunal entiende que la sola mención de un horario semanal en el contrato de trabajo, demuestra que al momento de la contratación no se la consideró incluida en dicha norma, lo que también surge del hecho de que no cumplía ninguna tarea para la que se requiriese alta especialización. Ante esta contradicción el Tribunal entiende que, siendo la legislación sobre horarios de trabajo de orden público, las excepciones al régimen deben interpretarse estrictamente, en tanto estas últimas, contienen restricciones a los derechos generales de los trabajadores. En aplicación de esta interpretación estricta, prevalece la norma heterónoma y más beneficiosa, frente a las previsiones contractuales realizadas por las partes.

Se puede apreciar, entonces, que la jurisprudencia de ambos países, otorga la categoría de normas de orden público a aquellas que establecen derechos fundamentales del trabajador, dentro de las cuales están las que imponen limitaciones a la jornada laboral. En efecto, desde que este derecho está amparado a nivel constitucional con un claro corte protector de aquellos que prestan su trabajo en una relación de dependencia, la autonomía de la voluntad se ve marginada. De tal forma, no podrán afectarse esos derechos fundamentales ni por la acción del legislador, ni por la mera renuncia, ni por acuerdos con el empleador ya sea en forma particular (contrato de trabajo) o general (convenio colectivo).

1.1.2 Trabajo a la orden o guardia de retén o “horas de sobreaviso”

Este tiempo “a la orden” o “de guardia”, llamado en Brasil, “horas de sobreaviso”, supone que el trabajador que no se encuentra dentro de su horario de trabajo legal, igualmente se encuentra sujeto a la voluntad del empleador, desde que esta supeditada su autonomía a la posibilidad de ser convocado a trabajar, por lo que la jurisprudencia de ambos países, es conteste en sostener

que estamos ante horas que deben considerarse efectivamente trabajadas.

Ahora bien ello no autoriza a considerar estas horas como extras o suplementarias, cuando superan la limitación legal o convencional de la jornada. Y ello porque se entiende que en estas situaciones el trabajador si bien pierde parcialmente la disponibilidad de su tiempo, desde que deberá estar siempre en comunicación con su empleador, dentro de la zona en que se trabaja, ya que puede ser convocado en cualquier momento, también goza de una libertad relativa, pudiendo descansar, pasear, leer, etc., mientras no sea convocado, lo que además, puede no pasar.

La Suprema Corte de Justicia en sentencia N° 43/99 y el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno en sentencia N° 497/11, han sostenido que no corresponde equiparar esta hipótesis al régimen remuneratorio de las horas extras establecido por el artículo 1 Inc. 2 de la Ley 15996, ya que este tiene por finalidad compensar el mayor esfuerzo, que se impone al trabajador al continuar su labor por un lapso de tiempo mayor al previsto legal o convencionalmente, porque se genera un mayor desgaste físico y/o mental del trabajador y vulnera su derecho a su tiempo libre. En cambio, en el caso de la guardia de retén o a la orden, este mayor esfuerzo o sacrificio, no se configura. Según la sentencia que estamos comentando, en estos casos, el trabajador si bien tiene que estar a disposición del empleador, puede estar en su casa, descansando, mirando televisión o leyendo, o incluso paseando por la zona, a la espera de ser convocado, convocatoria que puede llegar o no.

Es por ello que se concluye que si bien deben considerarse horas trabajadas, porque de acuerdo a la definición de tiempo efectivo de trabajo dada por el Decreto N° 29/10/57, artículo 6, y por el CIT N° 30 artículo 2, el trabajador no dispone libremente de su tiempo manteniendo una sujeción a su empleador, no puede considerarse que ese tiempo de trabajo se retribuya como hora extra, ya que no acompaña el fundamento o la ratio legis de este sistema remuneratorio, dado que la intensidad de las obligaciones asumidas es menor.

Mediante razonamiento similar el Tribunal Regional de Trabajo de la 4° Región, en Acórdão 676-73.2012.5.04.0029 RO, rechaza la reclamación de condena en horas de sobreaviso, realizada por un trabajador que debía permanecer en contacto con su empleador mediante teléfono celular, para atender los problemas que se suscitaban en los equipos de refrigeración del comercio empleador, y cuyo tarea en ese horario era específicamente recibir la llamada y derivarla a un equipo de trabajadores preestablecido, para que éste

fuera al lugar a reparar la avería.

