

//tencia N° 1209

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR LUIS TOSI BOERI

Montevideo, cinco de agosto de dos mil diecinueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"GOGGIA QUINTANA, Estela y otros c/ ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD DEL ESTADO - ASSE. Cobro de pesos. Excepción de inconstitucionalidad art. 6 de la ley N° 19.121 y Casación"**, IUE 2-51026/2016, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3^{er} Turno, identificada como SEF 0007-000129/2018.

RESULTANDO:

1) A fs. 85-97 comparecieron Estela Goggia, Sandra Silva, Daniela Baeza, Pablo Pérez, Leonardo Pérez, Laura Castillo, Cecilia Rosa, Estela Da Silva y Lety Rodríguez, quienes demandaron a la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE).

Expresaron que son personal presupuestado de ASSE y que desempeñan funciones en el Hospital Vilardebó.

Reclamaron el pago de los siguientes rubros: descansos intermedios, prima por

antigüedad, diferencias en los salarios, entrega de uniformes y su lavado especial y, daños y perjuicios. Además, solicitaron la condena de futuro de los rubros reclamados, al amparo de lo establecido en el artículo 11 del C.G.P.

2) A fs. 102-113 vto. compareció la demandada ASSE, oportunidad en la que contestó la demanda contradiciéndola y opuso excepciones de caducidad y de prescripción.

3) Cabe consignar que no comparecieron a la audiencia preliminar los co-accionantes Medina, Baeza y Castillo (fs. 118); en consecuencia, se los tuvo por desistidos de sus respectivas pretensiones (resolución N° 748/2017, del 6 de setiembre de 2017).

4) Por sentencia interlocutoria N° 749/2017, del 6 de abril de 2017, se desestimó la excepción de caducidad interpuesta, amparándose parcialmente la prescripción de los créditos reclamados exigibles en el periodo anterior al 21 de noviembre de 2012 (fs. 120 vto.).

5) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 69/2017 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14° Turno, dictada el 26 de octubre de 2017 por su titular, el Dr. Fernando Tovagliare, se falló:

"1- Amparando parcialmente la demanda y haciendo lugar:

a) Al reclamo por la falta de entrega de elementos de protección a favor de los accionantes, (con excepción de aquellos a los que se los tuvo por desistidos de su pretensión: S. Medina, D. Baeza y L. Castillo) cuya liquidación se diferirá al amparo de lo dispuesto por el artículo 378 del C.G.P., sin perjuicio de su condena a futuro.

b) Al reclamo por concepto de descansos intermedios y condenando a la demandada al pago de las partidas salariales correspondientes a los descansos intermedios no gozados por los accionantes (con excepción de aquellos a los que se los tuvo por desistidos de su pretensión), en el periodo comprendido entre el 21/11/2012 y el 4/11/2016, con los descuentos legales pertinentes por aportes de seguridad social, IRPF y FONASA en cuanto corresponda, difiriéndose la liquidación a la vía prevista por el artículo 378 del C.G.P, con los reajustes e intereses previstos en los 'Considerandos nos.: 8 y 9' precedentes.

2- Desestimando el resto de los reclamos formulados.

3- Todo sin especial condenación"(fs. 570-577).

6) En segunda instancia

entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3^{er} Turno, integrado por sus miembros naturales, Dras. Mary Alonso, Claudia Kelland y Loreley Opertti. Esa Sala, por sentencia definitiva identificada como SEF 0007-000129/2018, del 25 de julio de 2018, falló:

"Confirmando la Sentencia impugnada en todos sus términos. Sin especial condenación en el grado" (fs. 602-620).

7) A 624-631 vto. compareció la ASSE e interpuso recurso de casación.

En síntesis, expresó los siguientes agravios:

a) La Sala, en cuanto a la pretensión de pago de los descansos intermedios, infringió o aplicó erróneamente lo establecido por la ley N° 19.121 y el decreto N° 169/2014. Estas normas establecen la regulación de la jornada ordinaria de trabajo exclusivamente para los funcionarios del Poder Ejecutivo.

En efecto, los artículos 1 y 2 de la ley N° 19.121, respecto a su objeto y ámbito de aplicación, resultan bien precisos en cuanto a que esa ley *"tiene por objeto regular las relaciones de trabajo entre el Poder Ejecutivo con sus funcionarios públicos"* y que *"se aplica a los funcionarios públicos del Poder Ejecutivo"*.

La ley N° 19.121 autolimitó su ámbito de aplicación a los funcionarios del Poder Ejecutivo, por tanto no corresponde la extensión de un derecho que el legislador claramente acotó a los funcionarios de dicho Poder del Estado.

Es claro que nuestro régimen constitucional de estatutos múltiples, distribuye potestades estatutarias, reservando al legislador el dictado de las normas relativas a los servicios descentralizados (Constitución de la República, artículo 59). En este sentido el propio legislador limitó a texto expreso la aplicación de la ley N° 19.121 a los funcionarios del Poder Ejecutivo. Esto se desprende con total nitidez del tenor literal de la norma, así como de sus antecedentes legislativos.

Asimismo, emerge claramente del contexto de la ley, la cual, en diversos artículos como el artículo 3° alude a funcionarios "del Poder Ejecutivo". El propio artículo 6 de la ley N° 19.121, que consagra el derecho al "*descanso intermedio*", refiere a que el Poder Ejecutivo "*podrá establecer regímenes extraordinarios o especiales*".

Por otra parte, el artículo 103 prevé que el contenido de lo dispuesto en los artículos que refieren a distintos aspectos, entre ellos al descanso intermedio, será tenido en cuenta

"para su aplicación gradual a los funcionarios dependientes de los organismos comprendidos en los literales B) a E) del artículo 59 de la Constitución de la República".

Afirmó que, en definitiva, la opción del legislador fue clara: estableció dos regímenes legales diversos, coexistentes: la ley N° 19.121 para el Poder Ejecutivo y el decreto ley N° 10.388, y sus modificativas, todas recogidas en el TOFUP.

La ley N° 19.121 en su artículo 101 dispuso a texto expreso una desaplicación de todo el régimen jurídico estatutario anterior (TOFUP) a los funcionarios del Poder Ejecutivo que, desde la aprobación de la referida ley, se rigen por esta. Empero, el citado artículo 101 no derogó, ni expresa ni tácitamente, todo el estatuto vigente hasta el momento y que ha sido recogido y ordenado en el TOFUP.

La ASSE aplicó la normativa vigente, esto es, el Estatuto del Funcionario aprobado por el decreto ley N° 10.388 y sus modificativas.

En definitiva y, en lo que respecta a la condena por descansos intermedios trabajados, señaló que la Sala aplicó erróneamente el Derecho.

b) La Sala, al confirmar la condena por la no entrega de elementos de seguridad, incurrió en un error de derecho.

En su acto de proposición inicial los actores se limitaron a reclamar una serie incumplimientos sin mencionar, precisar o expresar un solo fundamento de su pretensión. Asimismo, no aportaron un solo elemento que permita amparar el rubro.

La demandada probó que el Hospital Vilardebó entregó uniformes a sus funcionarios y que es una carga de éstos el retiro del mismo. En consecuencia, la Sala incurrió en una inadecuada valoración de la prueba obrante en autos.

Las declaraciones testimoniales aportadas por la actora fueron absolutamente insuficiente para acreditar la procedencia del rubro reclamado, en tanto, la testimonial y documental ofrecida por la ASSE conduce, de manera incuestionable, a concluir que se entregaron los uniformes a los accionantes. En el punto se remitió a lo expresado al deducir el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

c) En definitiva, solicitó se ampare el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, se anule la impugnada, desestimándose la demanda en todos sus términos.

8) A fs. 637-646 compareció la parte actora y contestó el recurso de casación de su contraria al tiempo que solicitó, por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 6 de la ley N° 19.121.

9) El proceso se suspendió a los efectos de la tramitación del proceso de inconstitucionalidad planteado, el cual fue resuelto por esta Suprema Corte de Justicia por sentencia N° 330/2019, del 18 de febrero de 2019, en la cual se desestimó por mayoría la defensa de inconstitucionalidad opuesta (fs. 678-679).

10) Por resolución N° 340/2019, del 14 de marzo de 2019, se dispuso el pase a estudio y se llamó la causa para sentencia (fs. 684 vto.).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia desestimará por unanimidad los agravios relativos a la condena al pago derivado de la omisión de entregar elementos de protección (uniformes) y, por mayoría -integrada por los Dres. Elena Martínez, Jorge Chediak y Eduardo Turell-, acogerá el agravio relativo a la condena al pago de los descansos intermedios no gozados.

II) En cuanto al cuestiona-

miento de la admisibilidad del recurso.

Con carácter liminar, corresponde que la Corte se pronuncie acerca de la admisibilidad del recurso de casación interpuesto, aspecto que fue cuestionado por la parte actora al evacuar el traslado (fs. 637-639).

En efecto, la parte actora postuló la improcedencia formal del recurso de casación por dos cuestiones diferentes: la cuantía del asunto y en que, habida cuenta de que hubo dos pronunciamientos coincidentes, rige la regla prevista en el artículo 268 inciso segundo del C.G.P.

Los cuestionamientos a la admisibilidad del recurso no son de recibo.

La parte actora sostiene que a los efectos de determinar el monto del asunto corresponde detraer las sumas reclamadas por los co-accionantes Media, Baeza y Castillo, quienes no concurrieron a la audiencia preliminar y, en su mérito, se los tuvo por desistidos de sus respectivas pretensiones.

No le asiste razón.

Tal como la Corte lo ha señalado reiteradamente, los requisitos de admisibilidad del recurso de casación deben configurarse al momento de promoverse la acción respectiva (cf. sentencias N^{os}

674/1994, 796/1996, 117/2014, 2.208/2018, entre otras). En consecuencia, la inasistencia de los co-accionantes carece de incidencia a los efectos de determinar el monto del asunto el que, conforme emerge de la demanda, asciende a \$8.958.563,54, equivalentes a 9.662,78 unidades reajustables (considerando el valor de la unidad reajutable en junio de 2016). Dicho importe excede con creces el mínimo legal habilitante.

En lo que respecta a la inadmisibilidad derivada de la existencia de dos soluciones coincidentes, tampoco le asiste razón a la parte actora. En efecto, tratándose la ASSE de una entidad estatal (artículo 268 del C.G.P.) y dado el monto reclamado, el recurso movilizado resulta admisible.

III) En cuanto al agravio por la condena al pago del crédito derivado de la omisión de entrega de elementos de protección (uniformes).

Como venimos de adelantar, la Corte desestimaré este agravio con el concurso unánime de sus miembros naturales.

III.1) El agravio.

Como se reseñó en el resultando VII, literal "b", de esta decisión, la recurrente se agravio porque la Sala, confirmó la condena al pago de la no entrega de uniformes.

Afirmó que probó que el Hospital Vilardebó entregó uniformes a sus funcionarios así como que es una carga de los beneficiarios su retiro.

En consecuencia, sostuvo que la Sala incurrió en una errónea valoración de la prueba producida; las declaraciones testimoniales ofrecidas por la actora fueron absolutamente insuficiente para acreditar la procedencia del rubro reclamado, en tanto, la testimonial y documental aportada por la ASSE conduce, de manera incuestionable, a concluir que se entregaron los uniformes a los accionantes. Señaló que, a los efectos de no incurrir en reiteraciones, cabía remitirse a lo expresado en su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

III.2) La improcedencia del agravio.

La Corte, por unanimidad, considera que este agravio no cumple con la carga de la debida argumentación establecida por el artículo 273 del C.G.P., por lo que el recurso no puede prosperar. Corresponde desestimar el agravio por cuanto no cumple con las exigencias formales de admisión.

En el caso, la recurrente incumplió con la carga de alegar cuál era el concreto

motivo de agravio y en qué sentido no compartía la valoración de la prueba realizada en segunda instancia.

De acuerdo con los términos en que se estructuró la impugnación, la causal referida no surge, expresa o implícitamente, invocada en términos que habiliten su análisis en casación.

No basta con afirmar "*Esta parte probó que el Hospital Vilardebó entrega uniformes a sus funcionarios y que es una carga del funcionario el retiro del mismo (...)* La testimonial aportada por la actora respecto a este rubro fue absolutamente insuficiente para acreditar la procedencia de este reclamo, en tanto la testimonial así como documental aportada por mi mandante se desprende de manera incuestionable la entrega de uniformes a los actores" (fs. 631). ¿A cuáles testimonios refiere? ¿Cuál fue el contenido que avala sus dichos? ¿A qué documentos refiere?

La Corte no puede ingresar al análisis de lo no expresado.

El incumplimiento de lo establecido en el artículo 273 del C.G.P. se hace patente además, porque la ASSE en el punto se remitió a lo expresado en actos procesales anteriores lo cual, como ha sostenido reiteradamente el Cuerpo, resulta inadmisibile. El recurso de casación debe ser

autosuficiente, por lo que, no resulta bastante la remisión a consideraciones efectuadas en otras oportunidades procesales (alegatos, apelación etc.), como lo realiza la demandada en algunos pasajes (fs. 631).

En tal sentido, expresó la Corte: "(...) la recurrente no cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 273 del C.G.P., al no haber explicitado de qué manera las mencionadas normas resultaron infringidas por la decisión del Tribunal.

En tal sentido, corresponde reiterar lo sostenido por la Corte en sentencia N° 125/2008 en cuanto a que: (...) basta citar la opinión del Prof. Vescovi, quien expresa en su valioso estudio sobre 'El recurso de Casación': '(...) El requisito fundamental del recurso, se ha dicho, consiste en individualizar el agravio, de modo que a través de los motivos pueda individualizarse, también, la violación de la ley que lo constituye. En nuestro Derecho, la ley lo exige expresamente, siguiendo el derecho comparado y el Tribunal juzgará este requisito al resolver la admisibilidad del recurso. La primera exigencia consiste en citar concretamente cuál es la norma de derecho que se entiende violada ('infringida') o 'erróneamente aplicada' (Ob. Cit. Ed. 1996. pág. 107)'.

Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, en lo que respecta a la forma de interposición del recurso de casación regulada por el artículo 273 del Código General del Proceso, la impugnación debe ser autosuficiente en cuanto a la expresión de los motivos concretos que fundan su interposición, no bastando la remisión a consideraciones efectuadas en otras oportunidades procesales (Sentencia Suprema Corte de Justicia N° 144/991, entre otras), (cf. sentencia N° 545/2013)"; (cf. sentencias N°s 302/2015 y 646/2017, entre muchas otras).