Entendió el Tribunal que el reclamante no cumplía horas de sobreaviso, ya que su única función era recibir la llamada desde la empresa ante algún problema y derivar la misma a otros trabajadores que era los que se trasladaba al lugar a hacer la reparación. Por tanto, quienes estaban cumpliendo horas de sobreaviso, ya que realizaban un trabajo efectivo que les impedía disponer de su tiempo libremente, era ese equipo de trabajo, pero no el reclamante que se limitaba a derivar la llamada y quien no veía afectada su libertad de locomoción ya que podía recibir y derivar las llamadas desde cualquier lugar.

Por último, es de destacar que en ambos países se carece de legislación específica respecto de las horas de retén u horas de sobreaviso, por lo que los tribunales han resuelto estos puntos a través de un proceso de integración del derecho.

1.2 Criterios jurisprudenciales no coincidentes

Existen algunos puntos relativos al régimen de jornada de trabajo que se resuelven en forma diferencial en ambos países. Se destacan en este punto tres temas que analizaremos a continuación.

1.2.1 Reducción de la jornada y reducción salarial

El Tribunal Regional de Trabajo de la 4ª Región por Acórdão 113500-27.2009.5.04.0023 estableció la imposibilidad de reducir el salario en forma proporcional al tiempo trabajado, cuando se reduce la duración de la jornada de labor.

El caso en examen trata de una trabajadora bancaria que trabajaba 8 horas abonándosele determinada remuneración. De acuerdo al artículo 224 de la CLT los trabajadores bancarios tienen una jornada de 6 horas, por lo que esta trabajadora solicitó judicialmente la reducción de la jornada, a lo que se le hizo lugar condenándose al empleador a abonar las horas excedentes como horas extras. Ante esta resolución judicial el empleador reduce el salario de la trabajadora alegando que la remuneración percibida anteriormente estaba directamente relacionada a la jornada de 8 horas y por tal razón reduce el salario

en la proporción correspondiente.

Sometido a consideración del Tribunal en mismo concluye que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7, núm. VI de la Constitución Federal de 1988, que establece la irreductibilidad del salario. Por otra parte, la sentencia comentada también se funda en el artículo 468 de la CLT que sólo autorizan alteraciones en las condiciones del contrato de trabajo cuando se realizan por mutuo consentimiento o desde que no resulten en perjuicio para el trabajador, bajo la pena de nulidad de la cláusula que viole esta garantía.

En este sentido, el reducir el salario por voluntad unilateral de empleador supuso una alteración del contrato en perjuicio de la trabajadora, y por lo tanto, la nulidad. El hecho que haya mediado una reducción lícita de la jornada de labor, por aplicación del cumplimiento de la jornada máxima del sector de actividad en el que desarrollaba sus tareas la trabajadora, no altera dicha conclusión ya que, en aplicación del principio de estabilidad económica y de los principios constitucionales y legales señalados, el empleador no puede por su simple voluntad alterar *in peius* las condiciones del contrato de trabajo. En otras palabras, no puede reducir la jornada de trabajo con rebaja salarial proporcional en forma unilateral, aunque su decisión pretenda fundarse en la disminución proporcional consecuencia de ajustar la jornada de trabajo a la duración máxima legalmente impuesta.

En la jurisprudencia uruguaya, no se ha encontrado sentencias que resuelvan casos similares al planteado anteriormente. Sin embargo, el criterio de la disminución proporcional del salario respecto de la reducción de la jornada, se encuentra entre los criterios que se han manejado en Uruguay.

1.2.2 Reducción o supresión de horas extras: indemnización

En la sentencia No. 0114300-43.2008.5.04.0006 del Tribunal Regional de Trabajo de la 4ª Región, se hace referencia a una jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo de Brasil, recogida en la Súmula 291³ que determina que cuando el empleador decide suprimir las horas extras, debe indemnizar al trabajador que pierde de ganar el salario que en forma habitual venía cobrando por dicho concepto.