IV) En cuanto al agravio por haberse condenado al pago de la remuneración del descanso intermedio.

Este agravio será amparado por la Corporación, con el concurso de voluntades de los Dres. Elena Martínez, Jorge Chediak y Eduardo Turell.

A juicio de los Dres. Bernadette Minvielle y del redactor, en cambio, correspondería rechazar el agravio, por las razones que expondrán en su discordia.

IV.1) El agravio.

En su demanda los actores manifestaron que tienen una jornada de trabajo de 6 horas como el personal de la salud, pero a pesar de que todo trabajador que cumple una jornada superior a 3 o 4

horas continuas de labor tiene derecho al descanso intermedio de media hora, no acontece lo mismo con los accionantes quienes trabajan por 6 horas sin parar (fs. 90-91 vto.).

Señalaron que si bien son funcionarios públicos y el estatuto no prevé el descanso intermedio, son trabajadores y, como tales, gozan de ese derecho fundamental el que, en la salud, se reconoce ya desde el año 1957. Esto es, expresaron que el descanso intermedio de media hora es un derecho de carácter general (artículos 72 y 332 de la Carta) que comprende a los actores sin perjuicio de revestir el carácter de funcionarios públicos.

La demandada por su parte, al evacuar el traslado (fs. 110-110 vto.), expresó que los accionantes, quienes cumplen 6 horas de labor, no tienen derecho al descanso intermedio, pues no existe fundamento constitucional ni legal que los ampare.

En primera instancia el *a quo* entendió que a los accionantes, a pesar de cumplir una jornada de 6 horas diarias, igualmente les corresponde la realización de un descanso intermedio, no de 30 minutos, sino en proporción de 23 minutos. Fundó su decisión en que los actores gozan de un beneficio constitucional consistente en el derecho a la limitación de la jornada y al descanso intermedio y que, la ley N°

19.121 en su artículo 6, si bien reconoce el derecho a un grupo de funcionario públicos, no puede interpretarse como que excluye a otros (en el caso los actores) a los cuales les resultan aplicables principios constitucionales que rigen el trabajo de las personas. Expresó que los principios laborales deben inspirar la solución de problemas generados en la relación de trabajo dependiente, sea de actividad pública o privada; esto es, el funcionario público es un trabajador que, como tal, resulta alcanzado por las disposiciones que rigen el trabajo como hecho social y, en especial, el trabajo subordinado.

En segunda instancia el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3^{er} Turno confirmó el fallo de primer grado. El *ad quem* si bien compartió la fundamentación ensayada por el *a quo*, fue un paso más adelante. En efecto, no solo entendió (como el *a quo*) que la consagración en el artículo 6 de la ley N° 19.121 del beneficio para cierto grupo de funcionarios (del Poder Ejecutivo) no permite excluir a otros (en el caso, los de ASSE) a los cuales les resultan aplicables principios constitucionales y del derecho del trabajo (de los cuales se extrae el derecho), sino que, además, consideró directamente aplicable la ley N° 19.121 a los accionantes.

Así señaló: "*La apelante*

no cuestiona la proporcionalidad, sino el amparo mismo de la pretensión.- La recurrente no comparte el criterio del sentenciante, en el sentido de que la ley 19.121 en su artículo 6° no pretende excluir del beneficio constitucional del derecho a la limitación de jornada y al descanso intermedio a los funcionarios de ASSE.- En su criterio dicha ley no es aplicable a los funcionarios reclamantes, y tampoco lo es la normativa de derecho laboral, siendo que la relación entre ésta y los actores es de carácter estatutario, actuando bajo la órbita del Derecho Público y debe regirse por los estatutos funcionales particulares.- Tampoco es de recibo tal agravio.-

Resulta incomprensible que ASSE, que tiene -entre otros- por cometido 'Organizar y gestionar los servicios destinados al cuidado de la salud en su modalidad preventiva y tratamiento de los enfermos (ley 18.161 artículo 4 literal A) y 'Desarrollar el cumplimiento de los derechos en materia de salud que tienen los habitantes de la República, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución de la República, así como a quienes se comprometa a brindar servicios para lo que está habilitada, dentro del marco de los programas nacionales elaborados por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Salud Pública y las leyes de conformación del Sistema Nacional Integrado de

Salud' (artículo 4 literal E de la citada ley), insista en sostener que no existe norma legal ni constitucional que otorgue el derecho a sus funcionarios -auxiliares de enfermería del Hospital Vilardebó- el derecho a un descanso intermedio de tan solo media hora como fuera alegado en la demanda, o aún de 23 minutos como resultó dispuesto por la atacada.-

El argumento central de ASSE en su escrito impugnativo es que, sus funcionarios están sujetos a una relación estatutaria y no existe norma que establezca para sus funcionarios el descanso intermedio, no siendo aplicable a ellos la ley 19.121.-

Contrariamente a lo que sostiene ASSE, la Sala entiende aplicable a sus funcionarios la ley 19.121 y a partir de ello, comparte el criterio ampliamente desarrollado por el sentenciante.-

En tal sentido, doctrina y jurisprudencia del T.C.A. se han pronunciado recientemente en punto a la aplicabilidad de dicha ley a los funcionarios de los servicios descentralizados, cuando no exista -como en el caso- una ley que regule su situación particular-".

Más adelante agregó: "En el caso, en principio los funcionarios de ASSE se rigen por las normas generales del Estatuto del Funcionario

Público (artículo 16 ley 18.161) y no se ha afirmado por la demandada que existiera un Estatuto particular que estableciera un régimen laboral diferente.-

En consecuencia, rige la ley 19.121 y su artículo 6 que regula la jornada ordinaria de trabajo, debiendo dicha norma ser interpretada -tal como lo expresó el Sr. Juez a quo en Considerando 6- de acuerdo al principio constitucional de limitación de la jornada y con el derecho a la seguridad y salud en el trabajo inherente a la personalidad humana, compartiendo la Sala dicha fundamentación, a la que se remite-".

Se agravió la parte demandada por cuanto entiende que la Sala aplicó erróneamente el Derecho al establecer que a los accionantes le corresponde el descanso intermedio. Fundó exhaustivamente las razones por las cuales considera que no resulta aplicable a los funcionarios de la ASSE la ley N° 19.121 y expresó que aplicó la normativa vigente, esto es, el Estatuto del Funcionario aprobado por el decreto-ley N° 10.388 y sus modificativas, recogidas en el TOFUP, normativa que no consagra el derecho reclamado.

Pues bien, a partir de la fundamentación ensayada por el Tribunal y en atención a los agravios articulados por la parte demandada, a

juicio de quienes conforman la mayoría sobre este punto, hay dos aspectos a analizar: i) por un lado, si resulta aplicable la ley N° 19.121 a los trabajadores de la ASSE y; ii) si los accionantes, a pesar de que en el TOFUP no se estableció el beneficio reclamado, igualmente gozan de ese derecho a partir de la aplicación de preceptos que tutelan al trabajador subordinado.

IV.2.1) En cuanto a la aplicabilidad de la ley N° 19.121 a los trabajadores de la ASSE.

A juicio de los Dres. Martínez, Chediak y Turell asiste plena razón a la impugnante en cuanto a que a los accionantes, en tanto funcionarios de la ASSE y no de la Administración Central, no se encuentran comprendidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley 19.121.

La Corporación ya ha tenido ocasión de pronunciarse "incidenter tantum" sobre el punto al analizar la legitimación de funcionarios de la Entidad demandada en oportunidad en que plantearon la inconstitucionalidad del artículo 6 de la ley N° 19.121. Así, en sentencia 1641/2018 (entre muchas otras), los Dres. Martínez, Turell y Morales, y en términos que la mayoría referida reitera en el párrafo anterior reitera, se sostuvo:

"Corresponde desestimar la

excepción de inconstitucionalidad impetrada, por cuanto los excepcionantes carecen de legitimación activa, esto es, no son titulares de un interés que pueda ser calificado como directo, personal y legítimo. Ello en la medida de que la norma impugnada (artículo 6 de la ley N° 19.121), en opinión de los Sres. Ministros Dres. Jorge Chediak, Elena Martínez, Doris Morales y el redactor, no les resulta aplicable (...)

Veamos. El artículo 6 de la ley N° 19.121 (denominada 'Regulación del estatuto del funcionario público de la Administración Central') se encuentra contenido en el Capítulo II ('Condiciones de trabajo, derechos, deberes y obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades') y establece:

'(Jornada ordinaria de trabajo).- La jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios públicos que ingresen a partir de la vigencia del presente Estatuto, será de ocho horas diarias efectivas de labor y cuarenta horas semanales, con un descanso intermedio de treinta minutos, período que integra la jornada y será remunerado como tal.

El Poder Ejecutivo podrá establecer regímenes horarios extraordinarios o especiales, atendiendo a razones de servicio debidamente fundadas, con informe previo y favorable de la Oficina Nacional del Servicio Civil'. (...)

La norma transcripta debe analizarse conjuntamente con los artículos 1 y 2 ejusdem.

El artículo 1° de la ley N° 19.121 establece que el estatuto disciplinado en el cuerpo normativo *'...tiene por objeto regular las relaciones de trabajo del Poder Ejecutivo con sus funcionarios públicos, en un marco de profesionalización, transparencia, eficacia y eficiencia'*.

A su vez, el artículo 2° disciplina el ámbito subjetivo de aplicación, el cual comprende a *'...los funcionarios públicos del Poder Ejecutivo, con excepción de los funcionarios diplomáticos, consulares, militares, policiales y de los magistrados dependientes del Ministerio Público y Fiscal'*.

Conforme emerge de la normativa transcripta, la disposición impugnada, contenida en el estatuto regulado por la ley N° 19.121, se aplica exclusivamente a los funcionarios de la Administración Central. A tal conclusión se arriba, indefectiblemente, mediante la aplicación de los criterios de interpretación postulados en el C.C. (artículos 17 y ss.).

En primer lugar, el tenor

literal de los artículos 1 y 2 resulta claro en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del estatuto el que, la propia norma, denomina 'Regulación del estatuto del funcionario público de la Administración Central'. Esto es, disciplina las relaciones de trabajo del Poder Ejecutivo con sus funcionarios públicos, resultando contundente la ley en este sentido.

En segundo término, también conduce a la misma conclusión una interpretación sistemática de las disposiciones del estatuto (artículo 20 del C.C.). En este sentido y, a los efectos de analizar el alcance de los artículos 1 y 2 de la ley N° 19.121, resulta de suma utilidad lo establecido por el artículo 102 ejusdem.

La citada norma señala: 'A los efectos del presente Estatuto se considerarán disposiciones transitorias y especiales las siguientes: (...)

F) El contenido de lo dispuesto en los artículos que refieren a objeto, definición, principios fundamentales y valores organizacionales, requisitos formales para el ingreso a la función pública, descanso semanal, reducción de jornada, licencia anual reglamentaria, licencias especiales, acumulación de remuneraciones y excepciones, descuentos y retenciones sobre sueldos, sueldo anual

complementario, hogar constituido, asignación familiar, prima por antigüedad, prima por matrimonio o concubinato reconocido judicialmente, prima por nacimiento o adopción, Fondo Nacional de Salud, seguro de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, jubilación, libertad sindical, derechos colectivos, enumeración de deberes y obligaciones, enumeración de prohibiciones e incompatibilidades, evaluación de desempeño, principios generales, definición de evaluación por desempeño, definición de cargo, titularidad del cargo, ascenso, derecho al ascenso, obligación de subrogar, potestad disciplinaria, principios generales, definición de falta, apreciación de la responsabilidad disciplinaria, recursos administrativos, desvinculación del funcionario público, en lo que correspondiere, será tenido en cuenta para su aplicación gradual a los funcionarios dependientes de los organismos comprendidos en los literales B) a E) del artículo 59 de la Constitución de la República, en un plazo máximo de veinticuatro meses, previo a dar cumplimiento con lo dispuesto por la ley N° 18.508, de 26 de junio de 2009'.

La disposición transcrita prevé que ciertos aspectos del estatuto establecido por la ley N° 19.121, en lo que correspondiere y en un plazo máximo de 24 meses, se tendrán en cuenta para su aplicación gradual a los funcionarios dependientes de

los organismos comprendidos en los literales B) a E) del artículo 59 de la Constitución Nacional (dentro de los cuales se encuentran los accionantes -Literal E-).

Pues bien, si el propio cuerpo normativo proyectó en su artículo 102 una aplicación gradual de sus disposiciones a los funcionarios de los Servicios Descentralizados (entre ellos ASSE), resulta, indefectiblemente, que el legislador no los consideró incluidos dentro de su ámbito subjetivo de aplicación. Esto es, si el estatuto abarcara a todos los funcionarios de los organismos comprendidos en el artículo 59 de la Constitución Nacional, cabría preguntarse: ¿Por qué entonces prevé una aplicación gradual de sus disposiciones? La respuesta resulta clara: se proyecta porque esos funcionarios no se encuentran comprendidos en el estatuto previstos para la Administración Central.

Aún más, con posterioridad, esto es, en diciembre de 2015, se modificaron y se derogaron dos literales del artículo 102 (B y C), permaneciendo, por voluntad del Legislador, inalterado el citado literal F (ver artículos 225 a 227 de la ley N° 19.355 de fecha 19 de 12 de 2015). (...)

Asimismo y, sin perjuicio de la enjundiosa fundamentación realizada por la Sra. Ministra Dra. Minvielle, a partir de lo establecido en

el artículo 59 de la Constitución Nacional, no puede arribarse a una conclusión diversa, so pretexto de realizar una interpretación ajustada a la Constitución. Ello, implica una interpretación abrogatoria de las claras disposiciones contenidas en los artículos 1, 2 y 102 de la ley N° 19.121, aspecto que no se puede compartir. Una cosa es realizar una interpretación de la norma conforme a la Constitución y otra, muy diferente, es suplir el texto legal o tenerlo por no escrito. En consecuencia, la interpretación que se pregona no es a contrario sensu, sino que, a partir de las normas sancionadas, es la que se ajusta a la clara voluntad del Legislador.

El artículo 59 de la Carta preceptúa: 'La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario.