Esta posición jurisprudencia no se encuentra en la jurisprudencia uruguaya. Por el contrario, el criterio predominante en la jurisprudencia uruguaya

3 Resolución 1/1989 Diario Judicial de 14 de abril de 1989.

es que en base al carácter potestativo de las horas extras éstas pueden ser suprimidas por el empleador en cualquier momento y circunstancia, sin que esta decisión genere para el trabajador derecho a reclamar el mantenimiento de las horas extras o el pago de una compensación o indemnización.

La jurisprudencia uruguaya parte de la base que el empleador en ejercicio del *jus variandi* puede modificar, dentro de los límites de esta potestad, algunas condiciones laborales del trabajador.

En este sentido y con referencia al concepto de jornada o tiempo de trabajo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno en sentencia No. 49/2008, parte de la base que la determinación del horario de trabajo se encuentra dentro de los poderes de dirección del empleador. Es por esta razón que, en tanto no se pruebe que medio mala fe o intención de dañar en la decisión del empleador, el cambio de horario es considerado válido por la jurisprudencia uruguaya citada.

En este marco y sin perjuicio de lo dicho anteriormente, se ha planteado como criterio de ponderación jurisprudencial de la prueba, la necesidad de cotejar los dos intereses en juego; por un lado, el interés del empleador por establecer el cambio en cuestión y por otro lado, el interés del trabajador que en este caso, implica considerar el perjuicio que le pueda generar el cambio de horario indicado por su empleador. Para mediar en este dilema de ambos intereses, en aplicación de un criterio jurídico que en este caso no parece tener un alcance adecuado, la jurisprudencia ha referido al principio de razonabilidad. (Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º en Sentencia No. 272/2008). En otro caso sometido a decisión judicial, se ha dicho que el ejercicio de la potestad empresarial de reducir o suprimir las horas extras, no violenta la jornada laboral legal o convencional, sino que por el contrario, es una demostración de respeto de la misma. (Juzgado Letrado de Primera Instancias del Trabajo de 8º Turno, Sentencia No. 104/2010).

Es evidente que las sentencias comentadas aportan soluciones distintas en supuestos de hecho donde se genera la reducción del tiempo habitual de trabajo.

Por la proyección práctica que posee el criterio de la jurisprudencia brasilera, daremos cuenta brevemente de sus principales aspectos.

La sentencia del Tribunal Regional del Trabajo de la 4ª Región confirma la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo brasilero que indica en una parte su argumentación, que lo que da soporte a la indemnización por supresión

de horas extras es el llamado principio de la estabilidad financiera. Según esta jurisprudencia, esta idea general, estaría perfectamente justificada en la necesidad que el trabajador cuente con un ingreso estable y predecible, de manera de poder ordenar sus gastos en relación a su salario.

El hecho que el trabajador reciba el pago de horas extras en forma continua y permanente por un período prolongado, genera el derecho a ser protegido en su ingreso o como ocurre con el alcance dado al concepto en la Súmula 291, a ser reparado en el perjuicio sufrido. La jurisprudencia brasilera ha optado por la reparación del daño, indicando como criterio que el trabajador afectado reciba una indemnización por sufrir la pérdida o reducción de ingresos, generada por la decisión unilateral del empleador.

Según esta jurisprudencia, tanto el salario básico como el marginal son pasible de recibir la misma protección, lo que se traduce en que el salario cualquiera que sea su tipo, no puede ser reducido por el empleador y para el caso que ello ocurriera deberá pagar la indemnización, calculada en la forma que establece la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo brasilero.

La supresión de las horas extras genera el derecho a la indemnización bajo dos condiciones: a) las mismas deben realizarse en forma continua y b) la continuidad debe prolongarse por lo menos durante un año⁴.

La jurisprudencia del TRT de la 4^a Región, agrega a estas dos condiciones que para que se genere el derecho a la indemnización las horas extras suprimidas debieron ser cobradas por el trabajador. Parecería que este requisito no cuenta con mayores fundamentos, pero sin embargo, en una decisión que puede ser criticada, ha servido de argumento para que el Tribunal citado, le negara a la reclamante el derecho al cobro de la indemnización por supresión de horas extras.