Sus preceptos se aplicarán a los funcionarios dependientes:

A) Del Poder Ejecutivo, con excepción de los militares, policiales y diplomáticos, que se regirán por leyes especiales.

B) Del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso- Administrativo, salvo en lo relativo a los cargos de la Judicatura.

C) Del Tribunal de Cuentas.

D) De la Corte Electoral y sus dependencias, sin perjuicio de las reglas destinadas a asegurar el contralor de los partidos políticos.

E) De los Servicios Descentralizados, sin perjuicio de lo que a su respecto se disponga por leyes especiales en atención a la diversa índole de sus cometidos'.

Asimismo, el artículo 59 de la Constitución no establece que la regulación para alguno de los organismos que enumera se deba extender a los restantes, sino que, por el contrario, le encomienda la regulación del Estatuto del funcionario a la ley.

Pues bien, en este punto cobra protagonismo el principio de separación de poderes, de indudable raigambre constitucional y de incidencia decisiva, para la dilucidación de la cuestión debatida en autos. En efecto, si el Legislador determinó ciertamente el alcance subjetivo del estatuto regulado en la ley N° 19.121 (artículos 1, 2 y 102), el Poder Judicial no puede, sin que dichas normas hayan sido declaradas inconstitucionales, considerar que no fueron sancionadas a partir de una interpretación abrogatoria.

En la subexamine, los artículos 1, 2 y 102 de la ley N° 19.121 no fueron

cuestionados por los promotores y, en consecuencia, no corresponde analizar su regularidad constitucional. Por tanto, el Legislador tuvo más que presente que estaba excluyendo a los restantes organismos previstos por el artículo 59 de la Constitución del régimen del Estatuto de los Funcionarios de la Administración Central. Ese desconocimiento de la voluntad claramente manifestada por el Legislador solamente podría resultar de la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones, lo cual no fue solicitado por la parte por tales fundamentos. (...)

Los excepcionantes, conforme surge del propio acto de proposición inicial y no se encuentra debatido en autos, son personal presupuestado de ASSE y, en su mérito, no les resulta aplicable el conjunto de condiciones de trabajo, derechos, deberes y obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades, contenidos en el estatuto regulado por la ley N° 19.121.

Este extremo fue reconocido por los propios actores en oportunidad de deducir la demanda y, por ASSE, al momento de contestar la inconstitucionalidad impetrada por vía de excepción (fs. 380 vto.).

En este mismo sentido se pronunció el Fiscal de Corte a fs. 386 vto. 'Conforme

puede observarse, el Estatuto de referencia es de aplicación exclusivamente para aquellos funcionarios públicos de la Administración Central que ingresaron a la misma a partir de su entrada en vigencia, hipótesis que no encarta en la situación funcional de la parte actora, la cual reclama emolumentos originados por su labor para la Administración de Servicios de Salud del Estado (ASSE)'".

Felipe Rotondo, al analizar los decretos reglamentarios de la ley, parece sostener esta posición en cuanto señaló: "Dado el importante número de decretos reglamentarios de la ley N° 19.121 de 20-VIII-2013, en estas líneas se trata de efectuar una breve presentación de los que han sido dictados a la fecha (23-II-2015). Una vez más, corresponde tener presente que esa ley aprobó el Estatuto que rige 'las relaciones de trabajo del Poder Ejecutivo con sus funcionarios', de manera que ese cuerpo legal se circunscribe a 'todo individuo que, incorporado mediante un procedimiento legal, ejerce funciones públicas en un organismo' de ese Poder, 'bajo una relación de subordinación y al servicio del interés general' (Arts. 1 a 3 de la ley citada). Al efecto se seguirá el orden cronológico de dichos decretos, salvo cuando estén directamente interrelacionados entre sí" (ROTONDO, Felipe. "Estatuto del funcionario de la

administración central").

En igual sentido se han pronunciado Larrañaga y Figueredo (en obra coordinada por Durán Martínez) quienes en el apartado titulado "*El limitado ámbito de aplicación de la ley 19.121 y los problemas que conlleva*", señalan:

"(...) la ley N° 19.121, no es el estatuto del funcionario público, sino tan sólo el Estatuto de la mayoría de los funcionarios del Poder Ejecutivo, puesto que existen varios se ven expresamente excluidos de su aplicación como diplomáticos, funcionarios consulares, militares, policías y magistrados dependientes del Ministerio Público y Fiscal (Artículo 2). Por otra parte, sólo reciben una aplicación parcial los dependientes de la Dirección General Impositiva, Dirección Nacional de Aduanas y la Dirección General de Casinos (Artículo 102 literales B y C). No existe fundamento alguno para establecer las últimas exclusiones". Y, más adelante, agregan: "La ley N° 19.121 (...) no sólo (...) crea un estatuto especial para los funcionarios específicos de un Poder (...) sino que ni siquiera es de aplicación a todos los funcionarios que trabajan para el mismo" (LARRAÑAGA LARGHER, María Victoria y FIGUEREDO SIMONETTI, Roberto. "*La incidencia del derecho laboral en la ley 19.121*". En: "*Funcionarios Públicos*", coordinado por DURÁN

MARTÍNEZ, Augusto. UCU, págs. 136 y sgtes.).

IV.2.2) En cuanto a si los accionantes, a pesar de que en el TOFUP no se estableció el beneficio reclamado, igualmente gozan del derecho por la aplicación de normas y principios del derecho laboral.

En una segunda línea de análisis ya anunciada, los Dres. Elena Martínez, Jorge Chediak y Eduardo Turell consideran que también le asiste razón a la ASSE en cuanto a que en ausencia de previsión expresa del TOFUP, los funcionarios de la ASSE no tienen derecho al cobro de los descansos intermedios.

No se encuentra debatido en autos que, no siendo aplicable a los accionantes la ley N° 19.121, el TOFUP no consagra para los funcionarios de la Administración de los Servicios de Salud del Estado el beneficio del descanso intermedio. Tan es así que, en oportunidad de formular la demanda, la parte actora lo fundó en que se trata de un derecho fundamental (artículo 72 y 332 de la Constitución) que le corresponde a cualquier trabajador, sea del sector público o del privado. Fundamentación que fue recibida por el *a quo* y, luego, ratificada por la Sala.

En consecuencia, la cuestión se centra en determinar si le asiste razón a la impugnante en cuanto a que, al no existir previsión

estatutaria al respecto, corresponde desestimar la demanda o, si como se resolvió en las sentencias de mérito, le resultan aplicables a los funcionarios de ASSE las normas y principios del derecho del trabajo.

Como se lo adelantó, a criterio de los referidos Ministros, al no existir previsión en el TOFUP, no corresponde amparar el reclamo por cuanto, si bien existen ciertas normas aplicables con independencia de si el trabajador es público o privado, la Carta prevé expresamente la existencia de estatutos aplicables a los funcionarios públicos, brindando determinados lineamientos (artículos 59 y 63). En su mérito, consideran que no resulta jurídicamente acertado transpolar sin más todas normas que regulan el derecho del trabajo a los funcionarios públicos, quienes se encuentran vinculados al Estado por una relación estatutaria.

En este sentido Sayagués Laso señala que "*(...) resulta claro que el funcionario se encuentra en una situación estatutaria de origen constitucional, legal o reglamentario, según los casos. En efecto, los funcionarios están sometidos a un régimen jurídico cuya existencia es anterior al momento de su ingreso a la función pública, que ha sido creado unilateralmente por la entidad estatal y que, por lo tanto, puede modificar en cualquier momento, para*

adaptarlo a las necesidades de la Administración.

En el derecho público moderno, ciertas normas fundamentales que regulan la condición de los funcionarios, figuran en los textos constitucionales; otras, el mayor número de ellas, en cuerpos orgánicos que reciben la denominación de 'estatutos del funcionario'; y en todo lo no previsto por la constitución o las leyes, rigen normas de carácter reglamentario.

La circunstancia de que ese régimen estatutario sea creado unilateralmente y pueda ser modificado en la misma forma, no significa que los funcionarios estén desamparados. Las normas citadas imponen deberes igual que confieren derechos y la administración debe exigir el cumplimiento de aquéllos así como respetar éstos...".

Asimismo, el citado autor señala que debe entenderse por "estatuto del funcionario el conjunto orgánico de normas legales que regulan los derechos, deberes y obligaciones de los funcionarios públicos. Todo estatuto, pues, debe contener las disposiciones protectoras de los funcionarios relativos al ascenso, estabilidad, garantía de permanencia, derechos pecuniarios, etc., así como las que imponen obligaciones y deberes a fin de asegurar un correcto ejercicio de las funciones públicas" (cf. SAYAGUÉS LASO,

Enrique, *"Tratado de Derecho Administrativo"* T. I, FCU. 9a ed. Puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, Montevideo, setiembre de 2010. Págs. 272-273).

Sobre el vínculo de los funcionarios públicos y el Estado, y la posibilidad de aplicar normas derivadas del derecho del trabajo, esta Corte ha señalado en sentencia N° 748/2014: *"En lo que hace a los vínculos emergentes de la relación entre el Estado y los funcionarios públicos y a la invocada errónea interpretación que del Estatuto del Funcionario habría incurrido el Tribunal, se considera que no le asiste razón a los recurrentes."*

Con respecto al ejercicio de la función pública, objeto de la relación funcional, la Corte en Sentencia No. 495/2014 -citando jurisprudencia anterior- se ha pronunciado al respecto, ocasión en la cual sostuvo: *'(...) Ruben Correa Freitas - Cristina Vázquez al analizar el trabajo de los funcionarios públicos y el vínculo que existe entre la relación funcional y derecho general del trabajo han señalado que: (...) 'En este sentido, el funcionario público es un trabajador que, como tal, resulta alcanzado por las disposiciones que rigen el trabajo como hecho social y, en especial, el trabajo subordinado. Estas disposiciones se encuentran, en el estado actual de la evolución jurídica, en una zona que sería*

fronteriza entre el derecho público y el derecho privado, en cuanto alcanzan a sujetos y relaciones públicas y privadas y tutelan intereses de ambos tipos. No constituyen una disciplina jurídica autónoma sino un 'régimen jurídico'.

Como señalan los citados administrativistas: 'La relación funcional es el vínculo jurídico especial que une al funcionario con la entidad estatal, por el cual aquél se obliga a realizar funciones públicas, en la forma y condiciones que el Estado establezca unilateralmente...', agregando de forma concluyente: 'En su carácter de sujeto de un vínculo en el cual la otra parte es una entidad estatal, el funcionario se encuentra sujeto, además, a las disposiciones que se le aplican en cuanto tal. Estas son normas de Derecho Público, de origen constitucional, legal o reglamentario e integran el estatuto material' (Cfme. auts. cits., 'Manual de derecho de la función pública', pág. 47), (...)'.

De conformidad a lo señalado, no cabe sino concluir que la interpretación normativa efectuada por la Sala, resultó ajustada a tales parámetros, en tanto no obstante ser cierto que el vínculo existente entre el Estado y los funcionarios públicos es por esencia de naturaleza laboral, se encuentra sujeto asimismo a una regulación específica,

emanada de disposiciones tanto de rango constitucional (artículo 204 de la Constitución) como legal (Estatuto de Funcionario Docente de A.N.E.P.), debiendo analizarse en cada caso cuál es el marco regulatorio de su actividad.

Por ello, se comparte con el Tribunal que 'La falta de regulación del descanso intermedio en la legislación escolar, no habilita a considerar en una aplicación analógica la legislación laboral puesto que se ha entendido que '... algunas veces el intérprete considera que si bien el caso no reproduce la hipótesis de ninguno de los preceptos que tienen su origen en las fuentes formales debe empero resolverse de acuerdo con la disposición de alguno de ellos, en cuanto existe igual razón jurídica para aplicar al hecho imprevisto la solución que esa norma enlaza a otra análoga' (Conf. García Maynes 'Lógica del Raciocinio Jurídico' págs. 36/37). Ello justifica la aplicación de la imposición de la Ley a un caso previsto en un supuesto no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver uno u otro (Conf. García Maynez 'Introducción al Derecho' pág. 370)'.

Al tenor del cúmulo probatorio incorporado a la causa, se desprende que le asiste razón al Tribunal cuando sostiene que no se puede

establecer una aplicación analógica de lo dispuesto para la actividad privada (Decreto No. 55/2000) en tanto los actores son funcionarios del Consejo de Educación Primaria (fs. 12 vto. punto 2.1) donde la Constitución establece las bases para un estatuto específico del funcionario público a regular por la Ley".

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, en sentencia 350/2013, en relación a los funcionarios policiales, en términos que comparten quienes conforman la mayoría respecto el agravio analizado, también ha consignado: "*La parte actora pretende que el régimen de trabajo que le comprende sea el que a ella conviene y no el que resulta del ordenamiento jurídico.*

Más allá de reconocer ciertos derechos a los trabajadores independientemente de que se desempeñen en el ámbito privado o en el público, la propia Constitución prevé que existan soluciones estatutarias aplicables a los funcionarios públicos, cuya reglamentación comete a la ley, fijando ciertas bases (v.g.: el funcionario estará para la función y no a la inversa) y sujetando la actividad a todo el régimen presupuestal constitucional de creación y dotación de cargos y funciones públicas, ingresos y egresos estatales, etcétera (artículo 86); previéndose incluso la existencia de estatuto especial para el

personal policial, militar o diplomático (artículo 59 eiusdem).

Por consiguiente, no puede partirse de la base de un tratamiento idéntico a los trabajadores privados, regidos por el Derecho Laboral, y los funcionarios públicos, regidos por el Derecho Público Constitucional y Administrativo, pues tales ordenamientos pueden consagrar soluciones disímiles, beneficios, deberes y tratamientos distintos, con perfecta adecuación a la Constitución.

La Sala ha expuesto reiteradamente que no corresponde extender sin más a los funcionarios públicos soluciones propias del Derecho Laboral privado, y menos aún en violación del régimen presupuestario constitucional (v.g. sentencias Nos. 49/2007, 136/2010, 51/2012, 96/2012).

La jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones es conteste en no admitir reclamos de funcionarios policiales o bomberos como el que motiva esta litis, por no hallarse comprendido en el régimen estatutario el pago de otras extras ni descansos intermedios fuera de los límites fijados por Convenios Internacionales del Trabajo, Ley Orgánica Policial (N° 13963, artículos 34, 38) y reglamentaciones específicas, que no asignan al actor derechos como el que postula, en virtud de su estado policial y condiciones concretas de

trabajo (Cf. y más ampliamente, sentencias Nos. 40/2012 del Similar de 1er. Turno, 272/2011 del Homólogo de 4º Turno, 137/2010 y 336/2011 del Similar de 6º Turno)" (En igual sentido ver sentencia nº 117/2013 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno).