En otro orden de cosas, según la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (Súmula N° 291), el cálculo de la indemnización correspondiente debe ser realizado a razón del valor de las horas suprimidas en un mes, multiplicado por cada año o fracción de año igual o superior a seis meses de prestación de servicios. La jurisprudencia mencionada agrega que para el cálculo se tomará en cuenta el promedio de las horas extras efectivamente trabajadas en los últimos

4 Si bien el plazo es menor al anteriormente planteado por la Súmula No. 76 de 1978, que fue revisada por la Súmula No. 291, antes se ponía el límite de dos años; en esta última se establece la reparación por equivalente, en cambio en la anterior se establecía que el valor de las horas extras pasaba a integrar el salario del trabajador a todos los efectos legales.

12 meses, multiplicado por el valor de la hora extra del día de la supresión.

En las decisiones judiciales comentadas, los fundamentos están estructurados sobre la base de considerar que el trabajador tiene derecho a una estabilidad salarial, aún tratándose de un ingreso que se devenga por el pago del trabajo extraordinario.

Sin lugar a dudas que la jurisprudencia brasilera que ha adoptado este criterio desde hace varios años, es innovadora respecto a su similar de Uruguay. Esta última es proclive a considerar que el carácter extraordinario del trabajo lo hace aleatorio y que, por lo tanto, no es asimilable al concepto de estabilidad, lo que genera un posición jurisprudencial contraria a que el trabajador tenga derecho a esa porción de salario aunque la haya percibido desde largo tiempo atrás en forma continua y permanente.

1.2.3 El tiempo de traslado a cargo del empleador o tiempo in itinere y el concepto de jornada de trabajo

En este punto, también es diferente la jurisprudencia de ambos países.

Cabe señalar que tanto en Uruguay como en Brasil existen disposiciones normativas generales que regulan el tiempo que insume el traslado del empleado desde su lugar de residencia a su lugar de trabajo y que esta normativa, establece las condiciones que debe tener el traslado para poder considerarse tiempo de trabajo.

Así en Uruguay, el artículo 9 del Decreto del 29/10/57 establece tres requisitos para que el tiempo de traslado se considere tiempo de trabajo a todos los efectos legales y reglamentarios: a) el lugar de trabajo se debe encontrar a más de un kilómetro del ferrocarril⁵ o centros poblados más cercanos, b) el transporte debe ser proporcionado por el empleador y c) el traslado debe durar más de una hora.

Por su parte, el artículo 58 núm. 2 de la CLT de Brasil, establece como requisitos que: a) el lugar de trabajo sea de difícil acceso o no se pueda acceder por transporte público y b) que el traslado sea de cargo del empleador.

A los dos requisitos establecidos en la Consolidación de Leyes del

5 Sería correcto considerar esta referencia como análoga a transporte público colectivo.

Trabajo, en el derecho brasileiro debe agregarse lo dispuesto en la Súmula 90⁶ del Tribunal Superior del Trabajo de ese país, que ha agregado a los requisitos establecidos en el artículo 58 antes citado, dos condiciones adicionales, que el Tribunal utiliza como fundamentos para concluir que el tiempo de traslado sea considerado como tiempo trabajado.

Las condiciones que incluye esta jurisprudencia son: a) que exista incompatibilidad de los horarios del transporte público con los horarios de comienzo y/o finalización de la jornada de trabajo y b) que el transporte público solo cubra parte del trayecto y la distancia restante se realiza en transporte ofrecido por el empleador; en este caso solo, según el Tribunal, solo se computará como tiempo de trabajo el que demanda el trayecto realizado con transporte suministrado por el empleador. Aclara esta Súmula que la mera escasez de transporte no habilita a considerar el tiempo del viaje como trabajado. En cuanto a la naturaleza jurídica que el Tribunal atribuye a éste tiempo de traslado, considera que de exceder la jornada convencional debe ser catalogado de hora extra y abonado con el recargo correspondiente a las mismas.

Es apreciable que en la primera de las condiciones que incluye el Tribunal Superior del Trabajo brasileiro, se produce una ampliación del criterio jurídico que permite incluir el tiempo de traslado en el concepto de tiempo de trabajo o jornada de trabajo. Según la jurisprudencia citada, para descartar que no estemos dentro del concepto de tiempo de trabajo, es necesario que además de existir transporte público, el mismo tenga horarios sincronizados con la hora de comienzo y finalización de la jornada. De acuerdo con este criterio jurisprudencial, en la medida que el trabajador no puede utilizar el transporte público en horarios o frecuencias adecuadas para llegar a su trabajo en hora coincidente con el comienzo de sus actividades, el empleador no podrá excusarse en la existencia de transporte público.