En un caso análogo al de autos, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno en reciente sentencia Nº 110/2018, reeditando jurisprudencia anterior, expresó:

"'En lo que refiere a los trabajadores de ASSE no existe norma legal que consagre la percepción del descanso intermedio, el cual se encuentra consagrado para los trabajadores de la salud privada por Decreto 584/96, que en su artículo 19) establece: Todos los trabajadores en régimen de seis horas o más de trabajo diario, tendrá derecho a treinta minutos de descanso, sin excepción, entre la tercera y quinta hora de labor'.

'La normativa general que ha consagrado este derecho para los trabajadores, se encuentra en el decreto reglamentario de la ley de limitación de la jornada Nº 5.350 de 29 de octubre de 1957; decreto ley 14.320 y decreto ley 55/2000 que reforma parte del decreto reglamentario de la Ley 5.350'.

'Dichas normas refieren a

la actividad desarrollada por los trabajadores de establecimientos industriales y comerciales, que corresponden a la actividad privada'.

'Entiende el Tribunal que estas normas no pueden ser aplicadas directamente, sin más, a los funcionarios públicos, que es la categoría de los pretensores'.

'Resulta cierto que teoría publicista relevante (Cfr., Cassinelli Muñoz, H. Régimen Jurídico General de los Trabajadores y Estatuto de los funcionarios Revista Der. Jur. y Adm, Tomo 58, pág. 230/23), sostiene que existe un núcleo duro de normas constitucionales referidas al trabajo que establecen garantías para todos quienes desempeñen tareas o funciones en régimen de subordinación, integrado por el artículo 54 de la Constitución que establece la limitación de la jornada'.

'Sin perjuicio de ello, las especiales características en que se desarrolla el trabajo asistencial impide aplicar el descanso intermedio en forma directa a estos trabajadores, sin normativa habilitante. En efecto, en materia de trabajo en el sector salud, resulta difícil la fijación de la media hora de descanso en forma sistemática y reglada, dadas las especiales condiciones en que se desarrolla dicha tarea'".

V) El contenido de este fallo obsta a imponer, en esta etapa, especiales condenaciones en gastos causídicos (artículo 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, en mayoría respecto de parte del contenido de esta decisión,

FALLA:

Anúlase la recurrida, únicamente en cuanto condenó al pago del crédito por descansos intermedios y, en su lugar, desestímase la pretensión de condena de ese rubro.

sin especial condenación procesal.

Publíquese, y, oportunamente, devuélvase.

DR. EDUARDO TURELL
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO 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

DISCORDES

PARCIAL-

MENTE: por

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

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

cuanto con-

sideramos -por los argumentos que desarrollaremos a continuación- que los trabajadores accionantes tienen derecho al descanso intermedio, por lo que debió desestimarse el recurso de la ASSE íntegramente.

1) En cuanto al agravio por haberse condenado al pago de la remuneración del descanso intermedio.

1.1) El agravio - precisión.

La ASSE se agravió porque la Sala consideró que los accionantes sí tenían derecho al descanso intermedio durante su jornada laboral diaria, por serles aplicable lo dispuesto por el artículo 6 de la ley 19.121.

La ASSE ha sostenido desde el inicio de este proceso los funcionarios del Hospital Vilardebó que, como los accionantes, realizan 6 horas diarias de labor, no tienen derecho al descanso intermedio (fs. 110). Textualmente sostuvo la hoy

demandada: "La contraria no ha fundado en ninguna norma el derecho de un funcionario a gozar de un descanso intermedio. No existe fundamento constitucional, ni legal habilitante que ampare ese reclamo" (fs. 110 vto.).

Por los argumentos que indicaremos a continuación, consideramos que los trabajadores subordinados de la ASSE tienen derecho al descanso intermedio.

1.2) **Los actores tienen derecho al descanso intermedio.**

1.2.1) **La Constitución consagra el derecho al descanso intermedio de los trabajadores públicos que prestan sus servicios en el marco de una relación de trabajo subordinado.**

La ausencia de una norma que disponga expresamente el régimen de descanso intermedio de los trabajadores de la ASSE no implica, como lo ha postulado en este juicio la demandada, que sus funcionarios no tengan derecho al descanso intermedio.

En efecto, consideramos que el derecho constitucional a la limitación de la jornada de los trabajadores subordinados, comprensivo del derecho al descanso intermedio, abarca a todos los trabajadores que se desempeñan en una relación de

trabajo subordinado, ya sean públicos o privados.

Tal como lo sostuviera el Dr. Luis Tosi desde la Sala del Trabajo de 2º Turno en un fallo del año 2007:

"'El funcionario público es un trabajador que, como tal, resulta alcanzado por las disposiciones que rigen el trabajo como hecho social y, en esencial, el trabajo subordinado' (Conf. Cristina Vázquez, en el 'Manual de Derecho de la Función Pública', por ella escrito en coautoría con Ruben Correa Freitas, 1ª edic. pág. 47). En el caso, la relación básica de las partes es una relación de trabajo subordinado. Por ende corresponde la laboralización de su regulación jurídica'.

'Dicha laboralización emerge con toda claridad del análisis del propio régimen estatutario de los funcionarios públicos. Siguiendo a HORACIO CASSINELLI MUÑOZ, dicho estatuto tiene una doble faz; una formal (acto regla), y otra material (derivada de la Constitución, leyes, decretos y reglamentos). Y es por efecto de las normas de raigambre constitucional que se da pie a la mentada laboralización. La relación de trabajo es una sola, ya se trate de empleados públicos y privados. La propia Constitución vigente impone la igualdad de todo trabajo en beneficio ajeno, en una interpretación omnicomprensiva de su parte dogmática (en

especial, a través de su art. 8). Ningún trabajador público puede tener menos garantías que uno privado'.

'De conformidad con CARLOS SACCHI, '...En definitiva, pues, estamos con la tesis unitaria la cual... consiste en no aceptar que exista diferencia esencial entre ambos tipos de relación de empleo público y privado, dado que todos tienen las mismas características en lo que hace a la prestación de servicios subordinados. Eso es lo que tiene que ver con la asimilación del trabajador público con el privado, en cuanto a la aplicación de los grandes principios del derecho del trabajo y también de normas constitucionales y legales de sustancia laboral (de derecho individual o colectivo del trabajo). ... Porque los grandes principios del derecho del trabajo... indudablemente tienen su fuente en el Derecho Constitucional...' (CARLOS SACCHI, en 'Responsabilidad laboral del Estado', Cuaderno del Coloquio N° 1, pág. 13)", (sentencia N° 314/2007).

El artículo 54 de la Constitución establece: "La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado (...) la limitación de la jornada (...)" . Como lo ha enseñado el Profesor Cassinelli Muñoz, en cita extensa, pero necesaria por su claridad:

"El artículo consagra una

competencia de la ley formal, cuyo ejercicio es debido ('ha de ...'), a la vez que implica la inherencia de los derechos allí mencionados a la situación descrita de los beneficiarios, en virtud del uso del verbo 'reconocer' (1).