Todos los requisitos y condiciones que sirven de argumento a la jurisprudencia de cada país, aunque son diferentes en su formulación, tiene similar fundamento.

Veamos una síntesis de los argumentos utilizados:

a) no hay transporte público o en caso de que el mismo exista, los horarios del transporte público no son compatibles con los horarios de comienzo

⁶ Resolución No. 129 Diario judicial, del 5 de abril de 2005.

y finalización de la jornada de trabajo del trabajador.

b) el trabajador debe utilizar para su desplazamiento un transporte proporcionado por su empleador, lo que implica que el trabajador queda sometido a la disponibilidad del empleador y por lo tanto pierde la disponibilidad de su tiempo.

c) el traslado durar más de un determinado tiempo (una hora en la norma uruguaya).

d) Debe existir una cierta distancia en el recorrido del traslado. (Un kilómetro en la norma uruguaya).

En estos dos últimos aspectos tanto la norma como la jurisprudencia que la aplica hacen funcionar el principio de razonabilidad como forma de aportar criterios basados en situaciones objetivas que refieren a tiempo prolongados dedicados al traslado.

Veamos ahora alguna de las sentencias que se han analizado comparativamente donde efectivamente se reconocerán algunos de los criterios jurídicos que hemos adelantado en los párrafos anteriores.

Por Acórdão N° 0000227-79.2011.5.04.0741 RO, el 5° Turno del Tribunal Regional de Trabajo de la 4° Región, se interpreta que la Súmula No. 90 exige dos condiciones y que las mismas deben configurarse simultáneamente. Como hemos visto, las condiciones son: a) que el local de trabajo sea de difícil acceso y b) que no exista transporte público hacia el mismo. En base a estos elementos, y entendiendo que no se logró probar que en el caso se dieran estas condiciones, el Tribunal concluye que el tiempo de transporte que brindaba el empleador, no puede considerarse como tiempo de trabajo.

En el mismo sentido, por Acórdão N° 0001084-40.2010.5.04.0522 RO, el 9° Turno de dicho Tribunal, consideró que el demandado, para librarse del pago del tiempo de traslado, debió acreditar que ofrecía transporte a sus empleados por mera liberalidad, prueba que se lograba mediante la demostración de que existía transporte público apto, durante el horario de trabajo.

En la jurisprudencia brasilera cuando el traslado ofrecido por el empleador se hace por mera liberalidad o conveniencia de éste, no se considera tiempo de trabajo siempre que se pruebe que el lugar de trabajo no era de difícil acceso y que existe transporte público hacia el lugar de trabajo en horario

adecuado para que el trabajador pueda cumplir con su jornada de trabajo.

En base a una legislación más concreta, la jurisprudencia uruguaya relevada ha generado otros contenidos.

Debe advertirse que en Uruguay el sector de actividad en el que últimamente se ha planteado este tema es el forestal. Aquí es normal que los trabajadores deban trasladarse varios kilómetros a las zonas forestadas hasta llegar a la zona donde desarrollan sus actividades. Por tratarse de zonas rurales donde no existe transporte público es el empleador el que proporciona el medio de locomoción, hecho que genera el reclamo de los trabajadores por la remuneración del tiempo de traslado.

En estos casos, la jurisprudencia ha entendido (teniendo presente el concepto de trabajo efectivo), que el trabajador se encuentra sujeto a la voluntad del empleador y a su poder de dirección, por lo que, si bien no está cumpliendo su tarea específica, se considera tiempo a la orden y por tanto tiempo efectivo de trabajo.

La jurisprudencia uruguaya ha establecido que el trabajador no tiene libertad de acción al encontrarse confinado en el medio de transporte. Los empleadores demandados han esgrimido como defensa, que el trabajador durante el traslado puede leer, escuchar música, comer etc., por lo que no está cumpliendo una orden de trabajo. La jurisprudencia ha indicado que lo que se valora a la hora de establecer esa sujeción es la libertad de acción, la libertad de movimiento, concluyendo que durante el trascurso del viaje el trabajador no puede hacer lo que quiere, sino que está sujeto a la voluntad del empleador dentro del transporte que lo lleva a su lugar de trabajo. Esta situación de sujeción es lo que lleva a la jurisprudencia a considerar que este tiempo de traslado, cuando supera el horario legal o convencional, debe ser catalogado de horas extras.