Respecto de los trabajadores privados que se encuentren comprendidos en el artículo, esto es, que se hallen en la relación de trabajo o servicio como obreros o empleados, la competencia legislativa no presenta dificultades. La legislación que se dicte quedará colocada bajo la Constitución y será a su vez reglamentada, en cuanto sea necesario para su ejecución, por actos del Poder Ejecutivo.

Respecto de los funcionarios públicos, en cambio, surge el problema de la correlación entre este artículo 54 y los artículos que prevén la existencia de actos jurídicos especiales, los Estatutos de los funcionarios, cuya sanción no compete siempre a la ley (4). Es necesario resolver, pues, la coordinación entre la competencia de la ley ordinaria, consagrada en el art. 54, y la competencia del estatuto formal; establecida en los arts. 59, 62, 63, 107 y 206.

Habría dos maneras muy sencillas, pero erróneas, de eliminar este problema. La primera, excluir del ámbito del art. 54 a los

funcionarios públicos; la segunda, excluir de los estatutos formales la regulación de la jornada de trabajo.

El error de la primera solución ya ha sido señalado por mí en otra ocasión (5). Deriva de una falsa valoración de la relación entre la norma general y la norma especial: la exigencia de reglas especiales para los funcionarios públicos no excluye la aplicación a éstos de las reglas generales para todas las personas, o para todos los trabajadores, o para todos los habitantes, en todos los puntos en que no haya contradicción con un texto especial.

La segunda solución podría apoyarse en el silencio que guarda el art. 61 sobre la regulación de la jornada de trabajo; silencio significativo, porque el artículo sienta, en cambio, la reglamentación del derecho al descanso semanal de los funcionarios. Sin embargo, el error queda de manifiesto si observamos que el art. 61 enumera, en realidad, un contenido mínimo necesario del Estatuto, pero no excluye la regulación de otros aspectos que integren, como los allí enunciados, el concepto material de 'estatuto de los funcionarios'. El estatuto formal debe reglamentar, para los funcionarios de carrera, el derecho al descanso semanal que la ley formal debe a su vez reconocer a todos los empleados u obreros; pero puede, además,

reglamentar el derecho a la limitación de la jornada, en cuanto atañe a los funcionarios de que se trate, dentro de las normas legales que rigen la materia sin discriminar entre el sector público y el privado" (Horacio Cassinelli Muñoz: "Alcance de la legislación sobre limitación de la jornada respecto de los funcionarios públicos", en "Derecho Constitucional y Administrativo - Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi", La Ley Uruguay, 2010, págs. 985-986. Originalmente publicado en: Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, t. 61, págs. 21 y sgtes.)

Agrega más adelante el eminente ius-publicista en la misma obra:

"La tradición legislativa uruguaya engarza perfectamente, en lo que atañe a la limitación de la jornada, con el sistema constitucional expuesto. Ya la ley 5350 declaraba en su artículo 2: 'Esta ley comprende a los obreros y empleados en trabajos realizados por el Estado', y desde entonces la legislación sobre los límites de jornada laboral no ha hecho excepción de los funcionarios, lo que está de acuerdo, además, con los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que Uruguay ha ratificado. Y si se presenta un caso de duda interpretación de la ley debe tender a su aplicación indiscriminada, porque tal

es el principio constitucional e internacional vigente entre nosotros" (Horacio Cassinelli Muñoz, ob. cit., pág. 987).

En definitiva, los accionantes, quienes trabajan en forma subordinada para la ASSE como auxiliares de enfermería en el Hospital Vilardebó, tienen derecho al descanso intermedio, tratándose de un derecho subjetivo perfecto de fuente constitucional y reglamentación legal.

Por último, cabe anotar que en igual sentido, en cuanto a que los funcionarios públicos de la ASSE tienen derecho al descanso intermedio, con prescindencia de su regulación legal expresa, se expidió recientemente la Dra. Bernadette Minvielle, en discordia extendida a la sentencia N° 1917/2017.

1.2.2) **Contenido del derecho al descanso intermedio de los accionantes.**

En función de lo que venimos de señalar, en ausencia de una norma sobre descanso intermedio que expresamente contemple dentro de su ámbito de aplicación a los enfermeros de la ASSE, el contenido del derecho al descanso intermedio de los accionantes será el mismo que tengan los trabajadores del sector privado que realicen igual tarea.

Ello impone recurrir al

régimen de quienes se desempeñen como auxiliares de enfermería, con jornada de seis horas diarias.

Tal régimen se encuentra regulado por la ley 5350 y el decreto del Poder Ejecutivo 504/1986. La ley 5.350, la cual en su artículo 4 estableció: *"el Poder Ejecutivo reglamentará los descansos obligatorios diarios que correspondan a cada gremio, dentro del horario de trabajo"*. Y el decreto 504/1986 establece en su artículo 2º, numeral 19 que *"Todo trabajador en régimen de seis horas o más de trabajo diario, tendrá derecho a treinta minutos de descanso, sin excepción entre la tercera y quinta hora de labor"*.

En conclusión, los accionantes tienen derecho al descanso intermedio en los términos del artículo 2º numeral 19 del decreto 504/1986 (descanso de treinta minutos a ser gozado sin excepción entre la tercera y quinta hora de labor).

De esta forma, dejamos sentado que no compartimos la solución a la que arribaron los distinguidos magistrados que han intervenido en esta causa, quienes entendieron que los accionantes tenían un derecho a un descanso intermedio de 23 minutos diarios.

La posición de los órganos de mérito, según surge del considerando "6.k" del fallo

de primera instancia, parte de considerar aplicable lo que el Profesor Alejandro Castello ha sostenido en el ámbito de aplicación del decreto 55/2000 (Alejandro Castello: "*Descansos intermedios*". En: Raso Delgue, Juan (Director) y Castello, Alejandro -Coordinador-, *Derecho del trabajo*, tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, 2012, págs. 33-34).

Por las razones expuestas, consideramos que tal norma no es aplicable al caso.

De todos modos, habida cuenta de que se trata de un punto que no ha sido objeto de agravio, no hubiera cabido modificar lo resuelto al respecto.

1.2.3) **Conclusión.**

En definitiva, consideramos que debió rechazarse el agravio y confirmarse la recurrida, aunque por fundamentos de derecho distintos a los esgrimidos por los órganos de mérito.

Coincidimos con la Sala y el decisor de primera instancia en que los auxiliares de enfermería de la ASSE son titulares de un derecho subjetivo al goce del descanso intermedio, aunque por razones jurídicas diversas.

Tal como lo desarrollamos en los capítulos 1.2.1 y 1.2.2 de este voto, consideramos que cualquier persona que preste servicios

en una relación de trabajo subordinado tiene, por expreso mandato constitucional, derecho a la limitación de su jornada laboral, lo que comprende el derecho al descanso intermedio.

Ese derecho constitucional se encuentra consagrado en el artículo 54 de la Carta, disposición en la cual se comete al legislador su reglamentación por vía legal. Y para el caso de ausencia de reglamentación legal específica para cierto sector de trabajadores, el derecho debe aplicarse igual recurriendo a la regulación análoga por imperio del artículo 332 de la Carta: *"Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos (...) no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas"*.

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