Ahora bien, atendiendo a los requisitos exigidos por el artículo 9 del Decreto del 29/10/57 antes citado, la jurisprudencia, unánimemente, exige que se acredite que el traslado brindado por el empleador ha insumido más de una hora y aunque en el caso jurisprudencia planteado en el comentario, no se controvierte que la distancia es mayor a un kilómetro, también es un requisito de la legislación uruguaya que el traslado sea superior a un kilómetro de distancia.

Así el Tribunal de Apelaciones de 1º Turno por sentencias N° 48/2010 y 138/2010, señala que de la prueba aportada en el expediente surge acreditado que el tiempo de traslado insumía más de una hora a la ida y lo mismo a la vuelta, por tanto, excediéndose en el caso la limitación de la ley laboral, se

deben considerar como tiempo trabajado y como hora extra y por lo tanto, remunerarse con el recargo correspondiente. Igual posición sustenta el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno en sentencia N° 195/2009.

También aclara este Tribunal en sentencia No. 199/2008, que la norma no exige que se supere la hora tanto a la ida como a la vuelta, sino que basta que en uno de los viajes se supere la hora para que ésta sea computada como trabajada.

Observando ambas jurisprudencias, podemos advertir una divergencia importante. En efecto, la jurisprudencia uruguaya considera que por el solo hecho objetivo que el empleador asuma el traslado del trabajador, si este excede de una hora de duración y el trayecto es mayor a un kilómetro es considerado tiempo de trabajo, sin importar si ello beneficia al trabajador, ya que se parte de la base de que existe una motivación de conveniencia para empleador, que se asegura que sus trabajadores estén a tiempo en el lugar de trabajo. Mientras tanto, para la jurisprudencia brasilera, el tiempo que dure el traslado no es relevante, y sí lo es el acceso difícil al lugar de trabajo y la falta de transporte público, condiciones que deben existir conjuntamente. De lo contrario el criterio sustentado es que el traslado a cargo del empleador es una mera liberalidad del empleador, que no genera pago extraordinario por no ser considerado tiempo de trabajo.

Conclusiones

En materia de tiempo de trabajo es evidente que ambas jurisprudencia han desarrollado conceptos que se apoyan en el carácter de orden público de las normas vigentes en cada país.

Coincidentemente, ambas jurisprudencias distinguen el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo a la orden o a disposición del empleador, para aplicar el criterio de horas extras.

Es destacable que la jurisprudencia brasilera ha adoptado decisiones innovadoras que en alguna medida cumplen con el objetivo tuitivo del derecho del trabajo. La misma hace referencia al principio de estabilidad económica como fundamento de la decisión judicial que opta por favorecer la predictibilidad del salario y por proteger el ingreso salarial del trabajador dependiente, generando un concepto que muestra una tendencia a dejar atrás dos ideas que en la jurisprudencia uruguaya parecen estar muy presentes. Nos referimos a la idea del contrato de trabajo como instrumento de regulación de la relación laboral y al

concepto de *jus variandi*, radicado en el ejercicio de la potestad de dirección del empleador.

Por último, las circunstancias en que se desarrollan las actividades en algunos sectores productivos, ha determinado que el alcance del concepto de jornada o tiempo de trabajo llegue a abarcar situaciones en las que el trabajador no ha comenzado a trabajar pero que por las circunstancias en las que se desarrolla el trabajo, le imponen al trabajador estar una situación de pérdida de libertad. El hecho que el trabajador no pueda disponer de su tiempo en beneficio propio es determinante en esta jurisprudencia, para encuadrar dentro del concepto de jornada de trabajo, el tiempo que insume el traslado al lugar de trabajo. La jurisprudencia comentada, confirma que el carácter conmutativo de la relación laboral no se calibra en base a un criterio aritmético sino considerando la situación de libertad del hombre que trabaja.